

<https://www.observatoire-collectivites.org/spip.php?article9417>

Commande publique : comment réussir la transition écologique ?

- Actualité -



Date de mise en ligne : vendredi 15 septembre 2023

Copyright © Observatoire Smacl des risques de la vie territoriale &
associative - Tous droits réservés

Face aux enjeux environnementaux cruciaux auxquels nous sommes confrontés, la commande publique est un outil à ne pas négliger pour réussir la transition écologique.

Il faut en effet garder à l'esprit qu'elle représente environ 10% du PIB et que l'achat public est source d'exemples pour les administrés et les partenaires des autorités publiques (si un achat écologiquement responsable s'avère satisfaisant à l'usage et financièrement performant, il fera des émules).

L'objet de cette FAQ, rédigée par le Me Vincent CORNELOUP, Léa HORTANCE et Joao CARVALHO de SANTANA (Adaes Avocats), est de présenter les réflexes à adopter pour optimiser l'achat vert.

[1]

Comment optimiser l'achat vert au stade de la définition des besoins ?

A ce stade, il est le plus souvent essentiel de se faire aider :

Soit par un assistant à maîtrise d'ouvrage au sens de l'article L.2422-2 du Code de la commande publique :

« Le maître d'ouvrage peut passer des marchés publics d'assistance à maîtrise d'ouvrage portant sur un ou plusieurs objets spécialisés, notamment en ce qui concerne tout ou partie de l'élaboration du programme, la fixation de l'enveloppe financière prévisionnelle de l'opération ou le conseil spécialisé dans un domaine technique, financier, juridique ou administratif ».

En effet, le domaine de la transition écologique peut nécessiter des connaissances techniques très pointues.

Recourir à des professionnels peut donc permettre aux acheteurs publics de mieux définir leurs besoins, en évitant un bricolage pétri de bonnes intentions mais au résultat incertain.

Soit en recourant au sourcing au sens de l'article R.2111-1 du Code de la commande publique :

« Afin de préparer la passation d'un marché, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences.

Les résultats des études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition que leur utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence ou de méconnaître les principes mentionnés à l'article L. 3 ».

En effet, des opérateurs économiques, là encore spécialisés dans ce domaine, pourront vous permettre d'appréhender au mieux votre projet à l'aune de la transition écologique, afin que vous puissiez mesurer ce que le marché peut vous apporter sur ce plan ou si ledit marché est en capacité de répondre à l'éventuelle originalité de votre demande.

Toujours au stade de la définition du besoin, il peut être pertinent de définir au préalable sur quelle étape du cycle de vie d'un produit il est possible ou plus efficace d'intervenir.

Le schéma ci-dessous montre un exemple de cycle de vie d'un minibus :



Il est parfois très difficile d'agir sur certaines des étapes du cycle de vie, surtout pour des biens complexes, assemblés à partir d'une multitude de composants.

La production de voitures, par exemple, est effectuée aujourd'hui selon des chaînes globales de production de valeur.

Ainsi, un véhicule assemblé en Europe pourra avoir des composants venant des 5 continents, eux-mêmes produits selon des processus productifs différents.

Pour un minibus électrique, par exemple, un acheteur pourrait-il définir que les terres rares utilisées dans sa batterie doivent être extraites selon des procédures d'exploitation minière spécifiques ?

Mais cela présuppose

- que l'acheteur ait la connaissance des différentes modalités d'exploitation minière de terres rares ;
- que le choix d'une procédure spécifique pour la production de la batterie ne soit pas susceptible de restreindre excessivement la concurrence en application des règles de la commande publique ;
- que le choix d'une procédure spécifique ne soit pas susceptible de restreindre l'accès au marché français en violation des accords internationaux conclus par la France et notamment l'Accord sur les marchés publics (AMP) dans le cadre de l'OMC ;
- que les sociétés participant à la future procédure de passation soient à même de justifier du mode d'extraction des métaux utilisés dans ses batteries ;
- que l'acheteur soit capable de vérifier cette information à un coût et dans des délais raisonnables.

Compte tenu de la grande difficulté d'obtenir ces informations, il est souvent préférable d'adopter une grille d'analyse très pragmatique :

En premier lieu, il convient de rechercher quelle sont les étapes du cycle de vie d'un produit ou service qui ont le plus d'impact environnemental.

En deuxième lieu, il faut identifier parmi ces étapes celles sur lesquelles l'acheteur est en capacité technique d'intervenir.

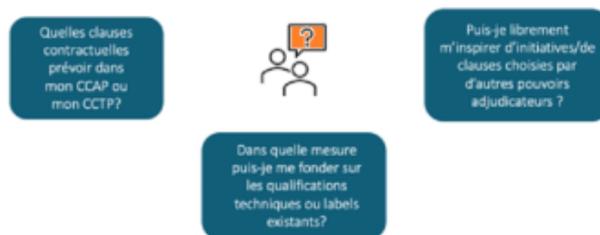
En troisième lieu, il est nécessaire de définir le besoin en intégrant des considérations environnementales.



En reprenant l'exemple du minibus électrique, il apparaît que l'étape la plus à même de permettre l'intervention de l'acheteur en termes de spécifications techniques vertes (et vérifiables) est la période d'utilisation du véhicule.

C'est donc sur cette étape que l'acheteur devra faire porter son attention.

Qu'est-ce qu'une clause environnementale ? Comment la rédiger ?



Une documentation très importante, à disposition des acheteurs publics, donne de nombreuses pistes pour rédiger des clauses en faveur de la transition écologique.

Il convient toutefois d'être vigilant car des clauses pouvant sembler séduisantes au premier abord ne sont pas nécessairement pertinentes pour chaque projet et peuvent même présenter certains risques :

– si les clauses contractuelles ne sont pas adaptées, il est possible qu'aucun ou peu d'opérateurs économiques réponde(nt) à la consultation,

– si les clauses contractuelles sont trop précises, elles peuvent conduire à réduire la concurrence car seul un opérateur économique est en mesure de proposer une solution intéressante.



Méthode la plus simple : reprendre les obligations posées par les textes en vigueur en allant plus loin.

La première solution, qui est aussi la plus simple, est de reprendre les obligations posées par les textes en vigueur dans les pièces contractuelles en allant plus loin.

[local/cache-vignettes/L115xH6/book-a6e2e.jpg]

A titre d'exemple, les articles 55 et 58 de la loi n°2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire prévoient :

« Les services de l'État ainsi que les collectivités territoriales et leurs groupements, lors de leurs achats publics et dès que cela est possible, doivent réduire la consommation de plastiques à usage unique, la production de déchets et privilégient les biens issus du réemploi ou qui intègrent des matières recyclées en prévoyant des clauses et des critères utiles dans les cahiers des charges »

Et :

« Les biens acquis annuellement par les services de l'État ainsi que par les collectivités territoriales et leurs groupements 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 »

Pour sa part, le décret n°2021-254 du 9 mars 2021 relatif à l'obligation d'acquisition par la commande publique de biens issus du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées prévoit, par exemple, que le linge ou les sacs d'emballage doivent être issus à 20% du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées :

A titre d'exemple, les articles 55 et 58 de la loi n°2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire prévoient :

« Les services de l'État ainsi que les collectivités territoriales et leurs groupements, lors de leurs achats publics et dès que cela est possible, doivent réduire la consommation de plastiques à usage unique, la production de déchets et privilégient les biens issus du réemploi ou qui intègrent des matières recyclées en prévoyant des clauses et des critères utiles dans les cahiers des charges »

Et :

« Les biens acquis annuellement par les services de l'État ainsi que par les collectivités territoriales et leurs groupements 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 »

Pour sa part, le décret n°2021-254 du 9 mars 2021 relatif à l'obligation d'acquisition par la commande publique de biens issus du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées prévoit, par exemple, que le linge

ou les sacs d'emballage doivent être issus à 20% du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées :

Ligne	Codé CPV Règlement (CR) 213/2008	Produits ou catégories de produits	% issu du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées	dont % issu du réemploi ou de la réutilisation
1	18000000-0	Vêtements, articles chaussants,	20	20
	18300000-0	Vêtements professionnels, vêtements de travail spéciaux et accessoires		
	19231000-4	Linge		
	19000000-6	Produits en cuir et textiles, matériaux en plastique et en caoutchouc		
35500000-7	Articles textiles			
2	18937000-6	Sacs d'emballage	20	10
3	22000000-0	Imprimés et produits connexes	40	0
	22300000-1	Livres, brochures et dépliants imprimés		
	22800000-8	Registres, livres comptables, classeurs, formulaires et autres		
	30327000-8	Papeterie et autres articles		

Lors de l'achat de produits de ce type, la méthode consiste ainsi à prévoir dans ses clauses contractuelles non pas 20%, comme la loi précitée l'oblige, mais au moins 30% afin d'être plus ambitieux sans être en dehors de la réalité.



Se servir des obligations posées par les textes afin de formuler des spécifications techniques par rapport aux acteurs et aux solutions présentes sur le marché

Aller au-delà de ses obligations dans des proportions raisonnables

Comment contrôler son exécution ?

Au stade de l'exécution du contrat, la problématique repose notamment sur le contrôle des spécifications techniques, labels, obligations et clauses de performance.

Les mesures de contrôle à être choisies vont dépendre du projet et des capacités des équipes internes de l'acheteur.

Par ailleurs, il convient de noter que, de façon générale, les coûts de contrôle ont tendance à diminuer en proportion des coûts totaux des fournitures, services ou travaux objet d'un marché. Plus le montant du marché est important, plus les coûts de contrôle seront proportionnellement plus faibles.

Cela étant, dans l'hypothèse où l'acheteur n'est pas doté de services techniquement compétents pour effectuer le contrôle, il peut conclure un marché spécifique à cette fin. Toutefois, ce n'est parfois pas envisageable lorsque l'acheteur n'a pas les capacités ou les moyens pour passer un tel marché de contrôle.

Dans cette hypothèse, il peut adopter deux stratégies :

– Soit le titulaire passera lui-même ce marché en application d'une procédure concurrentielle simplifiée, sous la

supervision de l'acheteur. Les coûts de ce marché seront donc intégrés au coût du marché ou de la concession qui fera l'objet du contrôle ;

- Soit il convient de prévoir, dans le marché ou la concession, que l'opérateur mettra à disposition de l'acheteur des mécanismes de contrôle. Par exemple, dans une DSP de transport, l'acheteur peut prévoir que l'opérateur mettra à sa disposition des ordinateurs équipés avec une application permettant d'effectuer le contrôle des trajets effectués et des véhicules utilisés. Le coût sera absorbé dans le coût global de la prestation.

[A découvrir dans le Journal du Management Juridique N°95 \(Septembre 2023\) un dossier consacré au droit de l'environnement auquel l'Observatoire SMACL est très heureux d'avoir contribué](#)



- *Comment réaliser la transition écologique dans la commande publique*, **Me Vincent Corneloup** (p.57)
- *Opérationnaliser l'Agenda 2030 : une stratégie gagnante*, **Me Carine Doganis** (p.59)
- *Numérique et environnement quels enjeux légaux ?*, **Me Marine Hardy** (p.60)
- *Adapter la ville de demain au changement climatique, la saine et difficile ambition du PLU bioclimatique à Paris*, **Me Romain CANOT, Me Elsa LOB** (p.62)
- *Reconquête des friches : petit panorama de la place des acteurs privés*, **Me Chloé Schmidt-Sarels, Me Alex Avonture-Herbaut** (p.64)
- *Commande publique, énergies renouvelables et tiers investisseur : un cadre juridique désormais sécurisé*, **Me Solène Penisson** (p.66)
- *Droit pénal public de l'environnement : des chiffres et des jurisprudences*, **Luc Brunet** (p.67)
- *L'affrontement du juge et de l'autorité territoriale : la lutte contre l'utilisation des produits phytosanitaires*, **Jean-Marie Dol** (p.68)
- *Peut encore se passer d'un juriste de l'environnement dans une entreprise ?*, **Mirelle Klein** (p.70)

- *La médiation au service des projets de R & D à cofinancement public*, **Me Virgiié Bounot** (p.72)
- *L'avènement de la planification territoriale des énergies renouvelables*, **Me Claire Dagot** (p.75)
- *La nécessité de mieux protéger les petits professionnels concernant leurs contrats d'énergie*, **Olivier Challan Belval** (p. 76)
- *Les critères environnementaux, frein à l'accès des TPE/PME à la commande publique ?*, **Me Wenceslas Monzola** (p.77)
- *Permis d'innover, permis sans destination, la solution pour construire dense et réversible*, **Me Marion Delaigue** (p.79)

Quelles procédures de passation utiliser dans un objectif environnemental ?

Trois procédures permettent de faire participer les soumissionnaires au développement de solutions écologiques :

1. Le système d'acquisition dynamique (articles R.2162-37 à R.2162-51 du Code de la commande publique)

C'est une procédure utilisée pour l'achat de fournitures courantes.

Elle permet de sélectionner une liste de soumissionnaires qui seront invités à présenter une offre lorsqu'un marché sera lancé.

Cette procédure présente au moins trois intérêts :

Il faut en effet garder à l'esprit que l'achat durable ou responsable n'a souvent pas les mêmes caractéristiques qu'un achat classique.



Par exemple, la communauté urbaine de Dunkerque utilise [cette procédure pour l'achat de véhicules d'occasion](#)

En effet, contrairement aux véhicules neufs, il est nécessaire, lorsqu'on achète des véhicules d'occasion, de s'adapter à l'offre disponible (les véhicules disponibles ne sont pas forcément ceux que l'on souhaite).

Le fait d'étaler l'acte d'achat dans le temps donne de la souplesse à l'acheteur et lui permet de disposer de meilleurs produits que s'il avait l'obligation d'acheter les véhicules présents sur le marché à un moment précis.

2. Le dialogue compétitif ou la procédure concurrentielle avec négociation :



Aux termes de l'article L.2124-4 du Code de la commande publique :

« le dialogue compétitif est la procédure par laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre ».

Cette procédure intervient donc préalablement à la remise d'une offre.

L'acheteur n'exprime pas ses besoins sous la forme de prescriptions techniques détaillées mais sous la forme d'un programme fonctionnel avec des exigences et des objectifs à atteindre.

Il engage, par la suite, une discussion avec les candidats pour définir les solutions techniques et financières sur la base desquelles les candidats remettront une offre.

Aux termes de l'article L.2124-3 du Code de la commande publique :

« la procédure avec négociation est la procédure par laquelle l'acheteur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques ».

A l'inverse, la procédure concurrentielle avec négociation intervient postérieurement à la remise d'une offre.

Une discussion s'engage à la suite de la remise d'une première offre afin de parvenir à une offre améliorée.

Les articles R.2124-3 et R.2124-5 du Code de la commande publique visent les hypothèses dans lesquelles il est possible de recourir à ces deux procédures :

« Le pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés selon la procédure avec négociation dans les cas suivants :

(...)

5^À° Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique, définis à la section 2 du chapitre 1er du titre 1er du présent livre ».

L'annexe VII de la directive 2014/24/UE donnent la définition de ce qu'on entend par spécification technique :

« Sont des spécifications techniques les niveaux de performance environnementale et climatique fixés dans vos pièces contractuelles tout comme les processus et méthodes de production à tout stade du cycle de vie des ouvrages ».

Pouvoir dialoguer avec des opérateurs économiques spécialisées permettra aux acheteurs publics de prévoir éventuellement les meilleures clauses possibles.



Utiliser le mécanisme du système d'acquisition dynamique pour permettre de s'adapter aux particularités de certains achats durables et assurer une concurrence en permettant la participation de nouveaux opérateurs économiques, étant précisé que le secteur de la transition écologique est en mutation.

Utiliser lorsque cela est possible les procédures permettant un dialogue avec les candidats afin de mieux connaître les solutions dont vous pourriez disposer par rapport aux objectifs fixés.

Peut-on utiliser des labels environnementaux au stade de la passation ?

Selon l'article R.2111-12 du CCP :

« Un label est tout document, certificat ou attestation qui prouve que les ouvrages, les produits, les services, les procédés ou les procédures en rapport avec l'objet du marché remplissent certaines caractéristiques. Les exigences en matière de label sont celles que doivent remplir ces ouvrages, ces produits, ces services, ces procédés ou ces procédures pour obtenir ce label ».



Il est bien possible d'utiliser les labels environnementaux au stade de la passation, mais il faut être très prudent dans leur choix, car souvent ils se rapportent non seulement à des aspects liés aux fournitures, services ou travaux objets du marché, mais également aux pratiques internes des entreprises qui portent le label.

Les labels contrôlant des caractéristiques de la gestion de l'entreprise risquent d'être jugés sans lien avec l'objet du marché.

Si l'acheteur ne connaît pas parfaitement l'étendue du label, la meilleure pratique est souvent de viser dans le marché les caractéristiques et le niveau de performance « contrôlés » par le label, sans pour autant se référer à lui, pour éviter d'imposer des contraintes susceptibles d'être jugées contraires à l'égalité de traitement des candidats.

Il convient également de préciser que les labels et spécifications techniques peuvent être utilisés soit pour déterminer les caractéristiques minimales d'un bien, service ou ouvrage, ou bien pour déterminer les caractéristiques supérieures que l'acheteur souhaite obtenir.

Ainsi, pour un marché de travaux, l'acheteur peut déterminer que le bois utilisé doit avoir un label respectueux de la forêt (caractéristique minimale) mais que le bâtiment construit doit obtenir un label BBCA « excellence » (caractéristique du livrable).

Le non-respect de la législation environnementale par un candidat peut-il constituer un motif d'exclusion d'une procédure de passation ?

La réponse est non [2].

En effet, les délits pour lesquels une telle exclusion est possible sont listés à l'article L.2141-1 du Code de la commande publique.

Une proposition de loi avait émis l'idée d'ajouter parmi ces délits le crime d'écocide mais cette proposition n'a pas été retenue.

En revanche, une nouvelle clause d'exclusion a été insérée dans le Code de la commande publique.

C'est une innovation de la loi Climat et résilience.

Ainsi, aux termes des articles L.2141-7-1 (pour les marchés) et L.3123-7-1 (pour les concessions) du Code de la commande publique, il est possible d'exclure d'une procédure de passation les entreprises, soumises à l'obligation d'établir un plan de vigilance et qui ne satisfont pas à cette obligation.



Toutefois, il n'est pas nécessairement recommandé d'utiliser cet outil car :

seules les sociétés françaises (hors SARL et SNC) employant au moins 5.000 salariés en son sein ou dans ses filiales ou au moins 10.000 salariés dans le monde sont soumis à cette obligation.

Aucune liste des sociétés concernées n'a été établie.

Il peut donc être difficile en tant qu'acheteur de savoir si un soumissionnaire y est soumis ou pas.

à supposer qu'un tel plan existe, il sera difficile pour un acheteur public de savoir si cette obligation a été correctement exécutée puisqu'il n'existe aucun critère, aucune règle précise posée quant au contenu de ce plan.

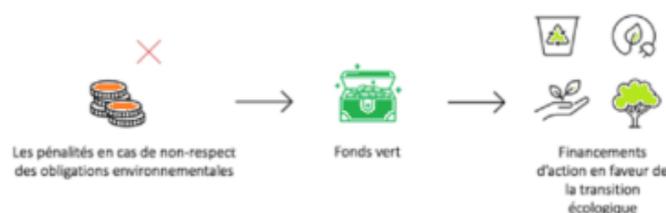
Les pénalités peuvent-elles permettre de veiller au respect des règles applicables de transition écologique ?

La mise en place de pénalités peut être un moyen de garantir que les obligations environnementales posées dans les pièces contractuelles sont respectées.

Elles peuvent permettre :

soit de compenser les conséquences négatives de travaux ou d'une prestation de services,

soit d'affecter le montant des pénalités appliquées aux entreprises titulaires à un budget spécial (fonds vert) qui financera des actions en faveur de la transition écologique.



Qu'est-ce qu'un critère environnemental et comment l'utiliser ?

Un critère environnemental est un critère qui contribue à la sélection d'une offre cohérente avec les objectifs de la transition écologique, ce qui est, une catégorie très large.

Le critère peut donc viser une réduction de la pollution, du gaspillage, de l'énergie consommée dans la réalisation du marché.

Il peut aussi viser l'utilisation de matières durables ou la conception de produits ou ouvrages durables, entre autres.

Toutefois, les procédures de passation étant des procédures très formelles et qui donnent lieu à un contentieux important, avec des enjeux financiers non négligeables pour l'acheteur, il convient de maîtriser l'utilisation de critères avec un approche pragmatique.

Dans le prolongement de ce qui a été présenté ci-dessus sur la définition du besoin, il faut que l'acheteur choisisse des critères objectivement vérifiables, qui se rapportent à une étape du cycle de vie du produit/ouvrage/service maîtrisé par l'acheteur.

ADAES Avocats
Vincent CORNELOUP, avocat associé
Léa HORTANCE et Joao CARVALHO de SANTANA, avocats
[Adaes Avocats](#)

[1] Photo de Johannes Plenio sur Unsplash

[2] Réponse ministérielle n°97132 du 29 mars 2011, publiée au JO le 29 mars 2011, page 3127