La préservation de l'environnement s'impose aux marchés publics

ADOBE STOCK - MONTAGE É. CLÉMENT

Depuis la loi « climat et résilience » du 22 août 2021, la prise en compte de la préservation de l'environnement – et plus globalement du développement durable – dans la passation et l'exécution des contrats de la commande publique s'est transformée en obligation. Décryptage de ces impératifs nouveaux pour l'acheteur public local, des précautions à prendre en la matière mais aussi du potentiel des clauses environnementales.

La prise en compte de la préservation de l'environnement dans la passation et l'exécution des contrats de la commande publique n'est pas nouvelle. Avant même la loi « climat et résilience », plusieurs textes ont intégré des dispositions en la matière.

Marchés publics et environnement, une connexion depuis 2018

Il existait ainsi déjà une obligation de prendre en compte l'objectif de préservation de l'environnement dans la commande publique pour certains achats. Il peut être fait état de l'achat :
– des aliments destinés aux repas servis dans les restaurants collectifs, les acheteurs devant s'assurer qu'une part significative provient de l'agriculture biologique et de filières du commerce équitable (loi « Egalim » de 2018) ;
– de pneumatiques puisque, depuis la loi du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, l'article L. 2172-6 du code de la commande publique prévoit que, « dans un souci de préservation des ressources naturelles », les achats de « l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs opérateurs portent sur des pneumatiques rechapés, sauf si une première consultation s'est révélée infructueuse ».

Plastique et énergie ciblés par la loi « antigaspillage »

La loi du 10 février 2020 avait également prévu qu'à compter du 1er janvier 2021, les collectivités territoriales devaient « dès que cela est possible » réduire « la consommation de plastiques à usage unique, la production de déchets et [privilégier] les biens issus du réemploi ou qui intègrent des matières recyclées en prévoyant des clauses et des critères utiles dans les cahiers des charges », promouvoir « le recours à des logiciels dont la conception permet de limiter la consommation énergétique associée à leur utilisation » et s'assurer que les biens acquis annuellement sont « issus du réemploi ou de la réutilisation ou intègrent des matières recyclées dans des proportions de 20 % à 100 % selon le type de produit » (1).
La loi « climat et résilience » est donc venue élargir cette obligation à tous les marchés publics en intégrant de nouvelles règles dans le code de la commande publique (CCP). Il est désormais prévu, à côté des principes fondamentaux (art. L. 3) que « la commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale » (art. L. 3-1).

2024 à 2030 : la loi « climat » impose de nouvelles obligations

A compter du 1er janvier 2024, les marchés de produits agricoles et de denrées alimentaires devront prendre en compte « les conditions de fraîcheur, la nécessité de respecter la saisonnalité et le niveau de transformation attendu des produits » (2).
Puis, à compter du 21 août 2026, deux nouvelles obligations concrètes et notables s'imposeront aux acheteurs : au moins un des critères d'analyse des offres devra prendre « en compte les caractéristiques environnementales de l'offre » (futur article L. 2152-7 du CCP) ; les conditions d'exécution devront impérativement intégrer des « considérations relatives à l'environnement » (futur article L. 2112-2, al. 2 du CCP).
Enfin, à compter du 1er janvier 2030, l'usage des matériaux biosourcés ou bas carbone devra intervenir dans au moins 25 % des rénovations lourdes et des constructions relevant de la commande publique.

Les filiales également concernées

En outre, il sera possible d'exclure un candidat qui, pour lui-même, ses filiales ou ses sous-traitants, ne remplirait pas son obligation de vigilance en

matière de prévention des atteintes graves aux droits humains et aux libertés fondamentales, à la santé et à la sécurité des personnes ainsi qu'à l'environnement, au sens de l'article L. 225-102-4 du code de commerce.
Au vu de cette évolution du droit vers une obligation d'intégrer la préservation de l'environnement dans les marchés publics, il est utile de rappeler certaines précautions et faire état de pistes de réflexion en matière de clauses et critères environnementaux.

Les clauses et critères environnementaux

S'ils devront en prévoir pour tous leurs marchés à partir du 21 août 2026, les acheteurs doivent s'assurer jusqu'à cette date que ces critères et clauses environnementaux sont bien liés à l'objet du marché (3). Cette règle ne pose cependant pas tellement de difficultés car il ressort de la jurisprudence (4) que le lien entre critères et clauses environnementaux et objet du marché est apprécié d'une façon très large, de telle sorte que ces critères et clauses peuvent être intégrés dans la plupart des marchés publics (fournitures, services et travaux).
A titre d'illustrations, des clauses environnementales peuvent porter sur les procédés de fabrication et d'approvisionnement des produits fournis (matériel de bureau, fourniture de papier) et des matériaux utilisés pour les travaux, la limitation des emballages, la gestion et la valorisation des déchets, l'utilisation de produits et matériaux recyclés ou issus du recyclage, l'utilisation de produits ou de procédés « écologiques » (par exemple pour le nettoyage des locaux et l'entretien des espaces verts).
A noter que les nouveaux cahiers des clauses administratives générales (CCAG) issus des arrêtés du 30 mars 2021 contiennent tous des clauses générales dédiées à la protection de l'environnement (5). D'une manière plus spécifique, le CCAG-FCS (fournitures courantes et services), le CCAG-PI (prestations intellectuelles) et le CCAG-TIC (techniques de l'information et de la communication) prévoient que « le titulaire veille à limiter l'impact environnemental des livraisons et du transport des produits proposés » (art. 21.1) et le CCAG-travaux prévoit des obligations en matière de gestion des déchets (art. 36).

Des critères impérativement évaluables en toute transparence

Les critères et sous-critères doivent pouvoir faire l'objet d'une évaluation objective et transparente. Cette obligation résulte tant de la jurisprudence que de l'article L. 2152-7 du CCP et a pour but d'éviter que l'acheteur soit vu comme disposant d'un choix discrétionnaire contraire au principe d'égalité de traitement et de transparence (6).
Ainsi, le Conseil d'Etat a jugé qu'un critère portant sur l'impact environnemental et impliquant la production d'un bilan carbone ne peut être valablement mis en œuvre que si l'acheteur en précise le contenu et en définit ses modalités d'appréciation (7).

Les contraintes géographiques, très encadrées

Les acheteurs peuvent prévoir des clauses et des critères environnementaux d'analyse des offres posant des contraintes d'ordre géographique (imposer que le titulaire soit situé sur un territoire déterminé ou que les fournitures soient produites à une distance limitée…).
Toutefois, il importe d'être vigilant dans l'élaboration et l'intégration de ce type de clauses et critères car, en vertu d'une jurisprudence constante, des contraintes géographiques doivent être justifiées par l'objet du marché et permettre un accès égal et non discriminatoire à ce marché pour tous les soumissionnaires (8).
Par ailleurs, une réponse ministérielle a indiqué, au sujet de l'utilisation des circuits courts de commercialisation dans le domaine des produits agricoles, que l'acheteur doit prendre « en considération le circuit de fourniture et non pas l'implantation géographique du producteur, un tel critère ne peut être qualifié de critère géographique » (9).

- Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.
- Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire.
- Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, dite loi « Egalim ».
- Décret n° 2021-254 relatif à l'obligation d'acquisition par la commande publique de biens issus du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées.

L'intérêt du sourcing pour développer une commande publique « verte »

Les acheteurs doivent définir leurs besoins en prenant en compte des objectifs de développement durable. A cet effet, ils peuvent utilement mener des opérations de sourcing, dans le respect des règles posées par l'article R. 2111-1 du CCP, afin d'identifier des solutions techniques favorisant la préservation de l'environnement.
A titre d'exemple, la ville de Paris et d'autres métropoles européennes ont, dans le cadre d'un groupement de commandes portant sur l'achat de bennes de ramassage des déchets ménagers, mené en amont un travail de sensibilisation des constructeurs afin de susciter une offre de véhicules non-diesels.
Bordeaux métropole a, au travers toujours d'une action de sourcing, découvert une entreprise locale qui avait développé une solution consistant à recycler les fonds de pots de peinture. A l'issue d'une procédure adaptée, un marché a été conclu pour l'achat de cette peinture et l'expérience a démontré que cette innovation permettait, à des prix compétitifs, d'avoir une démarche innovante et responsable sur ce segment d'achat.

L'utilité de recourir aux variantes

Recourir au mécanisme des variantes, dans les conditions prévues aux articles R. 2151-8 à R. 2151-11 du CCP, peut être efficace pour favoriser l'émergence d'offres comportant des engagements en faveur de la protection de l'environnement.
A titre d'exemple, il peut être imposé ou permis la présentation de variantes de manière indépendante aux clauses envi- ●●●

ronnementales ou encore de variantes concernant strictement ces clauses.
Il faut s'assurer que les variantes proposées permettent de satisfaire les besoins de l'acheteur. A ce titre, il convient, conformément à l'article R. 2151-10 du CCP, de mentionner dans les documents de la consultation les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation.

Contrôler le respect des engagements environnementaux et sanctionner les manquements

Il apparaît primordial, afin de s'assurer du respect des engagements du titulaire, de prévoir des modalités de contrôle et de sanctions.
D'une part, il peut être imposé au titulaire qu'il transmette des informations, par exemple sous forme de rapport d'exécution du marché ou sur simple demande de l'acheteur, afin de contrôler le respect de ces engagements.
D'autre part, dans le but que les clauses environnementales ne restent pas lettre morte, il y a tout intérêt à les assortir de sanction, idéalement sous forme de pénalités. A ce titre, si les CCAG contiennent des clauses environnementales, ils stipulent seulement la possibilité de prévoir des pénalités pour leur non-respect, ce qui nécessite de les stipuler expressément dans les documents particuliers du marché.

L'intérêt des marchés innovants conclus sans publicité ni mise en concurrence

Afin de favoriser des solutions écologiques, les marchés innovants conclus sans publicité ni mise en concurrence présentent un intérêt certain. Initialement prévue à titre d'expérimentation triennale, la possibilité de conclure de gré à gré des marchés pour des « achats innovants » d'un montant inférieur à 100 000 € HT a été pérennisée et codifiée à l'article R. 2122-9-1 du CCP. Ce mécanisme a même été étendu aux « petits lots », à savoir ceux dont le montant est inférieur à 80 000 euros HT pour des fournitures ou des services innovants ou à 100 000 € HT pour des travaux innovants (10). Le recours à ces marchés peut faire émerger des solutions techniques présentant des innovations en termes de protection de l'environnement. Cela a même été reconnu par le gouvernement dans un récent décret (11).

Et comme a pu l'indiquer la CCI Paris Ile-de-France dans un rapport adopté le 14 mars 2019 (12), « une bonne pratique pour vérifier l'intérêt d'une solution innovante réside dans l'expérimentation. L'acheteur public peut en effet organiser un Proof of concept (POC) passé, par exemple, en procédure adaptée sous le seuil des [40 000] euros ou sous la forme du nouveau marché de gré à gré jusqu'à 100 000 euros afin de tester des solutions innovantes à moindre échelle avant de passer des marchés plus conséquents par le biais de l'appel d'offres ».

(1) Ces obligations sont posées aux articles 55 et 56 de la loi du 10 février 2020.

(2) Article L. 230-5-1, II du code rural.

(3) Cela en vertu de l'article L. 2112-2 du CCP selon lequel « les clauses du marché précisent les conditions d'exécution des prestations, qui doivent être liées à son objet » et de l'article L. 2152-7 du CCP selon lequel « le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, 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 ou à ses conditions d'exécution ».

(4) Voir par exemple TA Paris, ord., 21 janv. 2016, n° 1521405/7-4, société des transports Andrieux.

(5) Article 7 des CCAG « FCS », « PI », « MOE », « Travaux », « TIC », « MI » ; art. 16.2 des CCAG « FCS », « PI » et « TIC », 17.2 du CCAG-MI, 18.2 du CCAG-MOE, 20.2 du CCAG-Travaux.

(6) Voir notamment CE, 28 avril 2006, Commune de Toulouse, req. n° 280197.

(7) CE, 15 février 2013, société Derichebourg Polyurbaine, req. n° 363921.

(8) CJUE, 22 octobre 2015, Grupo Hospitalario Quiron SA, aff. C-552/13.

(9) Rép. min. n° 09159 : JO Sénat 23 mai 2019.

(10) Ces travaux doivent aussi remplir la condition prévue au b du 2° de l'article R. 2123-1.

(11) Notice explicative du décret n° 2021-254 relatif à l'obligation d'acquisition par la commande publique de biens issus du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées (page 8).

(12) www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/2020-12/rapport-achat-public-innovant-v5.pdf

Par Thomas Rouveyran et Yvonnick Le Fustec, avocats, cabinet Seban et associés