



ARTICLE

L'appréciation des candidatures et des offres à l'aune de critères environnementaux

Février 2023 / RÉDACTEUR : CKS PUBLIC

CKS Public

L'appréciation des candidatures et des offres à l'aune de critères environnementaux : Pouvoirs adjudicateurs et entreprises, attention à ne pas vous tromper de débat

1) L'empreinte environnementale dans les marchés publics, une préoccupation devenue centrale

La préoccupation environnementale est croissante. Près de 84% des Français interrogés par l'ADEME en 2022 aspirent à ce que les mêmes moyens déployés pour lutter contre la Covid-19 le soient en faveur de la lutte contre le réchauffement climatique (contre 77% en 2020) ⁽¹⁾.

Cette préoccupation générale est traduite en politiques publiques (à l'échelle locale, nationale ou européenne), avec une intensification des mesures en faveur de l'environnement.

La commande publique est évidemment en première ligne, tant les leviers dont elle dispose sont importants.

Les acheteurs publics se sont retrouvés face à une myriade de textes et outils à mettre en œuvre : Le Plan d'Investissement pour une Europe durable ; la Loi AGEC ; la Loi Climat et Résilience ; le Plan National d'Action pour les Achats publics Durables ; le SPASER ; le Plan Climat-Air-Energie Territorial ; sans oublier les nouveaux CCAG adoptés en 2021 insérant une clause environnementale générale.

La liste de textes et d'outils est donc longue, il revient aux acheteurs publics et entreprises candidates de s'en saisir pour désormais avoir la main (verte), notamment lors des procédures de passation des marchés publics.



(1) <https://infos.ademe.fr/lettre-strategie/les-francais-aspirent-a-changer-de-modele-de-societe-mais-sont-pris-dans-des-injonctions-contradictoires/>

ARTICLE

L'appréciation des candidatures et des offres à l'aune de critères environnementaux : Pouvoirs adjudicateurs et entreprises, attention à ne pas vous tromper de débat

2) L'appréciation des candidatures et des offres à l'aune de critères environnementaux

Dès la phase de préparation du marché, le pouvoir adjudicateur doit prendre en compte dans l'expression de son besoin, des objectifs de développement durable, notamment environnementaux (article L 2111-1 du Code de la commande publique).

Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur doit attribuer un marché public sur la base de critères de sélection qu'il arrête librement. Tout soumissionnaire a accès à ces critères, communiqués dans l'avis de marché ou dans les documents de marché (article 56 de la directive 2014/24/UE du Parlement Européen et du Conseil (2)). Les critères mis en avant par le pouvoir adjudicateur ont pour finalité de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

En droit interne, le Code de la commande publique reconnaît que la dimension environnementale d'une offre peut faire l'objet d'un critère de sélection lors de la phase d'examen des offres par le pouvoir adjudicateur.

Le « peut » va laisser la place au « doit », l'article L. 2152-7 du Code de la commande publique est en effet modifié par l'article 35 de la Loi Climat et Résilience pour entrer en vigueur au plus tard le 22 août 2026.

Il précise que « [...]au moins un de ces critères prend en compte les caractéristiques environnementales de l'offre. ».

Cette formulation est volontairement large, pour que les pouvoirs adjudicataires déterminent le critère environnemental le plus adapté au marché public qu'ils entendent notifier.

Il est intéressant de noter que le Code ne précise rien, en revanche, sur ce qu'il est possible d'apprécier lors de la phase de candidature.

L'appréciation des candidatures et des offres à l'aune de critères environnementaux : Pouvoirs adjudicateurs et entreprises, attention à ne pas vous tromper de débat

2) L'appréciation des candidatures et des offres à l'aune de critères environnementaux

Néanmoins, la directive européenne 2014/24/UE sur la passation des marchés publics considère que les pouvoirs adjudicateurs doivent avoir la faculté d'exclure des opérateurs économiques non fiables pour des manquements avérés à des obligations environnementales, tout en respectant le principe de proportionnalité (considérant 101).

Le critère environnemental peut être utilisé comme critère technique par le pouvoir adjudicateur pour apprécier les offres des entreprises candidates.

Nombre d'enjeux environnementaux peuvent faire l'objet de critères dans les marchés publics de travaux, de fournitures ou encore de services.

Mais, quels qu'ils soient, les critères définis doivent toujours être en lien direct avec l'objet du marché ou les conditions d'exécution de celui-ci, comme tout critère en vertu de l'article L. 2152-7 du Code de la commande publique.

L'alinéa 1 de l'article L. 2112-3 du Code de la commande publique précise que sont liés à l'objet du marché les conditions d'exécution relatives aux processus de production, de fourniture, de commercialisation, comme aux processus liés au stade du cycle de vie du produit.

La jurisprudence actuelle ne vient pas dessiner une frontière franche entre ce qui peut être évalué par un critère environnemental et ce qui ne peut pas l'être. Le juge administratif contrôlera, en premier lieu, l'absence d'atteinte portée au principe de liberté d'accès à la commande publique (article L. 3 du Code de la commande publique).

(2) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024>

ARTICLE

L'appréciation des candidatures et des offres à l'aune de critères environnementaux : Pouvoirs adjudicateurs et entreprises, attention à ne pas vous tromper de débat

2) L'appréciation des candidatures et des offres à l'aune de critères environnementaux

Par exemple, est considéré comme lié à l'objet du contrat un critère portant sur « l'approche sociétale et de développement durable et sur la qualité des actions en faveur de l'environnement et de l'insertion » que le soumissionnaire entend mettre en œuvre en faveur de ses salariés et des usagers dans le cadre d'une délégation de service public, tel que précisé expressément dans le règlement de consultation(3).

Au-delà de l'objet et de la formulation du critère, le pouvoir adjudicateur devra porter son attention sur la pondération dudit critère. La pondération doit en effet être déterminée de façon cohérente avec l'objet du marché.

Exemple :

- Rédaction d'un critère environnemental portant sur l'usage de véhicules et engins électriques, pondéré à 30% ,pour l'exécution d'un marché de travaux visant à la rénovation de bâtiments publics (pour un critère prix à 40% et un critère valeur technique à 30%).

Critères	Pondération
1. Prix des prestation	40.0 %
2. Valeur technique	30.0 %
3. Critère environnemental (propriété et usage de véhicules - camions de chantiers et véhicules de société- électriques pendant la durée du chantier)	30.0 %

(3) TA Rennes, 21 mai 2019, Société Kéolis, n° 1902087

L'appréciation des candidatures et des offres à l'aune de critères environnementaux : Pouvoirs adjudicateurs et entreprises, attention à ne pas vous tromper de débat

2) L'appréciation des candidatures et des offres à l'aune de critères environnementaux

Le critère environnemental est ici potentiellement surpondéré au regard des autres critères (prix des prestations et valeur technique).

Il est discriminant, tant des entreprises candidates auraient les capacités pour réaliser les prestations demandées sans pour autant disposer d'un parc de véhicules et engins électriques.

Attention donc, la liberté du pouvoir adjudicateur dans la détermination du poids des critères environnementaux n'est pas sans limites. Le juge administratif peut annuler toute consultation pour un marché si la pondération du critère environnemental, eu égard à l'objet du marché, est trop peu ou excessivement importante.



Point sur le critère « empreinte carbone » et son usage

Dans une démarche environnementale, l'acheteur peut intégrer un critère financier portant sur l'empreinte carbone des offres. Ce critère est en réalité un sous-critère du « coût ». L'empreinte carbone est monétarisée (les kgs de CO₂ sont traduits en €) et participe au coût total sur le cycle de vie (Article R2152-9 du Code de la commande publique).

Le contenu d'un sous-critère « empreinte carbone » doit être suffisamment précis. Le juge administratif n'hésitera pas à censurer un tel critère de sélection qui exige la fourniture d'un bilan carbone sans pour autant préciser le contenu ou la définition des modalités d'appréciation de celui-ci (Conseil d'État, 15 février 2013, n°363921).

L'empreinte carbone doit être analysée par l'acheteur dans sa globalité. Ce dernier doit avoir une approche dite du « coût du cycle de vie »⁽⁴⁾, évaluant les émissions de substances polluantes engendrées par la confection, le transport, l'exploitation, et la destruction des produits ou services qui vont être achetés. Ce critère sensibilise les entreprises candidates sur l'impact environnemental de leur activité et promeut l'achat local tout en respectant la réglementation et les principes fondamentaux de la commande publique.

La finalité ne doit pas être de favoriser les entreprises locales, mais de valoriser toute candidature présentant une empreinte carbone moindre.

Le verdissement de la commande publique et des marchés passe évidemment par une meilleure maîtrise de la formulation des critères par les acheteurs publics. Mais les entreprises ne sont pas en reste.

(4) <https://questions.assemblee-nationale.fr/q15/15-19968QE.htm>

ARTICLE

L'appréciation des candidatures et des offres à l'aune de critères environnementaux : Pouvoirs adjudicateurs et entreprises, attention à ne pas vous tromper de débat

3) La difficulté : Une compréhension erronée des entreprises

Une fois que le pouvoir adjudicateur a déterminé les critères environnementaux propres à son marché, il revient aux entreprises candidates de formuler leurs offres conséquemment.

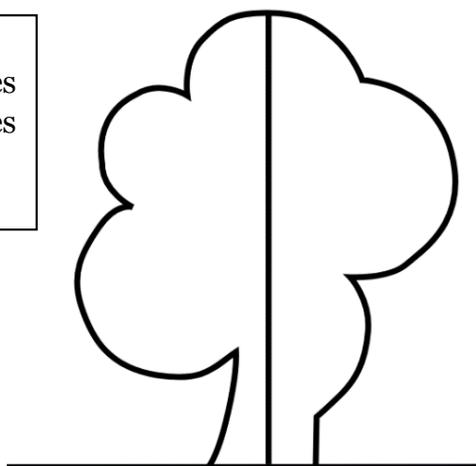
Les entreprises candidates pensent souvent, à tort, que la simple mise en avant de leurs pratiques environnementales leur permettra d'être bien notées. Elles oublient trop souvent d'aligner leur argumentaire commercial sur les critères définis par l'acheteur.

Exemples d' « erreur » trop souvent rencontrées :

- Pour une entreprise de travaux, mettre en avant dans son offre les efforts de réduction de la consommation électrique au bureau.
- Pour un marché public de transport scolaire, dont les critères de choix visent à inciter les candidats à réduire l'empreinte carbone de leurs prestations, insister sur la pratique du co-voiturage par les salariés de l'entreprise.
- Valoriser, dans son offre, la signature de telle ou telle charte ou l'obtention de tel ou tel label, si cela n'a pas d'impact mesurable sur l'exécution du marché.

Il existe une asymétrie entre les critères environnementaux prévus dans le marché et les arguments mis en avant par les entreprises candidates.

A gauche : Les critères environnementaux déterminés par le pouvoir adjudicateur



A droite : Les arguments présentés dans l'offre par l'entreprise candidate

ARTICLE

L'appréciation des candidatures et des offres à l'aune de critères environnementaux : Pouvoirs adjudicateurs et entreprises, attention à ne pas vous tromper de débat

3) La difficulté : Une compréhension erronée des entreprises

Ne pas comprendre ce sur portent les critères de choix, c'est prendre le risque, en tant qu'entreprise candidate, de se voir attribuer une note ne permettant d'accéder au marché, voire dans certaines conditions d'en être exclu.

Exemple :

- Une entreprise de travaux qui ne fournit pas les documents mentionnés dans le règlement de consultation pour justifier de sa performance environnementale peut se voir attribuer la note de zéro, voire se faire immédiatement écarté du marché.

En somme, les pouvoirs adjudicateurs ne valoriseront que et uniquement que les actions environnementales menées qui sont en lien direct avec le marché ou à son exécution.

ARTICLE

L'appréciation des candidatures et des offres à l'aune de critères environnementaux : Pouvoirs adjudicateurs et entreprises, attention à ne pas vous tromper de débat

4) Les solutions : Des critères plus explicites, des candidatures et des offres mieux formulées

Quelles sont alors les bonnes pratiques à adopter, tant pour les pouvoirs adjudicateurs que pour les entreprises ?

Par les pouvoirs adjudicataires d'abord.

La principale solution réside dans la détermination et la formulation/communication des critères. Au plus les critères environnementaux seront précis et détaillés dans les documents rédigés par le pouvoir adjudicateur, au moins les entreprises auront une marge d'appréciation vis-à-vis de ces critères.

Du point de vue de la jurisprudence :

✓ Est un critère environnemental suffisamment détaillé le critère portant sur les « mesures et démarches adoptées pour diminuer l'impact environnemental des travaux » lorsqu'elles sont notamment contrôlées au regard de la « diminution du bruit et de la pollution, l'émission de poussières, la propreté du chantier et des accès, la gestion raisonnée des déchets et l'économie d'eau » (TA Caen, 31 mai 2013, n°1300854).

✗ Comme vu plus haut, n'est pas un critère environnemental suffisamment détaillé le critère qui repose sur la production d'un bilan carbone qui ne précise pas davantage le contenu ni les modalités d'appréciation (Conseil d'État, 15 février 2013, n°363921).

Il faut rappeler qu'au-delà de critères explicites et précis, la détermination de ses critères doit respecter tout à la fois un lien avec l'objet du marché et les principes fondamentaux de la commande publique dont l'égalité de traitement des candidats (comme vu plus haut).

Par les entreprises candidates ensuite.

Elles peuvent, dans un premier temps et en amont, améliorer leurs offres sur le long terme. Pour ce faire, les entreprises candidates qui répondront aux exigences légales environnementales au plus tôt seront celles qui attireront le plus les pouvoirs adjudicateurs lors des phases d'analyse des candidatures. La performance environnementale des entreprises sera, d'ici quelques années, au cœur de la procédure de passation des marchés publics.

L'anticipation est de mise.

ARTICLE

L'appréciation des candidatures et des offres à l'aune de critères environnementaux : Pouvoirs adjudicateurs et entreprises, attention à ne pas vous tromper de débat

4) Les solutions : Des critères plus explicites, des candidatures et des offres mieux formulées

Exemple en matière de marchés publics de travaux :

- L'article L. 228-4 du Code de l'environnement dispose que « *La commande publique tient compte notamment de la performance environnementale des produits, en particulier de leur caractère biosourcé.* ». L'article poursuit et précise « *A compter du 1^{er} janvier 2030, l'usage des matériaux biosourcés ou bas-carbone intervient dans au moins 25 % des rénovations lourdes et des constructions relevant de la commande publique* » (5).

Les entreprises ont donc tout à gagner en anticipant ces mesures prises par le législateur, leur permettant de présenter des offres déjà en accord avec les futures exigences environnementales.

Dans un second temps, il faut souligner la nécessité de mettre en avant dans l'offre des actions environnementales qui sont directement liées à l'objet du marché ou aux conditions d'exécution du marché.

Exemple :

- Pour un marché public de fournitures de bureaux qui précise, dans les critères de jugement des offres, qu'est prise en compte la performance de l'entreprise en matière de protection de l'environnement ; l'entreprise candidate peut mettre en avant la politique environnementale menée concernant le processus de fabrication des produits, les modalités de livraison des articles de papeterie...

(5) Pour en savoir plus sur l'usage de matériaux biosourcés dans la commande publique, et plus particulièrement les travaux : https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/Guide%20mat%C3%A9riaux%20biosourc%C3%A9s%20et%20commande%20publique_avril%202020.pdf

ARTICLE

L'appréciation des candidatures et des offres à l'aune de critères environnementaux : Pouvoirs adjudicateurs et entreprises, attention à ne pas vous tromper de débat

5) Conclusion

Le cadre juridique semble à ce jour largement en faveur de l'intégration de critères environnementaux, même si tout laisse à penser que les mesures prises ne seront pas les dernières.

Le verdissement des marchés publics passe par une action commune des pouvoirs adjudicateurs et des entreprises candidates.

Il est nécessaire d'actionner l'ensemble des outils disponibles et de concrétiser les considérations environnementales tout au long de la procédure de passation. Pour les uns, le pouvoir d'intégrer les critères environnementaux au regard de l'objet du marché et pour les autres d'y répondre de façon circonstanciée et effective.