Adresse de l'article https://www.lagazettedescommunes.com/929995/comment-adopter-les-criteres-environnementaux-dans-les-marches-publics/

COMMANDE PUBLIQUE

Comment adopter les critères environnementaux dans les marchés publics

Auteur associé | Actu juridique | Fiches de droit pratique | France | Publié le 29/05/2024 | Mis à jour le 06/06/2024

La commande publique doit déjà, aujourd'hui, participer à l'atteinte des objectifs de développement durable. Demain, le critère environnemental devra être objectif, précis et en lien avec l'objet ou les conditions d'exécution du marché.

[1]

Anticiper l'obligation de prévoir un critère environnemental pour 2026

La possibilité d'ériger des critères environnementaux pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse a été consacrée il y a plus de vingt ans par le juge européen (1) [2] aujourd'hui en vigueur n'a pas modifié l'état du droit sur ce point. Certes, désormais, l'article L.2152-7 du CCP [3]dispose que « l'offre économiquement la plus avantageuse peut également être déterminée sur le fondement d'une pluralité de critères […] parmi lesquels figurent le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects […] environnementaux ». Si la faculté de prendre en compte ces aspects ne relève désormais plus uniquement du champ réglementaire mais également de celui de la loi, aucune révolution n'est à signaler.

Elle interviendra en réalité à compter du 22 août 2026 par l'effet de la loi dite « climat et résilience » [4](2) [5] et la nécessité de prendre « en compte les caractéristiques environnementales de l'offre » au titre des critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Incidemment, la faculté, déjà encadrée, de retenir uniquement le critère du « prix » disparaîtra définitivement au profit du critère unique du « coût » prenant en compte ces mêmes caractéristiques (3) [6].

Cependant, la loi « industrie verte » [7] prévoit une entrée en vigueur anticipée, par décret, « en fonction de l'objet du marché ». Les acheteurs doivent ainsi s'attendre à devoir recourir, dès les prochains mois, à un critère environnemental pour certains de leurs achats, sans qu'ils ne soient aujourd'hui connus.

Retenir un critère objectif et précis

Le critère environnemental n'échappera pas aux impératifs déjà connus, exposés aux articles L.2152-7 [3]et L.2152-8 [8] du CCP.

Dans ce cadre, il devra être « objectif » sans favoriser un opérateur économique ou une catégorie d'opérateurs économiques en particulier, et notamment les candidats locaux. Il n'est donc pas question de s'emparer de la nouvelle exigence en érigeant un critère systématique de proximité non justifié par les contraintes du service. En revanche, rien n'interdit de prendre en compte cette proximité et de la valoriser au travers d'un critère prenant par exemple en compte les émissions de gaz à effet de serre. En somme, il faudra faire preuve de subtilité.

Le critère ne devra pas non plus « conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur ». L'introduction d'un critère « qualité environnementale » sans autre précision serait, par exemple, critiquable (comme en son temps la « valeur technique de l'offre ») dès lors qu'il laisse à l'acheteur une marge d'appréciation trop discrétionnaire dans la notation. Pour éviter cet écueil, l'acheteur devra au contraire développer, au cas par cas, les éléments d'appréciation composant le critère.

Enfin, il devra être suffisamment « précis ». A ce titre, par exemple, prévoir un critère « impact environnemental » et exiger la production d'un bilan carbone sans en préciser le contenu ni les modalités d'analyse seront sanctionnés par le juge administratif (4) [9].

S'assurer de l'existence d'un lien entre le critère environnemental et le marché

Le critère devra en outre être en lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. Cette exigence, également prévue à l'article R.2152-7 du CCP, est sans doute celle qui suscitera le plus de difficultés. Aujourd'hui, à l'exception du critère financier (prix ou coût), l'acheteur choisit librement ses critères de choix, ce qui lui permet de recourir à un critère environnemental lorsque la commande ou son exécution a un impact environnemental évident (acquisition de véhicules, réalisation d'un ouvrage, restauration collective…). Pour ces marchés, la satisfaction de l'obligation ne devrait donc pas poser plus de difficultés demain.

En revanche, lorsque cet impact n'est pas évident, il ne l'est pas non plus d'intégrer efficacement un critère en la matière. L'on pense, par exemple, aux marchés de prestations intellectuelles – et notamment juridiques – pour lesquels ce critère risque d'être particulièrement artificiel, et donc aussi peu pertinent que sujet aux critiques des évincés.

Pour assurer au mieux la régularité du lien entre le critère et le marché, il est donc recommandé de partir des exigences fixées, notamment par le CCTP (cahier des clauses techniques particulières), afin d'identifier la ou les prestations susceptibles de se prêter à une évaluation qualitative d'un point de vue environnemental.

A cet égard, malgré la lettre de l'article R.21111-3 [10] du CCP, il est déconseillé d'ériger la détention d'un « écolabel » en critère environnemental : à défaut d'en faire état, l'offre devrait plutôt être qualifiée d'irrégulière que sanctionnée d'une mauvaise note (sauf si le label prévoit une classification échelonnée, par exemple selon des niveaux de consommation d'énergie).

De la même manière, le recours à un critère « RSE » (responsabilité sociale des entreprises), qui viserait à apprécier la qualité de l'intégration par le soumissionnaire « de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales » (5) [11], devrait faire l'objet de précautions particulières pour ne pas être sans lien

avec les conditions d'exécution du marché (6) [12].

Recourir au coût du cycle de vie au lieu du prix

Défini à l'article R.2152-9 [13] du CCP, un critère « coût du cycle de vie » peut être utilisé en lieu et place du sacro-saint « prix ». Le cycle de vie prend en compte d'autres aspects que le seul coût d'acquisition du bien ou du service, tels que la consommation en énergie, les frais de maintenance ou encore sa fin de vie, mais également les coûts « imputés aux externalités environnementales » (coût des émissions de gaz à effet de serre et autres polluants, coûts pour atténuer le changement climatique).

Concrètement, ce critère permet une « approche globale » et de disposer d'une vision plus fine à la fois du coût total du bien – combinant l'acquisition et l'utilisation – et des effets sur l'environnement. Y recourir permettrait ainsi à l'acheteur de satisfaire à sa future obligation. Mais il sera alors confronté à de nombreuses difficultés, qui tiendront tant à la définition des composantes du critère qu'à leur notation, et qui expliquent pourquoi il reste aujourd'hui boudé.

Par exemple, la prise en compte du coût de déplacements des agents pour consulter des fonds documentaires dans les locaux du titulaire est possible pour apprécier le coût global de l'offre. Mais l'appréciation de coût ne peut résulter de la seule localisation géographique de ces locaux : l'acheteur doit également prendre en compte le temps de trajet, le coût en carburant, les conditions de circulation ou encore les alternatives via les transports en commun puisqu'ils constituent « autant d'éléments qui influent sur le temps de trajet autant que la distance parcourue » (7) [14].

De la même manière, la prise en compte des externalités environnementales suppose d'établir une méthode fiable de leur monétisation. Or, l'exercice peut être un réel casse-tête, d'autant plus que, dans l'attente des outils opérationnels annoncés par l'Etat pour 2025 au plus tard (8) [15], les seules méthodes aujourd'hui disponibles concernent les véhicules de transports routiers ou l'agriculture.

Mettre en œuvre les critères environnementaux

Si, dans la majorité des cas, une méthode classique (offre satisfaisante, moyennement satisfaisante, insatisfaisante) peut être utilisée pour ces critères, l'acheteur devra clairement exprimer les attentes (cadre de réponse) et arrêter les paramètres d'appréciation en fonction de ces attentes. Mais l'exercice pourra être bien plus délicat, notamment en cas de recours au critère du coût du cycle de vie, ainsi qu'évoqué.

Au-delà, dès lors que les acheteurs devront apprécier les mérites de solutions techniques souvent récentes et innovantes et s'assurer de leur effectivité, la mise en œuvre de la méthode de notation constituera un point de vigilance pour éviter une dénaturation des offres. Si l'exercice ne doit pas effrayer les acheteurs disposant de l'ingénierie suffisante en interne, les autres pourront être confrontés à des difficultés de notation des offres.

Dans l'attente du 22 août 2026, et puisque la prise en compte systématique du critère environnemental impactera tous les acteurs, il ne saurait être trop conseillé aux acheteurs de s'exercer sur le sujet et de se préparer en lien avec les opérateurs. Dans la même logique, les démarches de sourcing devraient être accentuées à ce sujet afin de limiter l'infructuosité des procédures et des dérives des coûts. Car en matière de commande publique et compte tenu des tensions budgétaires des collectivités, il n'est pas question d'un « quoiqu'il en coûte » environnemental : tout l'enjeu sera de trouver un équilibre entre les objectifs de verdissement, la bonne gestion des deniers publics et la réponse aux besoins des acheteurs.

REFERENCES

• Loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte.

• Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.