



ARTICLE

LOI INDUSTRIE VERTE

UN VOLET COMMANDE PUBLIQUE « DISCUTABLE »

Novembre 2023

/ RÉDACTEUR : CKS PUBLIC

CKS Public

LOI INDUSTRIE VERTE UN VOLET COMMANDE PUBLIQUE « DISCUTABLE »

La [Loi n°2023-973](#) du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte a pour ambitions d'accélérer la réindustrialisation du pays et de faire de la France le leader de l'industrie décarbonée en Europe. Elle comporte un volet « commande publique » à l'instar de la [Loi n° 2021-1104](#) du 22 août 2021, dite « Climat et Résilience », qu'elle complète mais aussi ... contredit.

Les grandes lignes de cette loi « industrie verte » sont :

1. Des ingénieries de passation et de contractualisation plus « souples » pour les entités adjudicatrices
 2. Un renforcement des mécanismes d'exclusion à disposition de l'acheteur
 3. Une précision des modalités de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse
1. Des ingénieries de passation et de contractualisation plus « souples » pour les entités adjudicatrices

Les opérateurs de réseaux, notamment dans les secteurs de l'énergie, de l'eau et des transports, jouent un rôle crucial dans la transition énergétique nationale. Le coût de cette transition est « lourd », certainement est-ce la raison pour laquelle le législateur sacrifie les objectifs de renforcement de l'accès des PME à la commande publique sur l'autel des enjeux de financement des investissements à engager. Attention cependant au retour de manivelle, ce sont les PME qui innovent, créent des emplois et s'acquittent de l'essentiel de l'impôt sur les sociétés (IS brut). Les pénaliser, c'est pénaliser l'avenir.

a) Le retour des offres variables

Pour les marchés répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à un seuil fixé par voie réglementaire, les entités adjudicatrices peuvent autoriser les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus (Article L2151-1).

Il s'agit là d'un retour en arrière, cette disposition prévue dans l'ordonnance de 2015 avait été supprimée. Elle permet aux grandes entreprises « généralistes » de mutualiser leurs marges entre plusieurs lots. Dit différemment, de « vendre sans marge ou à perte » sur un lot parce qu'elles génèrent une marge confortable sur un ou plusieurs autres lots. Façon pour elles de fermer la porte à la concurrence des PME spécialisées ...

Noter que les modalités d'évaluation et de comparaison des offres variables seront précisées par voie de décret.

LOI INDUSTRIE VERTE UN VOLET COMMANDE PUBLIQUE « DISCUTABLE »

b) La possibilité de ne pas allotir

L'acheteur, entité adjudicatrice, peut décider de ne pas allotir un marché lorsque la dévolution en lots séparés risque de conduire à une procédure infructueuse. (Article L2113-11).

Là aussi, il s'agit d'un retour en arrière qui pénalise les PME. L'allotissement étant un fort levier pour faciliter l'accès de ces dernières à la commande publique.

Somme toute, motiver l'absence d'allotissement en raison d'un risque d'infructuosité n'est pas aisé. Le recours aux techniques de « sourçage » peut faciliter la démonstration de ce risque, si et seulement si les entreprises interrogées ne sont pas toutes « généralistes ». C'est le travail de l'acheteur que de créer les conditions les plus favorables à la passation d'un marché, notamment en concevant une stratégie d'achat. Si, dans de rares cas, l'absence d'allotissement peut être un facteur d'augmentation de l'attractivité du marché, l'allotissement est très souvent un facteur limitant le risque d'infructueux.

L'on peut questionner le bienfondé de cet ajout alors qu'un motif aux tenants très comparables existait d'ores et déjà dans le même article (L'acheteur peut décider de ne pas allotir un marché si « *La dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations* »).

c) La possibilité de contractualiser un accord-cadre sur une durée supérieure à huit ans

La durée des accords-cadres peut dépasser huit ans pour les entités adjudicatrices en cas de risque important de restriction de concurrence ou de procédure infructueuse dans le cadre de la procédure de passation (Article L2125-1).

Même raisonnement du législateur, même questionnement des observateurs. Le Code de la commande publique prévoyait d'ores et déjà la possibilité d'une durée de marché supérieure à huit années pour permettre aux entreprises d'amortir leurs investissements. Quelle autre considération peut les dissuader de soumettre une offre que celle liée à leur capacité à amortir/absorber un investissement conséquent sur une durée qui n'excéderait pas huit ans ?

Ce nouveau motif semble peu aisé à justifier et peu utile au regard des dispositions déjà inscrites dans le Code.

LOI INDUSTRIE VERTE UN VOLET COMMANDE PUBLIQUE « DISCUTABLE »

2. Un renforcement des mécanismes d'exclusion à disposition de l'acheteur

L'objectif affiché par le législateur est ici clair, il faut que le titulaire d'un marché public soit le plus possible respectueux de l'environnement et respecte les réglementations qui lui sont applicables en la matière :

- Réalisation d'un bilan des émissions des gaz à effet de serre (BEGES)
- Réalisation d'un schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables (SPASER)
- Publication d'informations en matière de durabilité des produits fournis
- Production et mise en œuvre d'un plan de vigilance
- ...

L'acheteur pourra désormais exclure les soumissionnaires sur le motif de l'absence de conformité à ces obligations. Charge donc à l'acheteur d'exiger les documents probants, via le règlement de la consultation, en prenant en compte le fait que ces obligations ne sont opposables qu'à certaines entités.

3. Une précision des modalités de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

Le législateur a souhaité préciser l'article L2152-7 relatif à la nature des critères qui vont participer à l'appréciation des offres. Il indique que « *le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base du critère du prix ou du coût. L'offre économiquement la plus avantageuse peut également être déterminée sur le fondement d'une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux* ». En d'autres termes, il ouvre la porte à une appréciation des offres sur la base du seul critère prix ...

Il faut regretter qu'en voulant se rapprocher des termes de l'article 29 de la directive européenne 2014/24/UE ⁽¹⁾ et en la transposant presque mot pour mot, le législateur contredit les dispositions de loi Climat et Résilience (en vigueur au plus tard le 22 août 2026) qui impose qu'au moins un des critères prenne en compte les caractéristiques environnementales de l'offre du soumissionnaire. Ce critère peut être le coût sur le cycle vie et être unique. En aucun il ne peut s'agir du simple prix.

LOI INDUSTRIE VERTE UN VOLET COMMANDE PUBLIQUE « DISCUTABLE »

La DAJ, dès 2019, précisait « *Le recours au critère unique du prix est réservé aux seuls marchés publics ayant pour objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre. Le seul critère unique utilisable pour l'ensemble des marchés publics est donc le coût* » (Fiche méthodologique « L'examen des offres » ⁽²⁾).

Un alignement de ces textes sur une doctrine commune nous paraît être nécessaire.

Références :

⁽¹⁾ Article 29 de la directive européenne 2014/24/UE :

« Le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base du critère du prix ou du coût. L'offre économiquement la plus avantageuse peut également être déterminée sur le fondement d'une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. »
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024>

⁽²⁾ Fiche méthodologique de la DAJ « L'examen des offres » :

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/examen-des-offres-2019.pdf