

Commande publique Le critère environnemental dans les contrats globaux

Pour louable qu'elle soit,
l'obligation de verdir
la procédure de sélection
des offres soulève
des questions.

Par **Guillaume Rossignol-Infante**, avocat à la Cour

L'article 2 du décret n° 2022-767 du 2 mai 2022 portant diverses modifications du Code de la commande publique (CCP) dispose que lorsqu'un acheteur prévoit une pluralité de critères permettant de désigner l'attributaire d'un marché public, « au moins l'un d'entre eux prend en compte les caractéristiques environnementales de l'offre ». L'article 7, lui, étend cette obligation aux contrats de concession. Il s'agit au mot près des termes de l'article 35 de la loi Climat et résilience du 22 août 2021 que le présent décret avait pour objet d'appliquer.

Ce nouveau cadre juridique vient porter un coup d'arrêt à une jurisprudence constante du Conseil d'Etat selon laquelle les objectifs de développement durable de la commande publique n'impliquaient pas que les acheteurs soient obligés de prévoir un critère de sélection des offres portant sur le développement durable ou l'environnement (CE, 23 novembre 2011, n° 351570, mentionné dans les tables du recueil Lebon). Il illustre ainsi la tendance actuelle au verdissement de la commande publique. Toutefois, au-delà de l'objectif affiché, il est permis de s'interroger sur les implications pratiques que cette réforme devrait avoir pour les professionnels.

Multiplicité de critères. La première question porte sur l'importance du critère environnemental dans la décision des acheteurs d'attribuer des contrats de la commande publique, singulièrement s'agissant des contrats dits « globaux ». Qu'il s'agisse en effet de marchés globaux de performance ou de concessions, les acheteurs identifient et attribuent ces contrats aux candidats

ayant présenté l'offre la plus économiquement avantageuse, appréciée à l'aune d'un nombre déjà conséquent de critères. La complexité des opérations concernées implique qu'en plus de la rémunération du titulaire, soient appréciées les qualités architecturales, fonctionnelles, les conditions d'exploitation-maintenance et, le plus souvent, l'atteinte de performances notamment en termes de qualité ou d'efficacité énergétique. A ces critères s'ajoutent obligatoirement la part du marché confiée à des PME et artisans pour les marchés globaux (art. L. 2152-9 du CCP) et la qualité du service rendu aux usagers pour les concessions de service public (art. L. 3124-5).

Comment, alors, intégrer un critère environnemental en sus de ceux précités ? La Convention citoyenne pour le climat proposait de faire intervenir le critère environnemental pour au moins 20 % de la note attribuée à chaque candidat. Cette suggestion n'a pas été retenue. Si elle constituait un risque juridique majeur au regard de l'obligation de prévoir des critères en lien direct et concret avec l'objet du marché, elle était par ailleurs dénuée de pertinence opérationnelle. Un critère environnemental fort diminue d'autant l'importance des autres critères, pourtant plus tournés vers la bonne réalisation d'un projet complexe. Cela réduit la marge de manœuvre des maîtres d'ouvrage. A l'inverse, prévoir un critère environnemental de faible importance implique le risque de sa neutralisation, et par suite, une annulation de la procédure. Sans compter le risque de tomber dans le simple effet d'annonce et le greenwashing...

Modalités d'appréciation. La seconde question concerne les modalités d'appréciation du critère environnemental. Les dispositions du décret prévoient que l'acheteur doit « prendre en compte » ce critère pour l'attribution du contrat. Que signifie l'utilisation récurrente de ce vocable (déjà utilisé pour le critère PME des marchés globaux) ? Elle n'indique pas si les caractéristiques environnementales doivent être un critère de premier rang, ou peuvent être un sous-critère, voire un élément d'appréciation d'un critère.

Cette incertitude pose difficulté dès lors qu'un critère de jugement des offres doit, d'une part, être précis dans son contenu et ses modalités d'appréciation (CE, 15 février 2013, n° 363921), et d'autre part, être en lien avec l'objet du marché (CE, 25 mai 2018, n° 417580, publié au Recueil). Or l'incertitude crée du risque juridique et engendre des offres d'un montant augmenté de provisions pour risque.

Ces quelques réflexions illustrent les interrogations qui pourront légitimement venir aux professionnels de la commande publique lorsqu'ils seront confrontés au critère environnemental, désormais obligatoire. Cela attendra toutefois l'entrée en vigueur des dispositions précitées, le 21 août 2026. ●

Ce qu'il faut retenir

► L'article 35 de la loi Climat et résilience et son décret d'application imposent qu'en cas de pluralité de critères d'attribution d'un contrat de la commande publique, au moins l'un d'entre eux prenne en compte les caractéristiques environnementales de l'offre.

► Pour les contrats globaux en particulier, se pose la question de l'importance à donner à ce critère environnemental qui s'ajoute à ceux, nombreux, devant déjà être pris en compte.

► En outre, la réglementation est elliptique en ce qu'elle n'indique pas clairement si les caractéristiques environnementales doivent constituer un critère de premier rang ou peuvent être un sous-critère, voire un élément d'appréciation d'un critère.