

Contrats Publics

Actualités **MONITEURJURIS**

Dossier

Les marchés publics face à la transition écologique

► Économie circulaire et commande publique

Bilan du dispositif de l'article 58 de la loi AGECE

Critiques du dispositif et évolutions envisageables

► Loi Industrie verte et préparation des marchés

Champ d'application et contenu du SPASER

Nouvelle dérogation à l'obligation d'allotissement

► Loi Industrie verte et passation des marchés

Nouveaux motifs d'exclusion des opérateurs économiques

Dérogation à l'interdiction de présenter des offres variables

Critères d'attribution : prise en compte des aspects environnementaux

► Intégrer des clauses environnementales : aspects opérationnels

Bien anticiper les obligations relatives au verdissement des achats

Concilier l'insertion de clauses d'exécution environnementales et les principes généraux de la commande publique



Vie des
contrats

PASSATION

Délai de validité des offres : rappel des principes applicables

ÉDITORIAL

3

Le *name and shame* de la commande publique durable

VEILLE

7

■ TEXTES OFFICIELS NATIONAUX 7

Économie circulaire – Réemploi – Réutilisation – Acquisition de biens

Décret n° 2024-134 du 21 février 2024

■ JURISPRUDENCE EUROPÉENNE 7

Marchés publics de fournitures et de travaux – Procédures de recours

CJUE 18 janvier 2024, aff. C-303/22

Infraction aux règles de concurrence – Motifs d'exclusion facultatifs

CJUE 21 décembre 2023, aff. C-66/22

Marché public de services – Régime de compensation

CJUE 21 décembre 2023, aff. C-421/22

Marché public – Modification en cours d'exécution – Accord écrit – Pouvoir adjudicateur diligent

CJUE 7 décembre 2023, aff. C-441/22 et C-443/22

Contrat de service public de transport de voyageurs – Compensation d'obligations de service public – Aide d'État

CJUE 19 octobre 2023, aff. C-186/22

■ JURISPRUDENCE NATIONALE 9

Différend – Prise de position écrite – Mémoire de réclamation – Délai

CAA Paris 26 janvier 2024, req. n° 22PA00217

Résiliation pour motif d'intérêt général – Indemnisation – Perte des bénéfices nets

CAA Nantes 19 janvier 2024, req. n° 22NT02651

Marché à forfait – Travaux supplémentaires – Indemnisation du titulaire du marché

CAA Paris 12 janvier 2024, req. n° 21PA01952

Action en garantie décennale – Prescription – Fraude – Dol

CAA Nantes 5 janvier 2024, req. n° 22NT01420

LE MONITEUR | BOUTIQUE

www.lemoniteurboutique.com

Faites le bon choix et commandez en ligne



La garantie du meilleur prix



Expédition en 48 h des livres en stock



Feuilleter d'extraits en ligne



Paiement sécurisé



Avis des lecteurs



Livraison Colissimo à 1 € France métropolitaine



Suggestion de produits complémentaires



Mandats administratifs acceptés



MAGAZINES



LIBRES



SERVICES EN LIGNE



CONTACTS 15 JOURS A JOUR

DOSSIER

13

Les marchés publics face à la transition écologique

Achat public et économie circulaire : un couple en union libre	14
Xavier Matharan et Claire Berlioz	
Une nouvelle dérogation à l'obligation d'allotissement	18
Julien Bosquet	
De nouveaux motifs d'exclusion issus de la loi Industrie verte et de l'ordonnance du 6 décembre 2023	22
Bruno Mounier	
Loi Industrie verte : quel équilibre pour la dérogation à l'interdiction de présenter des offres variables ?	28
Yann Borrel et Gaspard Lebon	
Les critères environnementaux comme possibles critères d'attribution	31
Adrien Fourmon	
Le SPASER issu de la loi Industrie verte : quand la graine prend racine	35
Matthieu Kluczynski	
Comment intégrer des clauses environnementales dans les marchés publics ?	39
Ana Nuytten	
Comment imposer des conditions d'exécution responsables dans le respect des principes de la commande publique ?	43
Cécile Lavis	
L'achat local : une voie illusoire pour accélérer le verdissement de la commande publique ?	49
Anthony Bron	

VIE DES CONTRATS

57

■ PASSATION

Délai de validité des offres : rappel des principes applicables	59
Hervé Letellier	

Au sommaire du prochain numéro
Loi SERM : aspects contractuels

Antony Parc 2
10, place du Général de Gaulle
BP 20156, 92186 Antony Cedex
Tél.: 01 79 06 73 42

RÉDACTION

Responsable éditorial : Richard Deau
Courriel : richard.deau@infopro-digital.com

Conception graphique : Catherine Lattuca

Maquette : STDI

Illustrations : Alain Bouteville

Ont collaboré à ce numéro* :

Claire Berlioz, Yann Borrel, Julien Bosquet,
Anthony Bron, Adrien Fourmon, Matthieu Kluczynski,
Cécile Lavis, Gaspard Lebon, Hervé Letellier,
Xavier Matharan, Bruno Mounier, Ana Nuytten

* Les opinions ou interprétations exprimées par les auteurs de cette revue n'engagent qu'eux-mêmes et non les organismes auxquels ils appartiennent.

DIRECTION

Directrice des éditions : Claire de Gramont

Directeur éditorial : Thierry Kremer

Service commercial :

Maël Gombert (35 68)

Gestion des abonnements :

Nadia Clément (50 55)

Abonnements : Antony Parc 2

10, place du Général de Gaulle,

BP 20156, 92186 Antony Cedex

Tél.: 01 79 06 70 70

Internet : www.editionsdumondeur.com

1 numéro : 45 € (TTC) ; 11 n°s (1 an) :

409 € (TTC) ; 22 n°s (2 ans) : 649 € (TTC)

Fabrication : Karine Landriot

Gestion : Awa Faye

Comité de rédaction

Claudie Boiteau

est professeur de droit public à l'université Paris-Dauphine et coordinatrice de la revue. Elle est l'auteur de l'ouvrage *Les conventions de délégation de service public**.

Mireille Berbari

est avocate à la Cour. Elle est l'auteur de nombreux ouvrages notamment *Les CCAG des marchés publics annotés et commentés**.

Nicolas Charrel

est avocat à la Cour. Il est l'auteur des commentaires du *Code des marchés publics**.

Guy Duguépéroux

est président de section à la Chambre régionale des comptes du Centre, professeur associé à la faculté de droit de Poitiers.

Jean-Pierre Jougelet

est conseiller d'État.

Michaël Karpenschif

est professeur à l'université Lyon III (Jean-Moulin).

Gilles Le Chatelier

est avocat associé.

Pierre Pintat

est avocat associé.

Catherine Ribot

est professeure de droit public à l'université Montpellier I.

Laurent Richer

est professeur de droit à l'université Paris I (Panthéon-Sorbonne) et avocat au barreau de Paris. Il est directeur scientifique de Délégation de service public*.

Patrick Sitbon

est conseiller référendaire à la Cour des comptes, secrétaire général de la Cour de discipline budgétaire et financière.

* Édité(s) par Les Éditions du Moniteur

La mention abrégée de la revue est Contrats publics-Le Moniteur.
La revue peut être citée comme suit : Auteur(s), « Titre de l'article », *Contrats publics-Le Moniteur*, n°, mois et année, page(s).

Contrats Publics – Actualité MoniteurJuris
est éditée par Groupe Moniteur

Président, Directeur de la publication :

Julien Elmaleh

Société éditrice : GROUPE MONITEUR

SAS au capital de 333 900 euros.

Siège social : Antony Parc 2

10, place du Général de Gaulle

La Croix de Berny

BP 20156, 92186 Antony Cedex

RCS NANTERRE 403 080 823

N° SIRET : 403.080.823.00228

N° TVA intracommunautaire FR 32 403 080 823

Principal associé : Infos Services Holding.

Imprimerie, brochage, routage

Imprimerie Maqprint

43 rue Ettore Bugatti

87280 Limoges

Commission paritaire : 0628T80648

ISSN 1760-2483

ISSN 2971-0847

Mensuel. Dépôt légal à parution.

IMPRIMÉ EN FRANCE



Nous alertons nos lecteurs sur la menace que représente, pour l'avenir de l'écrit, le développement massif du « photocopillage ». Le Code de la propriété intellectuelle interdit expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est développée dans de nombreux cabinets, entreprises, administrations, organisations professionnelles et établissements d'enseignement, provoquant une baisse des achats de livres, de revues et de magazines. En tant qu'éditeur, nous vous mettons en garde pour que cessent de telles pratiques.

Origine du papier : Allemagne

Ce papier provient de forêts durablement gérées et ne contient pas de fibres recyclées.

Certification PEFC. Impact sur l'eau (P tot) : 0,02 kg/tonne

Aux termes du Code de la propriété intellectuelle, toute reproduction ou représentation, intégrale ou partielle, de la présente publication, faite par quelque procédé que ce soit (reprographie, micro-filmage, scannérisation, numérisation...) sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. Toutefois, l'autorisation d'effectuer des reproductions par reprographie peut être obtenue auprès du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, tél. : 01 44 07 47 70, fax : 01 46 34 67 19.

Une nouvelle dérogation à l'obligation d'allotissement

La loi Industrie verte a ajouté une troisième dérogation à l'obligation d'allotissement concernant l'hypothèse suivante : « pour les entités adjudicatrices, lorsque la dévolution en lots séparés risque de conduire à une procédure infructueuse ». Comment interpréter cette nouvelle dérogation ?

La règle de l'allotissement, posée par l'article 32 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics puis codifiée à l'article L. 2113-10 du Code de la commande publique, impose que « Les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes » et que « l'acheteur détermine le nombre, la taille et l'objet des lots ».

Le même article dispose que l'acheteur « peut limiter le nombre de lots pour lesquels un même opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique ».

Cette règle a été introduite dans le Code des marchés publics en 2006, et vise à faciliter l'accès du plus grand nombre d'opérateurs, et notamment des petites et moyennes entreprises, à la commande publique.

Le droit européen n'imposait pas cette règle : son adoption par les États membres a été uniquement recommandée par la directive du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics⁽¹⁾, qui ne l'a ainsi pas rendue obligatoire.

L'allotissement du marché public n'est pas un principe général mais une règle dont le champ d'application est défini par l'article L. 2113-10 du Code de la commande publique et qui prévoit un nombre limitatif de dérogations, posées à l'article L. 2113-11 du même code qui prévoyait, jusqu'à la loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023, deux cas de dérogations.

La première tenait à ce que l'acheteur ne soit « pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination » et la seconde à ce que « la dévolution en lots séparés est de nature à

Auteur

Julien Bosquet
Avocat Counsel
Cabinet Adaltys

(1) Directive 2014/24/UE du 26 février 2014, cons. 78 ; art 46.4.

restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations ».

En application de la jurisprudence *Département des Bouches-du-Rhône*^[2], le juge, saisi d'un moyen tiré de l'irrégularité du recours à un marché global, exerce un contrôle normal sur les motifs de la dérogation au principe d'allotissement mais doit tenir compte, ce faisant, de la marge d'appréciation reconnue au pouvoir adjudicateur pour estimer que la dévolution en lots séparés présenterait l'un des inconvénients mentionnés à l'article L. 2113-11 du Code de la commande publique.

Ce choix d'un contrôle souple sur la dérogation à l'allotissement s'explique par le fait qu'aucune norme supérieure, constitutionnelle ou européenne, ne pose un principe général d'allotissement au regard duquel toute exemption devrait être interprétée strictement. Dès lors que cette règle de l'allotissement ne se rattache à aucun des principes généraux de la commande publique et qu'elle vise l'accès aux marchés publics du plus grand nombre d'opérateurs, et ne concerne d'ailleurs pas tous les contrats de la commande publique, notamment pas les concessions, le juge administratif a donc posé un contrôle « tempéré » sur les dérogations prévues par le texte^[3].

La question de l'allotissement et de l'utilisation des dérogations est fréquemment soulevée par les entreprises évincées par exemple lors de référés précontractuels, dès lors qu'elle touche au point sensible de l'accès à la commande publique pour les PME qui peuvent se trouver limiter à candidater en cas de recours à un marché global.

Pour limiter le risque d'un marché global sans justification, l'acheteur public doit motiver le choix de ne pas recourir à l'allotissement et, pour les marchés répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, les pouvoirs adjudicateurs doivent rendre publics les motifs de ce choix dans les documents de la consultation ou le rapport de présentation mentionné à l'article R. 2184-1^[4], ces obligations étant allégées pour les entités adjudicatrices.

C'est dans ce cadre que la loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte a ajouté une modification consistant au rajout d'une troisième dérogation à l'obligation d'allotissement dans l'hypothèse suivante : « pour les entités adjudicatrices, lorsque la dévolution en lots séparés risque de conduire à une procédure infructueuse ».

Cette rédaction est d'emblée surprenante et elle ne manquera pas de susciter des difficultés lorsque l'acheteur public sera conduit à en justifier l'application.

Une dérogation limitée aux entités adjudicatrices

Elle est surprenante car elle ne vise que les entités adjudicatrices définies aux articles L. 1212-1 et suivants du Code de la commande publique, c'est-à-dire les pouvoirs adjudicateurs ou les entreprises publiques ou les organismes de droit privé qui exercent une activité d'opérateur de réseaux dans les secteurs de l'énergie (gaz, chaleur, électricité, etc.), de l'eau, des transports et des services postaux. Les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas donc concernés par cette dérogation.

Cette solution à première vue étrangement réservée aux entités adjudicatrices s'explique, selon le Gouvernement qui est à l'origine de l'amendement introduit au cours des débats parlementaires ayant donné lieu à la création de cette nouvelle dérogation, par l'activité de ces entités qui jouent un rôle moteur dans la transition énergétique nationale.

Cette particularité au détriment de l'allotissement s'explique en effet « en raison de l'importance, à l'international comme en France, de la demande par rapport à la rareté de l'offre dans ces secteurs d'activité, les contraintes liées à l'allotissement peuvent dissuader les opérateurs économiques de présenter des offres et les détourner de la commande publique française, pour répondre en priorité aux besoins des opérateurs de réseaux de nombreux autres pays qui programment aussi des investissements massifs en faveur du verdissement de leurs activités », ce qui concerne prioritairement les marchés des lignes à haute tension et l'opérateur public réseau de transport d'électricité (RTE) comme l'a expliqué le ministre de l'Économie et des Finances Bruno Le Maire lors de la séance du 19 juin 2023.

En dehors de l'allotissement, la loi Industrie verte prévoit également d'autres spécificités au cas des entités adjudicatrices : elle leur permet aussi de déroger à la durée des accords-cadres qui, en principe, ne peut dépasser quatre ans pour les pouvoirs adjudicateurs et huit ans pour les entités adjudicatrices. Ces dernières pourront s'en affranchir en présence d'un « risque important de restriction de concurrence ou de procédure infructueuse dans le cadre de la procédure de passation d'un accord-cadre engagée par une entité adjudicatrice »^[5].

La loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 permet également aux entités adjudicatrices d'autoriser les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus, ce qui est en principe interdit^[6]. L'évolution s'explique par le fait que « l'interdiction de recourir aux offres variables [serait] susceptible de pénaliser fortement [les entités adjudicatrices] qui jouent un rôle moteur dans la transition énergétique nationale en entraînant des surcoûts ou une diminution des offres déposées dans le cadre des

[2] CE 27 octobre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, req. n° 350935, *Rec. CE tables*, concl. N. Boulouis ; voir également CE 26 juin 2015, *Ville de Paris*, req. n° 389682, *Rec. CE tables* et CE 25 mai 2018, *OPH Hauts-de-Seine Habitat*, req. n° 417428, *Rec. CE tables*.

[3] En ce sens, la chronique de S. Roussel et C. Nicolas, *AJDA* 2018, p. 1440.

[4] CCP, art. R. 2113-3.

[5] CCP, art. L. 2125-1, 1°.

[6] CCP, art. L. 2151-1.

procédures d'adjudication, alors qu'ils sont soumis à la concurrence d'opérateurs privés et étrangers », comme l'explique l'amendement présenté par le Gouvernement.

Il s'agit tout à la fois de permettre aux candidats d'optimiser leur offre tout en proposant des délais de marchés plus longs et dotés d'un périmètre large. C'est donc pour favoriser les conditions de la concurrence dans les secteurs des réseaux et plus particulièrement dans le domaine de l'énergie, afin d'inciter les opérateurs économiques à candidater, que la loi a prévu des dérogations spécifiques aux entités adjudicatrices.

Une dérogation difficile à justifier

La dérogation à l'allotissement prévue spécifiquement pour les entités adjudicatrices sera toutefois susceptible de poser difficultés lorsqu'il s'agira de démontrer que les conditions de son application sont réunies.

Le texte vise le cas où « la dévolution en lots séparés risque de conduire à une procédure infructueuse » : si l'on s'en tient aux déclarations du Gouvernement lors des débats parlementaires, cela vise essentiellement le risque d'absence de proposition d'offres au stade de la mise en concurrence.

L'acheteur devra donc démontrer qu'un marché alloti peut entraîner l'absence de toute offre dans le cadre de la procédure de passation. Cette démonstration risque de ne pas être systématiquement aisée, et devra faire l'objet d'une véritable analyse en amont du lancement de la procédure.

Qui plus est, elle devra être consignée et argumentée : même si l'acheteur public, en tant qu'entité adjudicatrice, n'est pas contraint de faire apparaître dans les documents de la consultation les motifs qui l'on conduit à ne pas alloter, il devra néanmoins en justifier dans le cadre des informations qu'il doit nécessairement conserver en application de l'article R. 2184-8 du Code de la commande publique⁽⁷⁾ et, en tout état de cause, devra motiver ses choix devant le juge saisi en cas de référé précontractuel, contractuel ou de recours en contestation de validité du contrat.

(7) L'article R. 2184-8 du Code de la commande publique dispose que : « L'entité adjudicatrice conserve également les informations suivantes : 1° Les motifs de la passation d'un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables ; 2° Les motifs pour lesquels elle n'a pas alloti le marché ; 3° Les raisons pour lesquelles elle a exigé un chiffre d'affaires annuel minimal supérieur au plafond fixé à l'article R. 2142-7, lorsque celles-ci n'ont pas été indiquées dans les documents de la consultation ; 4° La description des mesures appropriées qu'elle a prises pour s'assurer que la concurrence n'a pas été faussée par des études et échanges préalables avec des opérateurs économiques ou par la participation d'un opérateur économique à la préparation du marché en application des articles R. 2111-1 et R. 2111-2 ; 5° Les raisons pour lesquelles elle a sollicité l'utilisation de moyens de communication autres que les moyens électroniques pour la transmission des offres ».

Pour sa justification au fond, c'est probablement à une véritable gageure que seront confrontés les acheteurs – entités adjudicatrices.

On notera à ce titre que la deuxième dérogation, pourtant moins radicale que celle prévue par le nouveau texte, permettant de ne pas alloter lorsque « la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence », est rarement invoquée et n'a pas donné lieu à des jurisprudences significatives des cours administratives d'appel et du Conseil d'État.

La nouvelle dérogation sera encore plus difficile à justifier, puisqu'elle implique notamment que le recours à l'allotissement, quel que soit la taille et le nombre de lots que le marché pourrait contenir, entraîne le risque qu'aucune offre ne soit déposée dans le cadre de la procédure de passation.

En règle générale, les offres risquent d'être moins nombreuses voire inexistantes en cas de recours au marché global puisque cela suppose que les opérateurs disposent pour chacun de la totalité des compétences objet du marché et/ou contraignent les opérateurs à se regrouper entre eux.

C'est l'effet inverse qui est visé par la nouvelle dérogation puisque c'est l'allotissement qui conduirait à ne pas obtenir d'offre au cours de la procédure de passation, ce qui vise des secteurs où l'économie de l'offre et de la demande se distingue par leur particularité. Seul l'exemple de l'énergie a été cité par le Gouvernement au stade des débats parlementaires.

Les motifs du recours au marché global seront d'autant plus difficiles à trouver que la jurisprudence est particulièrement souple lorsqu'il s'agit d'examiner si l'allotissement d'un marché auquel a procédé l'acheteur public est suffisant ou non :

Même si plusieurs prestations sont identifiées à l'intérieur d'un même lot, le moyen tiré d'un d'allotissement insuffisant est examiné sous l'angle de l'erreur manifeste d'appréciation et ne donne d'ailleurs que rarement lieu à annulation⁽⁸⁾.

Comment justifier dès lors qu'un marché même régulièrement alloti en deux lots risquerait d'aboutir à l'absence totale d'offre ? Ces cas devraient être rares et l'on doute ainsi que la portée de la dérogation puisse être avoir un effet déterminant dans l'objectif de faire participer la commande publique à l'objectif de la transition énergétique.

Au-delà même des secteurs et des contrats concernés par un tel cas de figure, il faudra que le juge soit à même de donner à l'appréciation du « risque » la portée qu'il convient de lui donner : faudra-t-il un risque avéré résultant par exemple d'une précédente procédure

(8) CE 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio, req. n° 333737, Rec. CE tables, voir pour un exemple de marché de travaux ayant fusionné deux lots à la suite d'une première procédure de passation déclarée infructueuse : CE 30 juin 2014, req. n° 376504.

Comment intégrer des clauses environnementales dans les marchés publics ?

Un certain nombre de dispositifs incitent voire contraignent les pouvoirs adjudicateurs à intégrer la considération environnementale dans les contrats de la commande publiques. Pour l'essentiel, il s'agira d'insérer des clauses et critères environnementaux de façon opérationnelle au sein desdits contrats, de la définition des besoins par l'acheteur à l'exécution de la prestation en cause par son titulaire.

« La commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale, dans les conditions définies par le présent code. ». Depuis l'intégration de ces dispositions au sein de l'article L. 3-1 du Code de la commande publique par la loi Climat et Résilience⁽¹⁾, telle est donc la vocation des contrats de la commande publique : non pas seulement répondre aux besoins de l'acheteur public mais être également un vecteur de verdissement de l'économie.

À cette fin, plusieurs dispositifs incitent actuellement et contraindront bientôt les pouvoirs adjudicateurs à intégrer la considération environnementale dans les contrats de la commande publiques et notamment les marchés publics. Mais il conviendra pour les acheteurs de s'emparer dès à présent de cet enjeu dans toute sa mesure et d'anticiper leurs obligations en la matière. Pour l'essentiel, il s'agira d'insérer des clauses et critères environnementaux de façon opérationnelle au sein desdits contrats, de la définition des besoins par l'acheteur à l'exécution de la prestation en cause par son titulaire.

La considération environnementale lors de la passation du marché public

Une définition des besoins prenant en compte des objectifs de développement durable

Afin d'intégrer des considérations environnementales à ses marchés publics, l'acheteur devra, une fois son objet

Auteur

Ana Nuytten
Avocate à la Cour
Cabinet Seban et Associés

(1) Article 35 de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

déterminé, l'intégrer dans les documents de la consultation aux prescriptions techniques imposées aux candidats de la procédure de mise en concurrence.

À ce titre, pesait déjà sous l'empire du Code des marchés publics une sorte « d'obligation de moyen »^[2] sur les acheteurs publics quant à la prise en compte d'exigences environnementales à ce stade^[3]. Le juge administratif avait alors d'ailleurs considéré que les acheteurs publics devaient concilier dans la définition de leurs besoins « des objectifs de protection et de mise en valeur de l'environnement, de développement économique et de progrès social »^[4].

À cet égard, la loi Climat et résilience est venue explicitement intégrer l'obligation, à compter du 22 août 2026, de prise en compte dans les spécifications techniques de la prestation en cause « des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ».

Ainsi, s'il n'en sera formellement tenu qu'à compter de cette échéance, on ne pourra que conseiller à tout acheteur public d'inclure d'ores et déjà, au stade de la formalisation de son besoin, des exigences environnementales à la prestation en cause.

Pour ce faire, l'acheteur pourra notamment effectuer des consultations ou études de marchés afin de solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de ces exigences, sans toutefois bien sûr qu'elles ne conduisent à méconnaître les principes de la commande publique ou fausser l'égalité concurrence entre les opérateurs^[5].

Dans les modalités prévues par les articles R. 2111-7 à R. 2111-11 du Code de la commande publique, l'acheteur pourra formuler ses spécifications techniques par exemple par référence une norme et/ou un niveau de performance ou d'exigence fonctionnelle permettant l'atteinte d'objectifs environnementaux.

Également, il pourra être exigé des candidats qu'ils détiennent un label environnemental^[6], sous réserve de respecter les conditions prévues à cette fin par les articles R. 2111-12 à R. 2111-17 du Code de la commande publique.

[2] Voir en ce sens, La définition des besoins, Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, mise à jour 1^{er} avril 2019 ; Rép. min. n° 25167, *JO Sénat*, 11 janvier 2007, p. 75 ; M.-H. Pachen Lefèvre et A. Ouzar, « Objectif de développement durable et spécifications techniques dans le cadre de la loi Climat et Résilience », *Contrats Publics – Le Moniteur* n° 226, décembre 2021.

[3] Voir en ce sens article 5 du Code des marchés publics, dont les dispositions sont désormais reprises à l'article 2111-1 du Code de la commande publique : « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. ».

[4] CE 23 novembre 2011, req. n° 351570.

[5] CCP, art. R. 2111-1.

[6] Voir en ce sens, les labels environnementaux, site du Ministère de la transition écologique et de la cohésion des territoires : <https://www.ecologie.gouv.fr/labels-environnementaux>

Ces spécifications techniques ne pouvant, d'une manière générale, être excessivement restrictives en ayant indirectement pour effet de favoriser ou au contraire exclure certains opérateurs économiques de la procédure de mise en concurrence^[7].

L'intégration de critères environnementaux de sélection des offres

Dans le sens de l'une des propositions de la convention citoyenne, la loi Climat et résilience est venue intégrer à l'article L. 2152-7 du Code de la commande publique l'obligation, à compter du 22 août 2026, de prendre en compte par au moins un des critères de sélection des offres, leur aspect environnemental^[8]. Obligation applicable, par l'effet de l'article 91 de la loi dite « APER »^[9], dès le 1^{er} juillet 2024 pour les marchés portant sur l'implantation ou l'exploitation d'installations de production ou de stockage d'énergies renouvelables au sens de l'article L. 211-2 du Code de l'énergie.

Fort logiquement, les acheteurs publics ne pourront pas d'avantage à compter du 22 août 2026 retenir un seul critère de sélection des offres strictement fondé sur leurs prix. Un tel critère unique de sélection des offres devra alors porter sur leur coût au sens large, intégrant leurs caractéristiques environnementales.

Et d'ici là, la loi Industrie verte vient, sans instaurer d'obligation en ce sens, intégrer à l'article L. 2152-7 du Code de la commande publique la possibilité pour les acheteurs publics de prendre en compte les aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux de l'offre. Cela ne procède pas d'une évolution notable en la matière puisque cette précision figurait déjà parmi les dispositions réglementaires du Code de la commande publique^[10].

Ainsi, l'acheteur peut d'ores et déjà prévoir par la définition critères de sélection des offres, la prise en compte de leur caractère environnemental. Possibilité qui, sous l'impulsion récente du législateur et de la convention citoyenne, deviendra sous peu une obligation.

On pensera notamment à des critères liés au niveau d'émission d'énergie polluantes ou celui d'utilisation d'énergies renouvelables^[11].

[7] Voir en ce sens, concernant la mention de marques ou brevets La définition des besoins, Direction des affaires juridique du Ministère de l'Économie, mise à jour 1^{er} avril 2019, précité.

[8] Les marchés publics de défenses sont exclus de ce dispositif, ce critère demeurant donc facultatif pour ces derniers.

[9] Loi n° 2023-175 du 10 mars 2023 relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables

[10] CCP, art. R. 2152-7. À ce titre le Conseil d'État, dans son avis du 17 mars 2023 sur le projet de loi relatif à l'Industrie verte, avait d'ailleurs considéré qu'aucune raison valable ne justifiait l'intégration de ces dispositions dans la partie législative dudit Code.

[11] Voir notamment en ce sens sous l'empire des dispositions du Code des marchés publics : CE 23 novembre 2011, Communauté urbaine Nice-Côte d'Azur, req. n° 351570.

Il conviendra toutefois d'être particulièrement vigilant à ce que ces critères demeurent, ainsi que le requière l'article L. 2152-7 du Code de la commande publique, objectifs, précis et liés à l'objet du marché. Le juge européen se montrant particulièrement vigilant sur les termes de critères de sélection des offres retenus, lesquels doivent faire ressortir un lien avec l'objet du marché public^[12].

En outre, ces critères (et sous-critères) doivent pouvoir être réellement mis en œuvre, c'est-à-dire être évalués de manière objective et transparente. À ce titre, le Conseil d'État a eu l'occasion de considérer qu'un critère de sélection des offres portant sur l'impact environnemental (au titre duquel était exigé la production d'un bilan carbone) était de nature à créer des incertitudes et contradictions affectant la sélection des offres faute de précision sur son contenu et ses modalités d'appréciation^[13]. La teneur et les modalités de prise en compte de tels critères devront donc être précisés dans les documents de la consultation.

Les clauses environnementales lors de l'exécution du marché public

Dans une optique de verdissement des marchés publics, les clauses environnementales doivent ensuite trouver à s'appliquer dans les conditions d'exécution de la prestation en cause, une fois attribuée à son titulaire.

À compter du 22 août 2026, la prise en compte des considérations relatives à l'environnement au stade de l'exécution du marché sera obligatoire^[14].

D'ici là, les acheteurs publics seront vivement incités à intégrer à leurs documents contractuels le régime relatif à la protection de l'environnement et notamment à la gestion des déchets prévu par les cahiers des clauses administratives générales (ci-après CCAG) depuis leur révision du 1^{er} avril 2021^[15].

La clause environnementale générale

Si les CCAG prévoyaient déjà dans leurs versions anciennement en vigueur des stipulations relatives à la protection de l'environnement, ils portent un encadrement plus concret en la matière depuis leur refonte en 2021,

En ce sens, l'ensemble des CCAG prévoient désormais l'intégration d'une clause environnementale générale au sein des documents particuliers des marchés publics ayant vocation à préciser les obligations idoines du titulaire lors de l'exécution de ses prestations^[16].

Ainsi que le précise un utile commentaire sur ce point commun à tous les CCAG^[17], peuvent notamment être pris en compte au titre de ladite clause les éléments suivants :

- « – la réduction des prélèvements des ressources ;
- la composition des produits et notamment leur caractère écologique, polluant ou toxique ;
- les actions en faveur du réemploi, de la réutilisation, du reconditionnement, de l'intégration de matières recyclées et du recyclage ;
- les économies d'énergie et le développement des énergies renouvelables ;
- la prévention de la production des déchets et leur orientation vers des filières de valorisation ;
- les pratiques environnementales appliquées aux modalités d'exécution des prestations et notamment les politiques de réduction des émissions de gaz à effet de serre et d'amélioration de la qualité de l'air ;
- la réduction des impacts sur la biodiversité ;
- la sensibilisation des intervenants aux problématiques environnementales liées à l'exécution du marché. »

Sur cette base, il revient donc aux acheteurs de définir avec précision le contenu de ces obligations environnementales. Et ce, de sorte qu'elles soient « vérifiables selon des méthodes objectives et puissent faire l'objet d'un contrôle effectif ».

Les CCAG précisent que le non-respect de ces obligations est sanctionné (après l'envoi d'une mise en demeure restée infructueuse) par l'application de pénalités, dont il conviendra donc de fixer le montant (de manière suffisamment incitative) dans les documents contractuels.

Les clauses relatives à la gestion des déchets

Au-delà de sa prise en compte dans le cadre de la clause environnementale susvisée, l'ensemble des CCAG comprennent désormais des stipulations permettant de responsabiliser les titulaires de marchés publics en matière de gestion des déchets produits lors de l'exécution du marché.

En matière de marchés publics de travaux, le CCAG prévoit d'abord, et c'était déjà le cas avant la réforme de 2021, l'intégration dans leur prix des coûts résultant de l'élimination des déchets par le titulaire (article 9). Cette mention oblige ainsi les candidats à présenter une

[12] CJCE 4 décembre 2003, aff. C-448/01 et conclusion de l'avocat général sous cet arrêt.

[13] CE 15 février 2013, Société Derichebourg polyurbain, req. n° 363921.

[14] Ainsi que le prévoit l'article 35 de la loi Climat et résilience modifiant, à compter de cette date l'article L.2112-2 du Code de la commande publique relatifs aux conditions d'exécution des marchés publics

[15] À l'issue d'une consultation ouverte par la Direction des affaires juridiques de Bercy, les CCAG en vigueur depuis leur dernière réforme opérée en 2009 ont été modifiées afin d'y intégrer les évolutions législatives et jurisprudentielles intervenues depuis lors. Les nouveaux CCAG sont entrés en vigueur le 1^{er} avril 2021.

[16] Ce dispositif est prévu, selon les mêmes termes aux articles 16.2 du CCAG-FCS [2021] ; 17.2 du CCAG-MI [2021] ; 16.2 du CCAG-PI [2021] ; 16.2 du CCAG-TIC [2021] ; 20.2 du CCAG-Travaux [2021] et 18.2 du CCAG-MOE, ce dernier ayant été créé.

[17] Commentaire porté sous les articles susvisés des CCAG.