



MARCHÉS PUBLICS

LES PRÉOCCUPATIONS SOCIALES, ÉNERGÉTIQUES ET ENVIRONNEMENTALES

L'ESSENTIEL

► Le décret du 25 août 2011 a ouvert aux pouvoirs adjudicateurs la possibilité de conclure des contrats globaux de performance énergétique, associant réalisation et exploitation ou maintenance.

► Les pouvoirs adjudicateurs peuvent, lorsque l'objet du marché l'exige, prendre en compte la localisation géographique des candidats.

► L'utilisation de critères relatifs au développement durable ne doit pas conduire les pouvoirs adjudicateurs à arrêter des critères de sélection leur conférant un pouvoir discrétionnaire. Les critères de sélection des offres devront être liés à l'objet du marché, et être non discriminatoires.

► Le recours à des clauses spécifiques en faveur de l'environnement ou de l'insertion sociale est également possible dans le cadre de l'exécution des marchés.

Le décret n°2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique a notamment permis une prise en compte accrue de certaines exigences du Grenelle de l'environnement en donnant naissance à une nouvelle forme de contrats globaux, ou en ajoutant un critère de sélection des offres tenant à des préoccupations environnementales.

La publication de ce décret est ainsi l'occasion de dresser un état des lieux concret et actualisé des actions possibles pour les pouvoirs adjudicateurs concernant l'intégration des préoccupations environnementales, énergétiques ou encore sociales dans les marchés publics.

I. Les nouveaux contrats de performance énergétique

Le décret précité du 25 août 2011 a ouvert aux pouvoirs adjudicateurs soumis au Code des marchés publics (CMP) la possibilité de conclure des contrats globaux associant réalisation et exploitation ou maintenance (*nouvel article 73 du CMP*). Il est même possible de prévoir, le cas échéant, une mission de conception, mais dans ce cas, sous la condition expresse de remplir les exigences de passation d'un marché de conception-réalisation dès lors que des travaux soumis à la loi MOP (1) sont envisagés.

Recours aux contrats globaux encadré

Le recours à ces nouveaux contrats globaux est toutefois encadré. Ainsi l'association de ces prestations distinctes doit permettre de répondre à une finalité qui est « de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique ». Pour cette raison, ces marchés « comportent des engagements de performance mesurables » (2).

Si ces marchés ne visent pas de manière exclusive les objectifs en lien avec le développement durable, il n'en demeure pas moins que ces derniers sont expressément mentionnés dans le texte. Ces nouveaux contrats de

performance énergétique correspondent peu ou prou à la dernière étape de transposition de la directive européenne n°2006/32/CE du 5 avril 2006 relative aux services énergétiques. En effet, si la loi Grenelle 1 a transposé partiellement la directive précitée en prévoyant le recours aux contrats de partenariat en matière de performance énergétique (*article 5-I de la loi n°2009-967*), la question de l'insertion des contrats de performance énergétique ne correspondant pas à la définition des contrats de partenariat semblait plus incertaine.

La loi Grenelle 1 précitée annonçait que « le droit de la commande publique devra prendre en compte l'objectif de réduction des consommations d'énergie visé au premier alinéa, en autorisant le pouvoir adjudicateur à recourir à un contrat de performance énergétique, notamment sous la forme d'un marché global regroupant les prestations de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance, dès lors que les améliorations de l'efficacité énergétique sont garanties contractuellement ». Mais les règles édictées dans le CMP – et notamment le principe d'allotissement des prestations distinctes – étaient de nature à rendre juridiquement trop peu sécurisée la passation de marchés publics de performance énergétique. Fort d'un tel état des lieux relayé notamment dans le rapport sur les contrats de performances énergétiques (3), le choix a été fait de modifier les règles du CMP afin de créer ces nouveaux contrats globaux.

Le champ des contrats élargi

Le décret du 25 août 2011 a par ailleurs élargi le champ d'application de ces contrats puisqu'il « peut s'agir de « contrats de performance énergétique », institués par les lois Grenelle 1 et 2, ainsi que, d'une façon générale, de tout contrat comportant, de la part du titulaire, des engagements de performance mesurables, notamment, en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique » (*DAJ, fiche explicative de la réforme, cf. www.economie.gouv.fr/daj/accueil-daj*). Ainsi, la performance énergétique dépasserait la simple efficacité énergétique.

Par ailleurs, le but visé ne paraît pas limité à la simple question de l'énergie mais semble aller au-delà dès lors



que sont mentionnés le « niveau d'activité », le « [niveau] de qualité du service » ou encore le « [niveau] d'incidence écologique ».

Modes de rémunération

Notons également que ces nouveaux contrats globaux devront faire l'objet d'une attention particulière quant à leur mode de rémunération puisque l'article 73 IV du Code précise que ces marchés « fixent le prix de l'ensemble des prestations et les modalités de rémunération du titulaire » et que « la rémunération de l'exploitation et de la maintenance est liée à l'atteinte de performances mesurées fixées dans le marché pour toute sa durée d'exécution ».

En d'autres termes, ces marchés semblent faire la part belle à un système de bonus/malus en fonction de l'atteinte ou non des performances prévues au marché. Il s'agit donc de responsabiliser les titulaires des marchés en faisant varier leur rémunération au gré de l'atteinte des niveaux de performance sur lesquels ils s'engagent. En outre, ces marchés font « obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance » et l'interdiction de toute clause de paiement différé demeure.

A noter

Concernant leurs modalités d'attribution, doivent figurer a minima parmi les critères de sélection des offres le critère de coût global de l'offre ainsi qu'un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance prévus à l'article 73 et définis en fonction de l'objet du marché (4).

En pratique, ces contrats auraient vocation à s'appliquer à la réalisation de bâtiments de basse consommation (BBC) ou à énergie positive. Plus particulièrement, la réalisation de certains équipements publics particulièrement consommateurs en énergie – un complexe nautique par exemple – pourrait opportunément justifier le recours à de tels contrats globaux.

II. Un nouveau critère de performance : l'approvisionnement direct

Le décret du 25 août 2011 a introduit à l'article 53 du CMP un nouveau critère de sélection des offres lorsque les pouvoirs adjudicateurs décident de s'appuyer sur une pluralité de critères de sélection. L'article 18 du décret vise désormais, outre « les performances en matière de protection de l'environnement », « les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture ».

A noter

L'ajout de ce nouveau critère ne le rend pas obligatoire, la liste de l'article 53 n'étant qu'indicative. En tout état de cause, les critères retenus par le pouvoir adjudicateur doivent être « non discriminatoires et liés à l'objet du marché » (article 53 du CMP).

Les objectifs

Ce nouveau critère, destiné à favoriser les « circuits courts » d'approvisionnement, a été présenté par la direction des affaires juridiques du ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie comme une mesure permettant « de rapatrier de la valeur ajoutée pour les agriculteurs en diminuant le coût des intermédiaires et de préserver l'environnement en limitant le déplacement des produits et le recours aux plateformes de répartition » (www.economie.gouv.fr/daj/accueil, *Espace marchés publics*, rubr. *Textes/Code des marchés publics*).

La logique qui sous-tend l'insertion de ce nouveau critère serait celle de recherche d'un nouvel équilibre des échanges entre les différents intervenants à l'opération économique, sans que cela serve de manière exclusive les intérêts du pouvoir adjudicateur. Une telle logique peut surprendre dans la mesure où, en principe, toute commande publique vise à satisfaire les besoins du pouvoir adjudicateur qui l'initie. L'utilisation de ce critère suscite également des interrogations dans la mesure où le pouvoir adjudicateur devra être en mesure de justifier en quoi il est bien lié à l'objet du marché.

Des exemples de marchés pouvant se prêter à un tel critère peuvent cependant se trouver en matière de restauration collective et plus précisément de restauration scolaire. Ainsi, afin de répondre, par exemple à un besoin d'apprentissage à destination des enfants concernant les produits de saison ou des produits naturels, il peut être envisagé de mettre en œuvre ce nouveau critère pour l'attribution de certains marchés de fourniture de denrées alimentaires ou encore de marchés portant sur l'exploitation des cuisines centrales.

Une application délicate du nouveau critère

En cherchant toutefois à promouvoir l'agriculture locale, il convient de conserver à l'esprit la nécessité d'éviter de favoriser directement des offres locales. Sur ce point, les juridictions administratives se sont, par le passé, montrées assez intransigeantes sur la question de la préférence locale, et ce qu'il s'agisse du juge communautaire comme du juge national (*pour un exemple de décision du juge national, CE, 29 juillet 1994, Commune de Ventenac-en-Minervois, req. n°131562*).

Dans une récente réponse ministérielle, la doctrine administrative a réaffirmé que « le droit de la commande publique ne permet pas de retenir des critères de choix liés à l'origine ou l'implantation géographique des candidats au marché. L'introduction d'un critère de préférence locale dans le Code des marchés publics est donc impossible, car elle constituerait une méconnaissance des règles communautaires de la commande publique » (*Rép. min. n°77003, JOAN Q, 29 juin 2010*). Et sous couvert de prise en compte des préoccupations environnementales, il ne peut davantage être défini de critère de sélection permettant une préférence locale.

Dans une autre réponse ministérielle, du 21 janvier 2010 (*n°10874, JO Sénat*), le gouvernement a rap-

RÉFÉRENCES

- Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique (JO du 26 août 2011, p. 14453)
- Code des marchés publics

SUR LE WEB

L'espace « marchés publics » du site du ministère de l'Economie :
www.colloc.bercy.gouv.fr/colo_struct_marc_publ/index.html

LES PRÉOCCUPATIONS SOCIALES, ÉNERGÉTIQUES ET ENVIRONNEMENTALES DANS LES MARCHÉS PUBLICS

[...] pelé que « la proximité géographique d'une entreprise, dans le but de réduire les émissions de CO₂, ne peut être en tant que tel intégrée comme critère de sélection des offres : un tel critère présente un caractère discriminatoire au détriment des entreprises les plus éloignées ». Ainsi, le critère de la préférence locale demeure illicite.

A noter

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent, lorsque l'objet du marché l'exige, prendre en compte la localisation géographique des candidats, mais uniquement en tant que modalité d'un autre critère (non comme critère autonome), qu'il s'agisse d'un critère relatif aux délais d'exécution (5) ou à la valeur technique des offres (6), ou désormais aux approvisionnements directs de produits de l'agriculture.

La latitude des pouvoirs adjudicateurs en la matière est donc assez étroite. La pratique nous dira assez rapidement si le nouveau critère relatif aux « circuits courts » d'approvisionnement sera de nature à donner une nouvelle impulsion à une certaine « prime » aux opérateurs locaux. En définitive, outre le lien avec l'objet du marché, la formulation retenue ne devra pas être discriminatoire, cela nécessitant, selon nous, de fixer une pondération limitée.

III. L'utilisation de critères relatifs au développement durable

La prise en compte du développement durable au stade des critères de sélection des offres n'est, quant à elle, pas une innovation.

L'Observatoire économique de l'achat public (OEAP) a publié en octobre 2011 un numéro spécial consacré à l'achat public durable. Il ressort d'une enquête menée en 2011 que le développement durable – mode de développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs (7) – est pris en compte de manière assez inégale et dans tous les cas insuffisante par les acheteurs publics.

L'article 5 du CMP relatif à la définition des besoins rappelle quant à lui que les pouvoirs adjudicateurs doivent prendre en compte des objectifs de développement durable « et, en particulier, les exigences sociales et environnementales » selon la circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

La mise en œuvre des critères environnementaux

Depuis 2004, le Code permet la mise en œuvre de critères environnementaux. Plus précisément, l'article 53 du CMP mentionne dans la liste indicative des critères de sélection des offres ceux de « performances en matière de protection de l'environnement ». Mais la question de l'usage régulier de tels critères revêt encore aujourd'hui un réel caractère d'incertitude pour nombre de pouvoirs adjudicateurs.

Des exemples de décisions rendues par les juridictions administratives peuvent être mentionnés afin de donner un aperçu de la marge de manœuvre dont disposent les pouvoirs adjudicateurs en la matière.

Concernant ainsi le volet environnemental a été reconnue comme légale la mise en œuvre d'un sous-critère relatif « au contrôle interne de la mise en œuvre des procédures relatives à la qualité environnementale et au développement durable », dans le cadre d'un marché de collecte des déchets ménagers et assimilés et d'évacuation des déchets de déchetterie, alors même qu'était également prévue au titre du critère valeur technique la prise en compte du respect de l'environnement au travers du choix des véhicules et de leur niveau de pollution (8).

De la même manière, la Cour de justice de l'Union européenne a admis la possibilité d'attribuer une pondération forte au critère environnemental relatif à la fourniture d'électricité à partir de sources d'énergies renouvelables dans un marché de fourniture d'électricité (9).

En revanche, a été jugé irrégulier comme étant trop imprécis un critère relatif à la « qualité environnementale » affecté d'un coefficient de pondération de 30 % dès lors que les documents de la consultation n'indiquaient rien sur les conditions de mise en œuvre du critère (10).

A également été jugée irrégulière une procédure où le critère de la valeur technique (pondéré de 40 %) devait être apprécié « avec prise en compte de la valeur environnementale », sur la base d'un mémoire faisant apparaître les mesures que les candidats comptaient prendre pour la protection de l'environnement, les conditions relatives à la valeur environnementale constituant un véritable critère qui aurait dû être pondéré et dont la pondération aurait dû elle-même être portée à la connaissance des candidats (11).

A noter

Il appartient aux pouvoirs adjudicateurs de prévoir des critères précis qui ne doivent leur conférer aucun pouvoir discrétionnaire.

Insertion des publics en difficulté

Outre la question environnementale, un critère de sélection existe également s'agissant de l'insertion professionnelle des publics en difficulté : l'article 53-I du CMP mentionne ainsi un critère relatif aux « performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté ».

A noter

Ce critère n'a pas vocation à s'appliquer à tous les marchés. En effet, ce critère de sélection des offres devra être lié à l'objet du marché, et être non discriminatoire. Et une telle constatation va, a priori, limiter de manière assez drastique le recours à ce critère.

Concernant tout d'abord l'exigence d'un lien entre le critère et l'objet du marché, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de juger, à propos d'un marché de travaux de réhabilitation d'une décharge, que l'utilisation d'un critère additionnel, relatif aux « propositions concrètes faites par les soumissionnaires en matière de création d'emplois, d'insertion et de formation », est illégale car « sans rapport avec l'objet du contrat ou avec ses conditions d'exécution » (12).

La situation ne semble pas avoir évolué dans le sens d'une souplesse dans l'utilisation de ce critère. Ainsi l'OEAP a-t-il récemment indiqué qu'« en l'état de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), ce critère social ne peut toutefois être mis en œuvre que lorsqu'il présente un lien avec l'objet du marché, c'est-à-dire lorsque la nature des prestations demandées est bien en rapport avec une action d'insertion, comme c'est le cas lorsque l'objet même du marché est la réalisation d'une action d'insertion ». En tout état de cause, il doit exister un lien avec une action d'insertion sociale selon le guide de l'OEAP, « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées », mis à jour en décembre 2010.

L'action des pouvoirs adjudicateurs en la matière est donc limitée.

IV. Le recours à des clauses spécifiques dans le marché

Un autre outil à la disposition des pouvoirs adjudicateurs souhaitant procéder à un achat socio-économique responsable réside dans la faculté, offerte par l'article 14 du CMP, de mentionner la possibilité de prévoir des éléments à caractère social ou environnemental au stade des conditions d'exécution des contrats. Etant néanmoins précisé que « ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels ». Une fois encore, ainsi, le pouvoir adjudicateur doit s'assurer de bien respecter le principe de liberté d'accès à la commande publique, ce qui peut constituer un frein à l'utilisation de telles clauses.

S'agissant des conditions d'exécution « environnementales », peuvent être mentionnées le fait d'imposer, dans certains marchés, une livraison en vrac de préférence à une livraison en petit conditionnement ou encore, par exemple, pour des marchés de fournitures de bureau, l'usage de matériaux de récupération.

Insertion sociale

Les clauses relatives à l'insertion sociale permettent-elles notamment d'imposer aux entreprises soumission-

naires de s'engager à réaliser une action d'insertion correspondant à un volume déterminé d'heures de travail ? Si, en pratique, l'insertion de telles clauses nécessitera de préciser leur existence dès le stade de l'avis d'appel public à la concurrence, puis de définir l'étendue des obligations du titulaire en matière de développement social dans le cahier des clauses administratives particulières (CCAP), la légalité du recours à un tel processus doit pouvoir être confirmée.

La circulaire précitée du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics a pu fournir des pistes d'application de telles clauses afin de pouvoir assurer un caractère le moins discriminant possible. Ainsi, il convient de veiller, pour que tout opérateur économique puisse satisfaire les exigences, à ne pas délimiter des modalités obligatoires de réalisation de la clause.

En d'autres termes, il est important de faire attention à ne pas limiter la concurrence. Par exemple, si un pouvoir adjudicateur indique dans son cahier des charges les publics visés, les modalités possibles de mise en œuvre de l'action d'insertion et, le cas échéant, un dispositif d'accompagnement, la clause doit objectivement être jugée légale en cas de contentieux.

En tout état de cause, le risque d'une discrimination entre les candidats sera limité par la faculté qu'aura le pouvoir adjudicateur de bien connaître les acteurs locaux de l'insertion sociale en les associant notamment à sa démarche d'achat. Indiquer par exemple que le pouvoir adjudicateur a contractualisé un accord avec un plan local pour l'insertion et l'emploi (PLIE) et que les entreprises retenues devront avoir une démarche d'insertion en lien avec ce dernier serait ainsi tout à fait possible. Une clause fixant sinon un pourcentage minimum d'heures de travail à réserver à des personnes éligibles aux dispositions d'insertion sociale, mais laissant les candidats libres des modalités, serait également très probablement licite. ■

(1) Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite loi « MOP »

(2) Article 73 du Code des marchés publics

(3) Rapport au ministre de l'Ecologie, du Développement durable, des Transports et du Logement, mars 2011

(4) Article 73.IV in fine du Code des marchés publics

(5) CAA Nancy, 12 avril 2001, Société régionale du bâtiment Scanzi et fils, req. n° 96NC02129

(6) CAA Marseille, 6 avril 2007, Préfet des Hautes-Alpes c/ Département des Hautes-Alpes, req. 04MA02218

(7) Rapport « Notre Avenir à Tous » de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement des Nations Unies, 1987

(8) TA Nîmes, ord. 10 juillet 2009, Société Océan, req. n° 091712

(9) CJUE, 4 décembre 2003, EVN, affaire n° C-448/01

(10) TA Caen, ord., 5 janvier 2010, Société Les Camps-Jouault, req. n° 0902741

(11) TA Limoges, 18 févr. 2010, SARL SOGEO c/ Syndicat d'aménagement du bassin de la Vienne moyenne et autres, req. n° 08-01252

(12) CE, 25 juillet 2001, Commune de Gravelines, req. n° 229666