

LIVRE ORANGE

Manifeste pour une
Commande Publique
Environnementale



CHARRELLASSOCIÉS
AVOCATS



STRATÈGEAVOCATS
SERVICES

AUTEURS :

Nicolas CHARREL,

Avocat au barreau de Paris

•

Médiateur près des juridictions administratives

•

Auteur du Code de la commande publique, des
CCAG-Travaux, Prestations Intellectuelles (PI),
Techniques de l'Information et de la Communication
(TIC) et marchés industriels (MI), commentés et
annotés aux Éditions du Moniteur.

&

Thomas GASPAR,

Avocat au barreau de Montpellier

•

Chargé d'enseignement à l'Université Montpellier

Sommaire

Introduction	4
Chapitre 1 : Le cruel manque d'ambition du projet de loi Climat et Résilience	7
Chapitre 2 : La définition environnementale du besoin : Investir pour l'avenir de nos territoires	10
Mesure n°1 : Rendre vraiment obligatoire la prise en compte de l'environnement lors de la définition du besoin	12
Mesure n° 2 : Rendre obligatoire la planification de l'achat environnemental à tous les acheteurs	14
Chapitre 3 : Veiller à l'attribution d'une commande publique environnementale	18
Mesure n° 3 : Permettre la prise en compte des engagements environnementaux pour vérifier la capacité professionnelle des candidats	20
Mesure n° 4 : Rendre obligatoire le critère environnemental pour l'attribution des marchés	21
Mesure n° 5 : Autoriser toutes les variantes environnementales	23
Mesure n° 6 : Création d'un droit de préférence environnemental	26
Mesure n° 7 : Extension à l'ensemble de la commande publique	28
Chapitre 4 : Préconiser des conditions d'exécution environnementales	29
Mesure n°8 : Obligation de prévoir au moins une condition d'exécution environnementale	31
Mesure n°9 : La majoration du montant de l'avance forfaitaire versée au titulaire	34
Mesure n°10 : Création d'une clause d'intéressement environnemental dans tous les contrats comportant des conditions d'exécution environnementales	35
Conclusion	37

Introduction

Un nouveau livre orange pour rappeler l'urgence et cette fois AGIR



Orange : une couleur loin d'être en demi-teinte !

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 et de l'action. 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 est toujours longue et se justifie pour davantage raisonner dans les médias qui tentent d'interpeller les consciences collectives et individuelles.

Cette seconde version du Livre Orange, désormais de la commande publique environnementale, après la 1ère parution à la fin de l'année 2015 à la veille de la COP 21, a toujours pour vocation de participer aux réflexions concernant les mesures concrètes à prendre dans le droit de la commande publique, pour rendre la commande publique plus durable, au moins d'un point de vue environnemental.

Cette dernière représente en effet plus de 10% du PIB national et peut nécessairement - et

indiscutablement - être un levier d'action des acteurs publics comme privés pour le respect des engagements de l'Etat dans ce domaine.

Parallèlement, le projet de loi « Climat et Résilience » « se débat » déjà âprement au Parlement, dans la presse ou sur les réseaux sociaux.

Au-delà de l'avis, en demi-teinte mais sans code couleur, du Conseil d'Etat sur ce projet³, des insatisfactions de représentants de la Commission Citoyenne pour le Climat, des chapelles pensantes estimant que cela va trop loin ou pas assez, la situation est objectivement suffisamment grave pour que le Secrétaire général de l'ONU, M. Antonio Guterres, appelle à déclarer l'état d'urgence climatique lors du Sommet sur l'action climatique du 12 décembre 2020, puisque « les engagements qui avaient été alors pris pour y parvenir n'étaient pas suffisants. Et même ces engagements n'ont pas été respectés ».

La 1ère édition du Livre Orange pour la Commande publique durable avait trouvé un écho très favorable, tant par la presse spécialisée, qu'auprès des services du Ministère de l'Écologie (CGDD et cabinet du Ministre de l'époque Mme Ségolène Royal).

Les propositions de modification des textes qui, à cette époque, n'étaient pas encore un code de la commande publique⁴, se sont néanmoins heurtées à cette mollesse qui caractérise souvent l'inaction publique gouvernée par un secrétariat général du gouvernement, État dans l'État, ne souhaitant pas « sur-transposer » les directives européennes en matière de marchés publics et de concessions, ou y voyant trop de contraintes pour les PME, là où au contraire elles pourraient en être moteur.

« Le temps perdu ne se rattrape pas et notre liberté sera désormais de dépasser nos contraintes et nos contraires »

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

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

³[Avis Conseil d'Etat 4 février 2021](#) - Voir commentaire du 24 février 2021 sur [le site du Moniteur](#)

⁴En particulier ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et projet de l'époque du futur décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

Un dernier cri pour la commande publique environnementale



L'urgence se nourrit de contraintes

De prétendus motifs en fausses excuses, depuis 5 ans, nous ne pouvons que partager le constat du Secrétaire général de l'ONU. Le temps perdu ne se rattrape pas et notre liberté sera désormais de dépasser nos contraintes et nos contrares.

La commande publique ne sera pas la seule réponse, mais elle peut au moins en être une très importante, compte tenu de ce qu'elle représente à l'échelle nationale (environ 100 milliards d'euros) ou européenne (1000 milliards d'euros).

Issue d'un retour d'expérience de 25 ans dans la commande publique⁵ et d'un engagement constant dans la promotion du développement durable, cette nouvelle édition du Livre Orange a pour vocation non seulement de décrypter les propositions du projet de loi « Climat et résilience » dans ce domaine, mais surtout de donner une portée plus importante aux propositions de la Convention Citoyenne pour le Climat par la mobilisation de toutes les dispositions du droit de la commande publique (marchés publics et concessions).

Cette urgence vaut bien un grand cri pour une commande publique « dernier cri ».

⁵Me Nicolas CHARREL a créé le Cabinet CHARREL & Associés il y a 25 ans. Depuis 1997, il commente le code des marchés publics (Éditions Le Moniteur) devenu depuis le Code de la Commande publique (2ème édition, nov. 2020), mais aussi les CCAG Travaux, Prestations Intellectuelles (CCAG-PI), Technologies de l'Information et des Communications (CCAG-TIC) et Marchés Industriels (CCAG-MI). Il est l'auteur, comme son associé Thomas GASPARD, de très nombreux articles et interviews dans la presse spécialisée.

Achat public environnemental ou commande publique environnementale ?



Tout faire pour que l'achat environnemental ne soit néanmoins pas un oxymore

Communément, la notion d'achat prend en compte toutes les dimensions de l'acte d'achat et de ses acteurs, à savoir les aspects techniques, économiques, réglementaires, stratégiques. La notion de commande publique est quant à elle davantage centrée sur les aspects juridiques (code de la commande publique).

L'outil juridique (au-delà du réglementaire) constitue – et doit seulement constituer – le support de l'achat public environnemental.

La commande publique environnementale doit s'aborder dans une vision d'ensemble que les acheteurs doivent s'approprier en fonction des éléments suivants :

- La nature de l'acheteur public (personnes morales de droit public, mais aussi de droit privé) soumis au code de la commande publique ;
- La catégorie des contrats de la commande publique (les marchés, les marchés de partenariat et les concessions) ;
- La réglementation applicable pour la passation et l'exécution (Code de la commande publique intégrant désormais l'ex-Loi MOP et autres textes) ;
- Les modèles contractuels de référence (les Cahiers des Clauses Administratives Générales en particulier) ;
- L'ingénierie juridique pouvant être développée dans les contrats de la commande publique au service de l'achat public environnemental.



Chapitre 1

Le cruel manque d'ambition du projet de loi Climat et Résilience

L'achat public environnemental en quête d'horizon

Plus de 5 ans après la parution de la 1ère version du Livre Orange, faute d'avoir trouvé un écho réglementaire, force est de constater que la situation est restée presque inchangée dans la commande publique, tant pour les marchés que pour les concessions. Il faut pousser un dernier cri, pour se faire entendre, pour qu'enfin, l'urgence commande à un achat public environnemental et innovant, de dernier cri en somme.



Un paysage avec des guides, mais encore en quête d'horizon

Ces 5 dernières années, le paysage de l'achat public s'est enrichi de divers guides à vertu pédagogique, de bonnes pratiques à l'initiative de quelques acheteurs volontaristes ou même de mise en œuvre de clauses « vertes » comme de clauses « sociales » ou enfin d'achat « com' » de quelques véhicules électriques, démarches parfois déconnectée d'une véritable action de fond.

Faute d'une réelle conviction, de prétendus motifs financiers, d'absence d'obligations et conséquemment de sanctions, le constat d'échec de prise en compte de la cause (clause) environnementale dans les contrats de la commande publique est patent.

Il a fallu l'heureuse initiative de la Convention Citoyenne pour le Climat, composée de simples citoyens, pour qu'une prise de conscience du manque d'efficacité du droit positif conduise ses membres à préempter le sujet et faire des propositions en ce sens.

Le projet de loi « Climat et Résilience » introduit donc des propositions qui, bien que tardives, ont le mérite d'enfin "prendre en compte" le manque de considération de la cause environnementale dans la commande publique. Pour autant, ces mesures restent insuffisantes proportionnellement à l'urgence actuelle.

Le projet de Loi « Climat et Résilience » timoré

Un bref panorama permettra de mieux cerner la portée des propositions complémentaires à faire dans ce domaine.

En effet, « l'article 15 impose aux acheteurs publics de prendre en compte, dans les marchés publics, les considérations liées aux aspects environnementaux des travaux, services ou fournitures achetés »⁶.

Ainsi :

- L'article L.2112-2 disposerait que « les conditions d'exécution prennent en compte des considérations relatives à l'environnement. Elles peuvent également prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations. » ;
- La notion d'offre économiquement la plus avantageuse (art. L.2152-7 du CCP) imposerait qu'au moins un critère prenne « en compte les caractéristiques environnementales de l'offre » ;
- Les marchés de défense et de sécurité seraient expressément concernés par ces dispositions précédentes (art. L.2312-1 du CCP) mais de manière facultative : simple possibilité de prise en compte des considérations environnementales ;
- Le délai de mise en œuvre de ces nouvelles obligations est fixé par décret et au maximum de 5 ans.

⁶Exposé des motifs du projet de loi n° 3875 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets

« 5 ans de plus, c'est 5 ans de trop ! »



Un quasi-statu-quo

Ces propositions constituent une véritable avancée... d'un millimètre d'ici 5 ans.

Ce qui peut permettre de comprendre, pour les férus de commande publique, la note assez désobligeante de 2,5 sur 10 que la Convention Citoyenne pour le Climat a souhaité donner au projet de loi.

Pour quelles raisons ?

- La prise en compte de considérations environnementales dans les marchés existe déjà au terme de l'article L.2111-1 mais manque de portée obligatoire faute notamment de sanctions prévues en cas de non-respect de ces prescriptions.

N'apporter aucune contrainte particulière pour imposer ce qui est déjà obligatoire depuis plus de 10 ans n'a, sinon aucun sens, au moins aucune portée, surtout avec un horizon à 5 ans.

Ce manque d'ambition bouche l'horizon d'une commande publique immédiatement environnementale. Il n'est pas urgent d'attendre mais urgent d'agir.

- Le projet de loi n'affiche pas clairement l'obligation d'imposer un critère environnemental pour l'attribution d'un marché (ce que nous aurions envie de lire), mais se contente d'imposer un critère qui prend en compte les caractéristiques environnementales, c'est à dire un élément potentiellement noyé dans d'autres éléments techniques.

La consistance de cette « prise en compte » n'est pas définie, ni qualitativement ni quantitativement, ce qui une fois de plus, en limite considérablement sa portée, également à horizon de 5 ans.

- D'une manière générale d'ailleurs, en termes de sémantique, cette notion de « prise en compte » relève sur le plan pratique d'une forme de droit mou, d'obligation de principe dont le non-respect n'est pas sanctionné, de manque d'action, toujours dans la demi-teinte pour peut-être juste tenter d'échapper à la critique.

Ni rouge vif, ni vert dru, qui finalement ne satisfait ni ceux qui ne souhaitent pas se voir imposer ce genre d'obligation, ni les partisans d'un renforcement des obligations dans le domaine de la commande publique environnementale.

- Enfin, le délai de 5 ans proposé constitue un affront à l'urgence climatique. « Notre maison brûle et nous regardons ailleurs »⁷, une fois de plus et probablement une fois de trop.

Un délai raisonnable pour que les acheteurs publics et les entreprises puissent se préparer à cette indispensable transition écologique de la commande publique peut se situer au 1er juillet 2022 ou au 31 décembre 2022, tout au plus. L'urgence rend l'attentisme inacceptable.

De nouvelles mesures s'imposent, pour partie de manière contraintes, l'heure n'étant plus à l'incitation ou la bonification. Pour une autre partie, les propositions qui suivent peuvent être déployées de manière purement volontaire, dans le cadre notamment d'une démarche de mise en œuvre de la norme ISO 20400 relative à l'achat public durable ou plus simple, d'agendas locaux 2050 pour la neutralité carbone des territoires.

⁷J. CHIRAC, Discours devant l'assemblée plénière du IV^{ème} Sommet de la Terre le 2 septembre 2002 à Johannesburg



Chapitre 2

La définition environnementale du besoin : investir pour l'avenir de nos territoires



Faire de la commande publique durable un levier de développement économique, écologique, territorial, est désormais à portée de main de tous les acheteurs publics. Après la phase de sensibilisation, puis de planification, il est indispensable de donner les moyens de l'action et de travailler sur les méthodes et outils à mobiliser rapidement. Deux mesures phares, systémiques, donnent de la perspective à l'action publique qui ne peut plus souffrir des critiques d'une forme d'incapacité opérationnelle.

La définition du besoin constitue la première étape indispensable, et donc le socle, du processus d'achat. C'est à partir de cette définition, suffisamment précise, du besoin que se développe un certain nombre d'exigences dans la procédure de passation et, ensuite, dans l'exécution du contrat. Ces exigences n'étant que la traduction de la définition du besoin par l'acheteur.

Raison pour laquelle, avant d'envisager des mesures au stade de la procédure de passation ou au stade de l'exécution du contrat, sur lesquelles nous reviendrons, il est impératif que la définition du besoin soit axée autour des exigences environnementales. Sans définition environnementale du besoin, pas de commande publique environnementale !

Au titre de cette définition des besoins, fondement de l'achat public, les deux mesures, cette fois-ci pas seulement symboliques mais prescriptives, qui peuvent être proposées, ont pour objectif de renforcer toute l'action publique, afin que la définition du besoin intègre des considérations environnementales.

#Mesure n°1 :

Rendre « vraiment » obligatoire la prise en compte de l'environnement dans la définition des besoins de l'acheteur public.

#Mesure n°2 :

Rendre obligatoire la planification de l'achat environnemental à tous les acheteurs publics.

#Mesure n°1 :

Rendre vraiment obligatoire la prise en compte de l'environnement lors de la définition du besoin

Comment : en rajoutant « obligatoirement » aux articles L.2111-1 et L.3111-1 du CCP pour la prise en compte du développement durable dans la définition des besoins et assortir de sanction la violation de cette obligation. Cette proposition permet au passage d'étayer le contenu de la proposition de rédaction de l'article 15 du projet de Loi Climat et Résilience.

Depuis plus de 15 ans, la « prise en compte » du développement durable, en particulier dans sa composante environnementale, n'a pas produit réellement d'effet dans la commande publique. Il est urgent de remédier à cette carence.

La définition des besoins publics¹ doit en principe, être établie « en prenant en compte des objectifs de développement durable ». Cette rédaction existe depuis le code des marchés publics de 2004.

Si cette préoccupation est présente depuis plus de 15 ans formellement dans le droit des marchés², et plus récemment dans le droit des concessions³, elle n'est pour autant toujours pas considérée comme 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 obligation⁴ ; peut-être le juge administratif a-t-il d'ailleurs lui-même sa part de responsabilité à prendre dans la faute qu'il vient parallèlement de reconnaître vis-à-vis de l'Etat dans le « Procès du siècle »⁵.

Faute de toute sanction, tout juste faut-il donc l'entendre comme une incitation, ou simplement la validation que des marchés et des concessions peuvent prévoir des conditions d'exécution prenant en compte cette préoccupation⁶. 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 et les concessions.

¹Articles L.2111-1 pour les marchés publics et L.3111-1 pour les concessions du Code de la Commande Publique actuel.

²Le décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant Code des marchés publics et modifiant l'ancien article 5 du Code dans sa version 2004 a rajouté cette prise en compte des objectifs de développement durable dans la définition des besoins. Puis, la précision « dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale » a été rajoutée à l'occasion de la réforme issue de l'ordonnance 23 juillet 2015 précitée désormais codifiée à l'article L.3111-1 du CCP.

³Article 27 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, codifié à l'article L.3111-1 du Code de la commande publique

⁴Fiche DAJ « La prise en compte de ces objectifs dans la définition des besoins est, pour l'acheteur, une obligation de moyens (CE, 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice, req. n° 351570 – Rép. min. 25167 JO Sénat 11 janvier 2007, p. 75) : l'acheteur peut déroger à cette obligation, s'il est mesure de justifier de son impossibilité de prendre en compte de tels objectifs. Par ailleurs, si l'article L.2111-1 du code impose à l'acheteur de prendre en compte des objectifs de développement durable, il ne lui impose de retenir un critère écologique au sein des critères de choix des offres » (arrêt précité)(...).

⁵Tribunal administratif de Paris, 3 février 2021, Association Oxfam-France et autres, n°1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1)

⁶art. L.2112-2 et L.3114-1 : « les conditions d'exécution peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations ».

Il faut en conséquence rendre officiellement obligatoire la dimension environnementale, ce qui l'est – ou devrait déjà l'être – déjà, en rendant beaucoup plus prescriptifs les articles L.2111-1 et L.3111-1 du Code de la commande publique : « les conditions d'exécution prennent **obligatoirement** en compte des considérations relatives à l'environnement ».

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, exceptions classiquement justifiées par « l'objet du marché ou ses conditions d'exécution » qui ne permettent pas la prise en compte de l'environnement dans la définition du besoin.

En officialisant l'obligation de justifier de l'exception dans les documents de la consultation ou le rapport de présentation, comme cela a été fait lors de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 juillet 2015 pour l'obligation d'allotir⁷, cela imposera aux acheteurs d'en réfléchir en amont le principe. La démarche de commande publique durable, pour ne pas rester une exception, doit bien devenir un principe affirmé susceptible de dérogations motivées.

⁷Pour la justification obligatoire du non-allotissement dans le dossier de consultation ou le rapport de présentation : Article R.2113-3 du Code de la commande publique

#Mesure n°2 : De la planification à l'action

Rendre obligatoire la planification de l'achat environnemental à tous les acheteurs

Comment : en renforçant les Schémas de Promotion des Achats Publics Socialement et Écologiquement Responsables (SPASER) et les Plans Climat Air-Énergie Territoriaux (PCAET)

Deux axes sont à renforcer

Axe 1 :

Étendre le champ d'application des SPASER en ce qui concerne les acheteurs concernés⁸ pour ne plus en renvoyer l'application à un seuil réglementaire mais imposer à tous les acheteurs d'adopter et mettre en œuvre, au plus tard au 1er janvier 2023, un Schéma de Promotion et d'Innovation pour le Développement Durable (SPIDD), l'obligation étant réputée acquise pour les acheteurs publics dont l'établissement de coopération intercommunale auquel ils ont adhéré a adopté un tel schéma qu'ils mettent en œuvre.

Axe 2 :

Étendre l'obligation d'établir des PCAET pour toutes les intercommunalités indépendamment de tout seuil de population et préciser les modalités pratiques et les conditions de traduction d'une partie des actions dans les contrats de la commande publique.

Axe 1 : Elargir les SPASER et passer aux SPIDD

Il convient de noter un léger progrès d'intention de la part du législateur en matière de prise en compte des obligations en matière de développement durable pour les acheteurs publics avec la création des Schémas de Promotion des Achats Publics Socialement Responsables (SPASER)⁹.

Pour autant, le seuil d'application obligatoire de ce SPASER a été fixé par décret¹⁰ à un montant du budget annuel d'achats de ... 100 millions d'euros hors taxe, soit concrètement moins de 140 acheteurs publics en France dont seulement 20% auraient respecté cette obligation !

De manière à élargir néanmoins sa portée, le législateur a rajouté en 2015 seulement la dimension écologique à ces schémas devenus les Schémas de Promotion des Achats Publics Socialement et « Écologiquement »¹¹ Responsables (SPASER) sans pour autant modifier le seuil réglementaire d'application.

En tout état de cause, et en l'absence de toute sanction (pénalités financières par exemple comme pour le non-respect de quotas en matière de logement social) ou d'annulation juridictionnelle faute probablement de recours, une partie des acheteurs publics, et non des moindres, n'a toujours pas respecté cette obligation, malgré parfois des déclarations d'intention largement médiatisées mais dénuées de toute action réelle¹².

⁸Aujourd'hui, uniquement les collectivités territoriales et les acheteurs publics dont le statut est fixé par la Loi.

⁹Article 13 de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire

¹⁰Décret n° 2015-90 du 28 janvier 2015

¹¹Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 76

¹²Ce fut notamment le cas de l'ancienne mandature de la Métropole de Montpellier dont le président et Maire de la Ville de Montpellier n'hésitait pas à déclarer l'état d'urgence climatique sans avoir lui-même veillé à respecter ses propres obligations en matière de SPASER.

Les règles en matière de SPASER ont été intégrées dans le Code de la Commande publique, sans autre modification malgré l'absence évidente de portée et d'efficacité¹³.

Le manque d'ambition des textes reste 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 ou de pneus rechapés mais de manière inefficace, comme nous le verrons plus loin).

Certes, l'Etat a prescrit un Plan National d'Action pour les Achats Publics Durables (version 2015-2020), mais il ne constitue qu'une simple « feuille de route permettant de s'attaquer de manière pragmatique, et sur la durée, aux obstacles qui ralentissent la montée en puissance de l'achat public durable : convaincre les décideurs, accompagner les acheteurs, dialoguer avec les autres acteurs essentiels que sont les entreprises et leurs organisations représentatives, montrer, démontrer, valoriser, évaluer... »¹⁴.

Son bilan « en demi-teinte »¹⁵ une fois de plus, conduit le réseau des acheteurs publics 3AR à envisager une 3ème version 2021-2026 plus ambitieuse qui, notamment, mettra plus en avant les considérations environnementales que des clausiers.

Il faut en conséquence élargir le champ d'application des SPASER à tous les acheteurs, qui pourrait être remplacé par le Schéma de Promotion et d'innovation du Développement Durable (SPIDD), qui sera lui-même une déclinaison du PCAET décrivant les modalités de mise en œuvre dans la commande publique, et intégrant :

- **un volet innovation** : pour mémoire, dans le cadre du plan Europe Stratégie 2020, au moins 2% des commandes publiques passées par les services de l'Etat et ses établissements devaient être conclues avec des entreprises innovantes, « pour une croissance intelligente, durable et inclusive¹⁶ ». L'achat environnemental est un achat innovant.
- **un volet environnemental** : cœur du dispositif, il est nécessaire de mieux cibler pour chaque action identifiée par la collectivité concernée les marchés et concessions à mobiliser et les délais correspondants, pour la mise en œuvre opérationnelle des cibles retenues. C'est ce passage indispensable de la planification à l'action qui doit être cristallisé dans les documents et qui trop souvent fait défaut.
- **un volet social** : bien entendu, la commande publique environnementale ne peut se développer au détriment d'une commande publique sociale. L'inverse non plus d'ailleurs, comme cela peut parfois être le cas, au travers des clauses sociales que certains acheteurs peuvent considérer comme suffisantes pour remplir leur part à la commande publique durable. Une forme de parité devrait d'ailleurs être introduite, en (s') imposant une clause environnementale pour une clause sociale.

L'obligation pourrait être réputée acquise pour les acheteurs publics dont l'établissement de coopération intercommunale ou toute autre forme de regroupement auquel ils ont adhéré a adopté un tel schéma qu'ils mettent en œuvre pour leurs propres besoins.

¹³Art. L. et R.2111-3 du CCP – [Voir fiche technique de la DAJ de Bercy](#) – Concernant les questions autour d'une réduction du seuil d'application et d'une amélioration de leur efficacité, voir par exemple « Quand sera abaissé le seuil à partir duquel est élaboré un schéma de promotion des achats publics responsables ? », à propos de la réponse ministérielle QE n° 27349, réponse à Stéphanie Kerbarh, JOAN du 8 septembre 2020, [Le Moniteur 13 novembre 2020](#).

Le Moniteur, 13 novembre 2020.

¹⁴Ministère de la Transition Écologique : <https://www.ecologie.gouv.fr/achats-publics-durables>

¹⁵Voir Le Moniteur, « [Achats durables : le contenu du troisième plan national d'action se dévoile](#) », 10 février 2021

¹⁶Directive 2014/14 du parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, § 47 de l'introduction : « La recherche et l'innovation, y compris l'éco-innovation et l'innovation sociale, comptent parmi les principaux moteurs de la croissance future et ont été placées au cœur de la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive. Les pouvoirs publics devraient faire le meilleur usage stratégique des marchés publics pour stimuler l'innovation. L'acquisition de produits, travaux et services innovants joue un rôle essentiel dans l'amélioration de l'efficacité et de la qualité des services publics tout en permettant de faire face aux grands enjeux de société. Elle aide à parvenir à une utilisation optimale des deniers publics ainsi qu'à dégager de plus larges avantages économiques, environnementaux et sociétaux à travers les nouvelles idées générées, leur concrétisation sous la forme de produits et services innovants et, partant, la promotion d'une croissance économique durable ».

Axe 2 : Élargir les PCAET A TOUS LES ACHETEURS et créer un « Parcours de la commande publique environnementale »

Les collectivités locales doivent établir des Plans Climat Air-Énergie Territoriaux (PCAET)¹⁷, outils de planification de leurs actions pour lutter contre le changement climatique, mais souvent les modalités pratiques et surtout les conditions de traduction d'une partie des actions dans les contrats de la commande publique (dans les règles de passation comme d'exécution) ne sont pas détaillées.

Si l'articulation entre actions de planification et actions opérationnelles est évidemment difficile à mettre en œuvre, il est nécessaire d'introduire de manière spécifique un volet relatif aux mesures concrètes à prévoir en matière de commande publique, en lien avec le contenu du SPASER – ou du SPIDD – qui pourrait devenir la déclinaison en termes de politique d'achats des PCAET pour sa partie « environnementale ».

Cette mesure consiste à imposer, pour tous les acheteurs publics de définir dans les PCAET 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 PCAET.

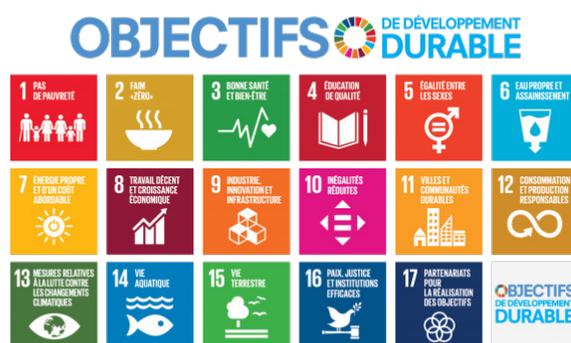
La mise en place de ces plans issus de la Loi GRENELLE II en particulier relève de la programmation générale, dont la traduction opérationnelle manque parfois, ou reste cantonnée à quelques opérations identifiées.

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 PCAET, comme tant d'autres notamment les schémas de type Schéma Régional du Climat Air Énergie (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 PCAET et que cette mesure sera elle-même évaluée au titre du PACET, 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** (espérons ne pas être du combattant) **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.

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 SEM, les SPL, les associations relevant également du champ de la commande publique.



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

2 mesures nécessairement combinées pour passer à l'action !

Le but de ces 2 mesures est de changer réellement de paradigme pour la mise en œuvre des politiques d'achat public. Il est indispensable d'avoir une vision globale et systémique de la prise en compte non plus de simples objectifs de développement durable mais d'une politique volontariste comme nous avons su la mettre en place pour le développement du logement social par exemple avec la Loi « SRU¹⁸ » imposant des objectifs de nombre minimum de logements sociaux.

Pour peu qu'il soit encore temps, pour combien de temps puisqu'il y a une vraie urgence climatique, il ne faut plus rester dans le droit mou qui comprend évidemment toutes les mesures diverses qui relèvent de l'intention mais pas de l'action. Il est inutile d'échafauder des plans pour la planète sans viser des objectifs contraignants pour respecter les délais assignés depuis la COP21 pour la réduction des GES.

En réalité, tout est désormais clair. Nous connaissons les objectifs et la méthode technique pour tenter de les atteindre :

A l'échelle internationale

Les 17 objectifs de développement durable avec ses 169 cibles ont été définis par l'ONU avec un agenda 2030, dont évidemment ceux directement en lien avec la lutte contre le réchauffement climatique, c'est à dire demain. D'autant que l'Europe s'est fixée un objectif de neutralité carbone en 2050¹⁹.

A l'échelle nationale

Ces objectifs ont été traduits par le Gouvernement français dans son Agenda 2030 adopté en septembre 2015 faisant l'objet d'un suivi permanent²⁰. Rappel devant être fait que les différentes réglementations relèvent pour beaucoup d'engagements juridiques internationaux que chaque État transcrit (ou transpose) dans sa propre réglementation et qu'il appartient à tous les acteurs concernés de respecter et eux-mêmes de mettre en œuvre.

A l'échelle locale

Les collectivités locales, leurs établissements publics de coopération intercommunale et d'une manière générale tous les acteurs publics se doivent de mettre en place les outils de mise œuvre des politiques publiques adaptées. Il ne doit plus s'agir d'un choix politique local, mais du respect des règles adoptées et pérennisées par les gouvernements successifs.

Grâce à une légère adaptation du droit existant, et sans créer de nouveaux outils qui seraient inutiles, l'action doit être mise en avant pour ne plus raisonner en silo et définir une action réellement stratégique pour la **commande publique, véritable levier du développement économique et écologique territorial**.

Du point de vue de la définition de la stratégie à mettre en place, la chronologie est simple.

Pour que l'obligation de prise en compte du développement durable dans la définition des besoins, (mesure 1), découlant en particulier des anciens SPASER devenant des SPIDD à portée élargie (mesure 2 axe 1), il est impératif de s'inscrire dans le cadre d'un PCAET généralisé sur tous les territoires, intégrant lui-même les modalités pratiques de sa traduction la politique d'achat public (mesure 2, axe 2)²¹, et devant être établi sur le fondement de l'agenda 2030 notamment avec l'outil que constitue la norme ISO 20400 relative aux achats responsables.

¹⁸Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain et notamment son article 55, complétée depuis sa promulgation mais jamais remise en cause pour l'instant.

¹⁹https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2050_fr

²⁰Voir en particulier le site : <https://www.agenda-2030.fr>

²¹Ce qui a le mérite d'être en cohérence notamment avec l'objectif du Gouvernement de couvrir tous les territoires par un contrat de relance et de transition écologique d'ici le 30 juin 2021 : voir [circulaire du 20 novembre 2020 relative à l'élaboration des contrats territoriaux de relance et de transition écologique](#).



Chapitre 3

Veiller à l'attribution d'une commande publique environnementale



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

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

L'attribution d'une commande publique environnementale, dont l'objectif est ici d'inciter voire obliger tant l'acheteur à la prendre en compte dans son analyse et l'attribution du marché la dimension environnementale que les candidats à l'intégrer dans leurs offres, se conçoit comme le prolongement indispensable d'une définition durable des besoins et 5 mesures peuvent être proposées, allant bien au-delà des propositions découlant du projet de loi Climat et Résilience.

#Mesure n°3 :

Permettre l'appréciation des engagements environnementaux d'un candidat au stade des conditions de participation, pour l'appréciation de ses capacités techniques et professionnelles à exécuter les prestations objets du marché

#Mesure n°6 :

Introduction d'un droit de préférence environnemental : à l'instar du droit de préférence de l'article 36 de la Loi de transition énergétique²², droit de préférence à égalité de prix ou à équivalence d'offres, au profit de l'offre présentant la meilleure valeur environnementale.

#Mesure n°4 :

Critère environnemental obligatoire pour l'attribution des marchés, sauf justification tenant à l'objet du marché ou ses conditions particulières d'exécution pouvant objectivement justifier l'exception.

#Mesure n°7 :

Extension des quatre 1ère propositions au droit des concessions et aux appels à projets pour les cessions de terrains avec ou sans charges d'intérêt général.

#Mesure n°5 :

Autoriser systématiquement la possibilité de présentation d'une variante environnementale, voire l'imposer en travaux pour les opérations de construction de bâtiment supérieures à 1 M€ HT

²²Loi 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 d s offres qui favorisent l'utilisation du transport ferroviaire, du transport fluvial ou de out mode de transport non polluant ».

#Mesure n°3 :

Permettre la prise en compte des engagements environnementaux pour vérifier la capacité professionnelle des candidats

Veiller à l'attribution d'une commande publique environnementale nécessite de s'assurer que les candidats disposent des capacités professionnelles pour la mettre en œuvre.

En effet, les dispositions du Code de la commande publique, comme celles de ces ancêtres que sont le(s) code(s) des marchés publics puis les ordonnances et décret "marchés", imposent à tous les acheteurs de s'assurer que les candidats disposent des capacités pour exécuter le marché.

C'est tout l'objectif de la phase de candidature, plus précisément celle de la vérification des conditions de participation, décrite aux articles L.2142-1 et R.2142-1 à R.2142-27 du Code de la commande publique.

L'idée n'est pas de créer un nouveau "pilier" de capacité, en ajoutant la capacité environnementale aux capacités économiques et financières, techniques et professionnelles, qui préexistent déjà au sein du Code de la Commande Publique et que l'acheteur doit contrôler.

L'idée n'est pas non plus de circonscrire les conditions de participation de l'ensemble des marchés à des exigences de références et qualifications "environnementales" des candidats, ce qui serait non seulement contraire au principe de libre accès à la commande publique, mais serait surtout contre-productif puisque l'objectif est bien d'inciter les opérateurs économiques à s'insérer et à coopérer à cette commande publique environnementale.

En revanche, le Code de la commande publique devrait permettre aux acheteurs d'exiger, lorsque cela est justifié par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution, ce qui sera souvent le cas si la clause environnementale obligatoire devient le principe, que les candidats produisent, au stade de la candidature, et pour vérifier leur capacité professionnelle, une description de leurs engagements en matière de respect de l'environnement.

Ce qui, actuellement, n'est pas juridiquement possible tant au plan du droit européen que national puisque l'arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics, dresse une liste limitative, s'agissant de la vérification des capacités techniques et professionnelles, des pièces du dossier de candidature pouvant être demandés aux candidats. Ne permettant pas aux acheteurs d'exiger plus, sous peine d'irrégularité de la procédure, que ce qui est mentionné à l'article 3 dudit arrêté.

Certes, lors de la rédaction de l'arrêté du 29 mars 2016, ancienne version de l'arrêté du 22 mars 2019 qui en a repris les termes pour l'entrée en vigueur du Code de la commande publique, une avancée avait été observée par rapport à l'ancien arrêté du 28 août 2006, avec l'intégration au titre des pièces pouvant être demandées pour apprécier la capacité technique et professionnelle, de "l'indication des mesures de gestion environnementale que le candidat pourra appliquer lors de l'exécution du marché public".

Il convient désormais d'aller plus loin, non seulement en précisant au sein du Code de la Commande publique que la capacité technique et professionnelle s'entend notamment de la capacité à mettre en œuvre des engagements en matière de développement durable, mais également en permettant aux acheteurs d'exiger plus largement des documents pour l'apprécier, et en permettant expressément de rejeter la candidature d'une entreprise ne justifiant, ni de ses engagements passés, ni de ses engagements futurs, dans ce domaine. Et cela même si l'on doit contrarier le droit européen pour partie obsolète sur ces aspects.

En ménageant libre accès à la commande publique, et objectif de développement durable, le juste milieu peut être trouvé pour que les opérateurs économiques deviennent pro-actif pour la commande publique environnementale et contribuer d'ailleurs à également faire évoluer de droit européen dans ce domaine.

#Mesure n°4 :

Rendre obligatoire le critère environnemental pour l'attribution des marchés

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

Définir un vrai critère environnemental

L'approche proposée dans le projet de loi Climat et Résilience est réellement insuffisante : la notion d'offre économiquement la plus avantageuse (art. L.2152-7 du CCP) imposerait qu'au moins un critère prenne « en compte les caractéristiques environnementales de l'offre » ne présente pas d'effet pratique et opérationnel nécessaire au développement de la commande publique environnementale. Seul l'affichage d'un réel critère environnemental obligatoire, s'imposant aux acheteurs, aux opérateurs et aux juges conduira à lui donner une pleine efficacité.

L'article L.2152-7 du Code de la commande publique dispose 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 ».

L'article 59 du décret du 25 mars 2016, désormais codifié au sein de R.2152-7 du code, avait apporté une première innovation non négligeable puisque, tout en conservant le système « pluralité de critères ou critère unique », il était venu 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 le 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 encore surtout dans le cadre du plan de relance, trouver une application régulière qu'au seul cas des marchés globaux (marchés de conception-réalisation et marchés globaux de performance), définis aux articles L.2171-1 et suivants du Code de la commande publique.

Faire du critère environnemental le principe, et l'absence de son application l'exception

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'allotissement²³.

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 particuliers, 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 1er janvier 2023 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 HT.²⁴

²³Article R.2113-3 du Code de la commande publique

²⁴Pour 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°5 :

Autoriser toutes les variantes environnementales

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

1. 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 dissuade les acheteurs.

En outre, 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 consultation, des réponses dématérialisées : analyser des variantes, parfois en plus des offres de base, peut créer une lourdeur supplémentaire pour la rédaction des rapports d'analyse des offres.



Pourtant, la possibilité introduite il y a 10 ans 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 Code de la commande publique (qui n'exige pas la présentation obligatoire d'une offre de base à l'appui d'une offre variante), 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 recourir davantage aux procédures restreintes à l'examen d'un nombre d'offres compris entre le minimum légal et... un maximum d'une dizaine.

Alors, imposer à l'acheteur d'examiner une offre variante environnementale, c'est se donner la peine et 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 environnementale et innovante, il ne faut évidemment pas fermer les cahiers des charges.

2. Imposer une variante environnementale – Au-delà de l'ouverture généralisée des variantes environnementales à l'initiative des entreprises 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. Dans cette hypothèse, les entreprises pourraient se voir imposer de présenter au moins une variante environnementale dans leur offre, soit directement, soit en complément d'une offre de base.

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 pour les architectes et maîtres d'œuvre 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 base.²⁷

3. Rendre obligatoire à terme une mission coût global avec la méthode BIM²⁸ – Incidemment et nécessairement, en terme de mesure d'accompagnement, les articles R.2431-1 et suivants du Code de la commande publique devront être modifiés, 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 construction répondant aux objectifs environnementaux : rendre obligatoire comme élément de mission de base 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.



²⁷Exemple 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. Site "routesdefrance.com".

²⁸Building Information Modeling

Au demeurant, avec un objectif de délai, toutes les opérations de construction ou d'aménagement supérieure à 1.000.000 € HT devrait faire l'objet d'une mission BIM.

Le BIM tend d'ailleurs à faire son apparition dans la commande publique, puisque les nouveaux Cahiers des Clauses Administratives Générales (CCAG) (travaux et maîtrise d'œuvre notamment) viennent d'intégrer cette notion via la définition du « cahier des Charges BIM » et de la « Convention 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.

#Mesure n°6 :

Création d'un droit de préférence environnemental

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.

1. Généralisation d'un droit de préférence environnemental

- La « Prime à l'environnement », c'est l'objectif de cette 6ème mesure proposée pour l'attribution d'une commande publique environnementale. 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.

Le mécanisme du droit de préférence n'est pas inconnu puisque l'ancien article 53 IV du Code des marchés publics 2006, prévoyait 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.

Les articles R.2153-3 et suivants, relatifs aux marchés de fournitures des entités adjudicatrices, contiennent également un mécanisme de préférence en cas d'équivalence d'offres, pour les offres ne comportant pas plus de 50% de produits originaires de pays tiers à l'Union Européenne.

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 polluants²⁹.

2. Définition des offres équivalentes – La question d'équivalence des offres peut toutefois rester un obstacle à l'application d'un droit de préférence.

²⁹ « 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 ».

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 technologiques³⁰ sur la base d'un écart de point n'excédant pas 10 %.

Le législateur européen³¹ 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 entre les deux offres n'excède pas 10% avec un écart de prix n'excédant pas 3%.

3. Du droit de préférence à l'offre à haute qualité 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.

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 basses³², 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 défaillante ou encore qu'elle sollicite la passation d'avenants au marché initial »³³ et qu'elles sont « de nature à compromettre la bonne exécution du marché conclu sur sa base »³⁴, 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.

³⁰On 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 électriques, req n°1301286.

³¹Mais 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.

³²Article 55 du code des marchés publics et article 57 du projet de décret d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015

³³Concl. M. le Rapporteur Public Bertrand DA COSTA sous CE, Département de la Corse du Sud, 1er mars 2012, req. n°354159

³⁴Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics du 26 septembre 2014.

#Mesure n°7 :

Extension à l'ensemble de la commande publique

Il est crucial de considérer l'achat public environnemental dans l'expression de la totalité des besoins publics : marchés publics, concessions, appels à projets, et pourquoi pas concessions d'occupation domaniales.

La commande publique s'entend désormais assez largement, pour ne plus se limiter aux seuls marchés publics mais à l'ensemble des contrats de la commande publique relevant du code de la commande publique, voire encore au-delà parfois pour certains appels à projets ou appels à manifestation d'intérêt.

Un problème global nécessite une approche et bien entendu une réponse globale. L'achat public ne peut plus se contenter de quelques mesures, cantonnées aux seuls marchés.

Cette mesure 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 l'approche environnementale systématique.



Les contrats de concession au sens large sont évidemment les premiers concernés : qu'il s'agisse des délégations de service public (concessions et affermage), 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 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 (ou même sans) charges d'intérêt général, ne peuvent plus ignorer 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 4

Préconiser des conditions d'exécution environnementales



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.

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.

Les conditions d'exécution d'un marché sont définies 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 ils soumissionnent. 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.

Face au constat d'une trop faible intégration des obligations environnementales dans les conditions d'exécution du contrat par les acheteurs³⁵, malgré les possibilités pourtant déjà offertes par le Code de la Commande Publique (article L.2112-2), trois mesures directement liées à l'exécution du contrat peuvent être proposées pour accroître et imposer la prise en compte de considérations environnementales dans l'exécution des contrats de la commande publique.

#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, et d'en définir dans les documents particuliers du marché les conditions de mise en œuvre, de contrôle, et de sanction du non-respect.

#Mesure n°10 :

Créer une clause d'intéressement environnemental : dès lors qu'une performance ou une condition d'exécution environnementale est définie et assortie d'une pénalité, obligation de prévoir, en cas de dépassement de la performance ou condition attendue, une clause d'intéressement partagé.

#Mesure n°9 :

Obligation de majorer le montant de l'avance forfaitaire à 15%, sans garantie à première demande pour les avances inférieures à 50.000 € et 150.000 €, pour l'acquisition de matériaux, produits, fournitures bénéficiant d'un écolabel.

³⁵Il semblerait que moins de 10% des marchés publics comportent une clause environnementale.

#Mesure n°8 :

Obligation de prévoir au moins une condition d'exécution environnementale

La prise en compte de considérations environnementales dans les conditions d'exécution découle déjà de l'article L.2112-2 du Code de la Commande Publique énonçant que « les conditions d'exécution peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations ».

Il est nécessaire d'être plus prescriptif dans l'obligation comme dans les sanctions qui pourraient conduire à l'irrégularité du marché (annulation par le juge) et l'absence de bénéfice de tout fonds publics de type subvention.

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 GES, 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.



Au niveau européen, même si une directive a pu rendre un semblant obligatoire la démarche d'achat respectueuse des aspects environnementaux du développement durable³⁶, et a publié guides et communications interprétatives dans ce domaine³⁷, 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.

La directive européenne 2014/24/UE du 26 février 2014³⁸ et l'ordonnance du 23 juillet 2015 la transposant dans le droit national³⁹, désormais codifiées au sein du Code de la commande publique, 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.

³⁶L'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 ».

³⁷Guide 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>

³⁸Article 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 ».

³⁹Article 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 ».

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

C'est ce qu'envisage l'article 15 du projet de loi « Climat et Résilience », ce qui est sur le principe une bonne chose, mais qui devra nécessairement, d'une part, être accompagné d'une obligation d'imposer que ces conditions d'exécution environnementale soient précisément définies, dans leur mise œuvre comme dans les modalités de contrôle et de sanction, d'autre part, préciser les conséquences du non-respect de cette obligation par l'acheteur.

Il est à ce titre possible de s'inspirer de la rédaction du nouvel article 20.2 du CCAG Travaux 2021 (arrêté du 30 mars 2021, JO 1er avril), qui sans malheureusement faire de la clause environnementale une obligation (sous l'égide de la classique formulation « si les documents particuliers le précisent »), est néanmoins intéressante en ce qu'elle précise que « ces obligations doivent être vérifiables, selon des méthodes objectives, et faire l'objet d'un contrôle effectif ».

A cette obligation de clauses environnementales, devra ainsi être associée une obligation de pénalités spécifiques pour non-respect desdites conditions d'exécution environnementales. Il pourrait même être imaginé un cas de résiliation pour faute spécifique pour non-respect de la législation en matière environnementale ou non-respect des obligations contractuelles environnementales.

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)⁴⁰ ce qui explique d'ailleurs que ce Livre Orange traite seulement de la commande publique environnementale, et non de la commande publique durable au sens large dont les aspects sociaux sont une des composantes.

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'écolabels...

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 (CCEG) applicables à des marchés de travaux dans un domaine particulier.

La documentation commence d'ailleurs à être assez développée en la matière⁴¹, y compris chez nos voisins⁴².

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

Enfin et surtout, il faut plus que saluer la démarche de l'association CD2E (Centre de Déploiement de l'Ecotransition dans les Entreprises et les territoires), qui a publié un outil numérique pour aider les acheteurs publics à introduire des clauses de développement durable dans les marchés publics : la « Clause verte »⁴³. Qu'il s'agisse de travaux neufs, de réhabilitation, de voirie, de fournitures ou de services, les acheteurs peuvent trouver de nombreux exemples d'intégration de clauses environnementales dans leurs marchés.

Face au constat de l'existence de nombreux outils (guides, clausiers etc...), seule la contrainte, malheureusement, pourra conduire à la mise en œuvre effective d'une commande publique environnementale.

⁴⁰Voir 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.

⁴¹De nombreux guides existent et méritent une réelle prise en compte au sein des acheteurs. - Ex : Guide du Département de la Somme : « Les clauses environnementales dans les opérations de travaux de bâtiments ou comment agir autrement » : http://www.paca.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/Guide_Clauses_Environnementales_Travaux_Bat_Dec_14_cle738c31.pdf

⁴²« 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 : https://developpementdurable.wallonie.be/sites/default/files/2017-07/Note-de-cadrage-Achats-publics-durables_0.pdf

⁴³<https://laclauseverte.fr>

#Mesure n°9 :

La majoration du montant de l'avance forfaitaire versée au titulaire

Inciter, valoriser, gratifier, les 3 piliers de la commande publique environnementale ?

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.

Toujours dans le volet financier de l'exécution des marchés, cette 9ème mesure est relative à l'avance forfaitaire au profit du titulaire.

Les articles R.2191-7 et 8 du Code de la commande publique⁴⁵ traitent spécifiquement du montant 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 compris entre 5% et 30% du marché initial prévoyant notamment des mesures en faveur des PME (valorisation à 20% de l'avance pour les marchés de l'Etat, 10% pour ceux des collectivités locales dont le compte de gestion du budget est supérieur à 60 millions d'euros), assortie d'une garantie à première demande les acheteurs autres que l'Etat et ses établissements publics.

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 à hauteur de 20 %, sans obligation pour celui-ci de constituer une garantie à première demande en ce qui concerne les marchés des collectivités territoriales et leurs établissements, 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 EMAS⁴⁶.



Cette mesure permettrait 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.

⁴⁵Notamment issus des dernières dispositions du décret n° 2020-1261 du 15 octobre 2020

⁴⁶ Le système de management et d'audit environnemental, ministère de la transition écologique, <https://www.ecologie.gouv.fr/systeme-management-et-daudit-environnemental>

#Mesure n°10 :

Création d'une clause d'intéressement environnemental dans tous les contrats comportant des conditions d'exécution environnementales

Changer de paradigme pour mettre en place des mesures incitatives à l'achat environnemental

Intéresser les intervenants à l'acte d'achat environnemental, 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 par 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 environnemental dans les contrats prend appui sur la possibilité anciennement ouverte au sein de l'article 17 du décret du 25 mars 2016, de prévoir des clauses incitatives 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 publics⁴⁴.



Malheureusement, pour des raisons peu explicables, cet article 17 du décret du 25 mars 2016 n'a pas été repris lors de sa codification au sein du Code de la commande publique, alors pourtant que la première version "projet" l'avait intégrée dans un article R.2112-19. Est-ce à dire qu'elles ne sont plus juridiquement possibles ? Nous ne le pensons pas, et ce d'autant plus que les nouveaux CCAG prévoient la création de dispositions spécifiques relatives aux primes, notamment pour réalisation anticipée (art. 19.4 du CCAG Travaux).

En outre, la clause incitative est régulièrement appliquée dans les marchés publics de maîtrise d'œuvre, notamment en termes de maîtrise des coûts et délais. En effet, en application de l'article L.2432-1 du Code de la commande publique, « 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 ».

⁴⁴Circulaire 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 » 8ème édition, N. Charrel et M. Guibal, Ed. Le Moniteur.

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 ou APD sur la 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 conviendra ainsi, soit de réintégrer le mécanisme de la clause incitative et/ou d'intéressement au sein du Code de la commande publique (si sa disparition signifie qu'elle n'existe plus), *a minima* s'agissant du respect des conditions et engagements environnementaux, notamment en cas de réduction des consommations d'énergies ou de ressources sur lesquelles les opérateurs ont pu s'engager, mais plus généralement pour toutes les clauses environnementales quelles qu'elles soient.

Plus particulièrement, concernant les marchés publics globaux de performance, les objectifs de performance – environnementale – mesurables 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.

Pour que l'intéressement devienne un accomplissement

Même si la clause d'intéressement existe *a priori* juridiquement – sous réserve des conséquences de sa disparition du Code de la commande publique depuis le 1er avril 2019 – 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 même que son objectif de gratifier 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 tout 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 environnementale, il ne faut 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 plus généralement, au moins de manière transitoire pour forcer les consciences, dans tous les marchés publics de travaux comportant des conditions environnementales, afin de ne plus rester une simple faculté non mise en œuvre.

« Tout accomplissement commence par la décision d'essayer »



Conclusion



Maintenant, nous devons conclure un contrat avec la Planète !

Rarement les conjonctions ont été si favorables pour renforcer la prise en compte des objectifs en termes de commande publique environnementale 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 au projet de loi "Climat et Résilience" qui doit enfin intégrer, après tant de rendez-vous manqués précédemment, des mesures fortes tendant à impliquer les acteurs de l'achat dans la prise en compte effective de l'environnement.

Il semble incontournable de devoir passer de l'incitation à l'obligation, « juridiquement engageante », ce qui aura parallèlement le mérite de sécuriser juridiquement le choix des acheteurs en ayant déjà la volonté, et qui n'osent franchir le pas par crainte de voir la procédure de passation viciée.

L'exemple de l'arrêt du Conseil d'Etat « Nantes Métropole » du 25 mai 2018, à qui l'on a au demeurant fait dire ce qu'il ne dit pas⁴⁷, caractérise le fait que la position du juge administratif ces 10 dernières années n'a pas aidé les acheteurs à utiliser les outils dont ils disposaient déjà pour prendre en considération l'environnement dans leurs commandes publiques.

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

⁴⁷<https://charrel-avocats.com/actualite/commande-publique-et-rse-desenchantement-ou-encouragement-autour-du-critere-social>

- L'effet d'échelle sur une commande publique (au sens très large) nationale et européenne, difficilement chiffrable dans un 1er 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 assez nombreuses pour qu'un recul suffisant serve la commande publique à venir et permettre ainsi la généralisation des obligations.

L'achat innovant dispose son guide officiel mais l'achat public environnemental se cantonne à des guides éparses, spécifiques et sectorisés à certains domaines particuliers sans disposer d'un guide transversal, 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.

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 Code de la Commande Publique, par le biais du projet de loi "Climat et Résilience", comme proposé en annexe à cette contribution.

Ces 10 mesures se veulent donc simples, fortes, de nature à en amener d'autres, notamment en termes 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.

⁴⁸ 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/fil_s/fil_s/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/guides/guide-pratique-achat-public-innovant.pdf

⁴⁹ Guide de l'achat public durable – Achat de produits, matériel et prestations de nettoyage (septembre 2009) ; Guide relatif à l'efficacité énergétique 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>

Livre orange

Manifeste pour la Commande Publique Environnementale

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 proposaient 10 mesures concrètes pour rendre la commande publique plus durable.

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

Plus de cinq ans plus tard, force est de constater que si les choses commencent à bouger, les propositions en cours de discussion autour du projet de loi « Climat et résilience » restent non seulement encore tardives dans les projections de leurs mises en œuvre (encore cinq ans ?) mais surtout totalement insuffisantes pour disposer d'outils efficaces pour intégrer une réelle commande publique devant cette fois être davantage centrée sur les préoccupations environnementales.

L'urgence climatique est clairement avérée, l'urgence juridique pressante.

Le Livre Orange de la Commande Publique Durable de 2015, dans sa version réactualisée devient un Livre Orange "Manifeste pour la Commande Publique Environnementale," avec la mise en avant de dix mesures.

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 de la passation et de l'exécution.

A l'heure des débats parlementaires sur le projet de la loi « Climat et résilience », c'est tout l'écosystème professionnel de la Commande Publique qui doit se mobiliser pour débattre des diverses mesures qui laisseront leur empreinte, non seulement juridique mais nécessairement climatique.



Nicolas CHARREL

Avocat au barreau de Paris

Médiateur près des juridictions administratives

Auteur du Code de la commande publique, des CCAG-Travaux, Prestations Intellectuelles (PI), Techniques de l'Information et de la Communication (TIC) et marchés industriels (MI), commentés et annotés aux Éditions du Moniteur.



Thomas GASPAS

Avocat au barreau de Montpellier

Chargé d'enseignement à l'Université Montpellier