



La prise en compte du développement durable dans les critères d'attribution des marchés publics

En vertu de l'article R. 2152-7 du Code de la commande publique, l'acheteur peut, pour attribuer le marché, se fonder sur des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Comment s'opère la mise en œuvre de ces critères liés au développement durable ?

Fort d'une définition désormais trentenaire, le développement durable est « un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs »^[1] et qui repose sur une approche globale du développement consistant à trouver un équilibre entre les considérations économiques, sociales et écologiques.

Initialement invoqué à l'échelle internationale, le développement durable a fait l'objet d'une introduction marquée au sein du système juridique français puisque l'article 6 de la Charte de l'environnement, intégrée en 2005 dans le bloc de constitutionnalité, dispose que « Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social ». Cette injonction faite aux décideurs publics est à l'origine de l'introduction progressive du développement durable au cœur des politiques publiques, parmi lesquelles la commande publique ne fait pas exception. C'est ainsi que, dès 2004, le Code des marchés publics a permis l'intégration de considérations environnementales au sein des critères d'attribution des marchés publics.

Auteur

Simon Daboussy

Avocat - associé
AdDen Méditerranée

Auberi Gaudon

Avocat
AdDen Méditerranée

Mots clés

Offres • Critères d'attribution • Environnement • Insertion professionnelle et sociale

[1] Citation de Mme Gro Harlem Brundtland, Premier Ministre norvégien (1987), dans le rapport Brundtland publié par la Commission mondiale sur l'environnement et le développement.

Sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, la prise en compte du développement durable dans les règles de la commande publique a connu une réelle avancée au cours des cinq dernières années et sur un large périmètre puisqu'elle concerne aussi bien les contrats de concessions^[2] que les marchés publics. En ce qui les concerne, la prise en compte doit intervenir dès le stade de la définition du besoin dans la perspective d'un achat durable^[3]. Elle s'étend également aux critères d'attribution du marché qui peuvent désormais relever de la sphère socio-environnementale.

L'introduction de considérations non-économiques a-t-elle ainsi vocation à bouleverser les principes historiques gouvernant l'achat public ? Sans aller jusque-là, elle témoigne indiscutablement d'une volonté de renouveler l'approche classique que pouvaient en avoir jusqu'alors les acheteurs, essentiellement tournée vers l'efficience économique. Si ces derniers ont désormais à leur disposition des outils permettant d'intégrer le développement durable à la procédure de sélection des offres, la mise en œuvre de tels critères d'attribution se trouve inévitablement confrontée aux exigences fondamentales du droit de la commande publique.

L'intégration effective du développement durable à la procédure de sélection des offres

Le Code des marchés publics entré en vigueur en 2006 prévoyait, en son article 53, que le pouvoir adjudicateur pouvait notamment se fonder, pour l'attribution du marché « sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment (...) les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation ». En 2011, cette liste de critères s'est enrichie au profit du critère relatif aux « performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture ». Cela fait donc désormais une quinzaine d'années que le développement durable a fait son entrée dans le champ de la commande publique, et plus particulièrement au sein des critères d'attribution des marchés publics.

Initialement timide, l'intégration du développement durable s'est accentuée en 2014 grâce à la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics dont le préambule précise que « L'article 11 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que les exigences de la protection de l'environnement sont intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable. La présente directive précise comment les pouvoirs adjudicateurs peuvent contribuer à la pro-

tection de l'environnement et à la promotion du développement durable tout en garantissant la possibilité d'obtenir pour leurs marchés le meilleur rapport qualité/prix ». En cohérence avec cet objectif affiché, les critères d'attribution susceptibles d'être utilisés par les acheteurs ont alors évolué.

C'est ainsi que l'article R. 2152-7 du Code de la commande publique, issu du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ayant transposé avec l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 les dispositions de la directive, prévoit désormais que : « Pour attribuer le marché au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde :

1° Soit sur un critère unique qui peut être :

- a) Le prix (...);
- b) Le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie défini à l'article R. 2152-9 ;

2° Soit sur 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. Il peut s'agir des critères suivants :

- a) La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal (...).

L'évolution des critères d'attribution par rapport à l'état antérieur du droit est notable. Tout d'abord, le critère du coût supplée celui du prix et a ainsi vocation à devenir le critère unique dans les marchés dont l'attribution peut reposer exclusivement sur des considérations économiques. En effet, seuls les marchés de services et de fournitures standardisés peuvent désormais comporter un critère unique fondé sur le prix. L'usage de ce seul critère sera donc toujours censuré s'il n'est pas approprié à l'objet du marché^[4].

Le critère du coût fait l'objet d'une définition précise à l'article R. 2152-9 du Code de la commande publique afin d'orienter au mieux l'acheteur préalablement à sa

[2] CCP, art. L. 3114-2 et R. 3124-4.

[3] CCP, art. L. 2111-1.

[4] Pour un marché de travaux complexes : CE 6 avril 2007, Département de l'Isère, req. n° 298584, Rec. CE tables.

mise en œuvre^[5]. Celle-ci traduit l'approche globale que sous-tend la notion de coût en intégrant, outre le coût résultant de l'acquisition directe du bien ou du service par la personne publique, les effets éventuels de ces derniers sur son environnement, qu'ils soient ou non favorables. L'acheteur est ainsi invité à raisonner à long terme et à tenir compte de l'ensemble des conséquences que peut générer son achat lorsqu'il examine le mérite respectif des offres, là où le prix peut dans bien des cas se révéler insuffisant. Le ministère de la transition écologique et solidaire a d'ailleurs récemment souligné les avantages du critère du coût en comparaison avec celui du prix : « Le CCV [coût du cycle de vie] offre une opportunité appréciable, car il permet à l'acheteur de mieux sélectionner l'offre réellement la plus avantageuse sur un plan général. Contrairement au seul critère prix, le CCV permet en effet de prendre en compte de manière complète les coûts supportés par la personne publique, puisqu'il intègre dans son champ – sous condition de leur pertinence – tout ou partie des coûts imputables à un produit, un service ou un ouvrage tout au long de son cycle de vie. Il s'agit de prendre en compte les coûts supportés directement par l'acheteur (« coûts directs ») que constituent les coûts liés à l'acquisition, à l'utilisation, à la maintenance et à la fin de vie (l'appellation « coût global » est également utilisée) mais aussi les coûts indirects ou « coûts externes » (proches de la notion d'externalités négatives) supportés par l'ensemble de la société, tels que la pollution atmosphérique ou l'extinction d'espèces animales et végétales »^[6]. Ici, la prise en compte des impératifs de développement durable rejoint l'objectif d'efficacité économique de l'achat public.

La liste des critères d'attribution susceptibles d'être mis en œuvre lorsque l'acheteur décide d'en fixer plusieurs s'est quant à elle étoffée.

Aux critères environnementaux figurant déjà dans le Code des marchés publics s'ajoutent désormais notamment ceux de « la garantie de la rémunération équitable des producteurs », de la « biodiversité » et du « bien-être animal ». Les acheteurs disposent donc d'une palette de critères en lien avec l'écologie et l'en-

vironnement qui peuvent être mis en œuvre aussi bien à l'occasion de marchés de travaux, dans lesquels un critère de performance environnementale peut aisément trouver sa place, ou de fournitures, par le biais de l'introduction d'un critère tenant aux conditions de production ou de fabrication.

Le volet social du développement durable s'illustre pour sa part au travers du maintien du critère relatif à l'« insertion professionnelle des personnes en difficultés ». Celui-ci peut être décliné notamment sous la forme de sous-critères relatifs à la lutte contre le chômage ou à l'emploi de personnes en situation de handicap.

Les textes admettent désormais expressément l'utilisation de labels au titre des critères d'attribution du marché^[7], là où l'article 6 Code des marchés publics faisait uniquement référence aux écolabels lors de la définition des spécifications techniques.

Bien que certains marchés ne se prêtent pas, en raison de leur nature même et de leurs conditions d'exécution, à l'introduction de critères d'attribution socio-environnementaux, les textes aujourd'hui en vigueur légitiment leur usage par les acheteurs publics et les invitent ainsi à renouveler leurs pratiques lors de la préparation des marchés à conclure, même si ces derniers ont toujours pour seul objectif de sélectionner l'offre la plus économiquement avantageuse. Ces textes s'accompagnent d'objectifs ambitieux en la matière puisque le Plan national d'action pour les achats publics durables prévoyait à l'horizon 2020 qu'au moins 25 % des marchés conclus comportent une disposition sociale et 30 % d'entre eux une disposition environnementale^[8], étant précisé que les critères sociaux ou environnementaux utilisés pour l'examen des offres ne sont pris en compte que s'ils entraînent l'inscription d'au moins une clause dans le contrat^[9].

Malgré l'existence de dispositions favorables et un encouragement certain des pouvoirs publics à l'introduction de critères d'attribution liés au développement durable, les acheteurs doivent garder à l'esprit que ces critères ne peuvent être mis en œuvre que dans le respect des principes élémentaires de la commande publique.

[5] « Le coût du cycle de vie couvre, dans la mesure où ils sont pertinents, tout ou partie des coûts suivants du cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage :

1° Les coûts supportés par l'acheteur ou par d'autres utilisateurs, tels que :

a) Les coûts liés à l'acquisition ;
b) Les coûts liés à l'utilisation comme la consommation d'énergie et d'autres ressources ;
c) Les frais de maintenance ;
d) Les coûts liés à la fin de vie comme les coûts de collecte et de recyclage ;

2° Les coûts imputés aux externalités environnementales et liés au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie, à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée. Ces coûts peuvent inclure le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique ».

[6] Rép. min. n° 06629, *JO Sénat* 11 avril 2019, p. 1995.

[7] CCP, art. R. 2111-13.

[8] https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/Plan_national_d_action_pour_les_achats_publics_durables_2015-2020.pdf.

[9] <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/achats-publics-durables>.

La mise en œuvre des critères liés au développement durable confrontée aux exigences du droit de la commande publique

Dans le cadre de la préparation de son marché, l'acheteur est libre du choix des critères d'attribution^[10] et le juge n'exerce qu'un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation sur le choix opéré^[11]. Le Conseil d'État a en outre pris la peine de souligner que le pouvoir adjudicateur, ou l'entité adjudicatrice, a seulement l'obligation de sélectionner l'offre la plus économiquement avantageuse et que le choix de critères liés au développement durable pour y parvenir n'est qu'une simple faculté^[12]. Aucune obligation n'est donc faite aux acheteurs de recourir à des critères socio-environnementaux.

Cela étant, lorsqu'il décide d'examiner les offres sur la base d'un ou plusieurs critères en lien avec le développement durable, l'acheteur doit veiller à respecter les principes rappelés par l'article L. 2152-7 du Code de la commande publique selon lequel : « Le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution ». De même, ces critères ne doivent pas avoir pour effet de conférer un pouvoir discrétionnaire à l'acheteur, ni rompre la concurrence en étant discriminatoires^[13].

Le lien avec l'objet du marché est généralement apprécié favorablement par le juge administratif, en particulier lorsque le développement durable fait seulement l'objet de sous-critères. Le Conseil d'État a ainsi admis que l'« engagement en matière de développement durable » puisse constituer un sous-critère du critère propre à la valeur technique dans un marché de fourniture de services de télécommunications^[14]. La cour administrative d'appel de Paris a également affirmé que des sous-critères environnementaux et d'insertion professionnelle pouvaient servir à l'attribution des offres « dès lors que ces sous-critères ne sont pas sans rapport avec l'objet du marché »^[15]. Il faut ici comprendre que seul un critère manifestement dépourvu de tout lien avec le marché serait censuré. En revanche, un critère fondé sur la quantité d'énergie renouvelable produite par le titulaire pour d'autres clients et dépassant la consommation pré-

vue par le pouvoir adjudicateur est dépourvu de lien avec le marché^[16]. De même, le Conseil d'État a récemment jugé qu'un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale, qui ne se limitait donc pas aux activités du candidat concourant à la réalisation des prestations prévues au marché, ne présente pas un lien suffisant^[17]. Sous l'empire de l'ancien Code des marchés publics, il a également pu être jugé qu'un sous-critère pondéré à 15 % et relatif à l'insertion professionnelle des publics en difficulté était sans lien avec les prestations prévues pour un marché portant sur le déménagement, stockage et transfert de mobilier et machines-outils dans des lycées d'une région^[18]. Si une telle appréciation peut paraître stricte, il faut souligner qu'elle devrait désormais s'assouplir au regard des dispositions de l'article L. 2112-3 du Code de la commande publique qui donnent une définition élargie des conditions d'exécution permettant d'apprécier le lien entre les critères choisis et l'objet du marché^[19].

Le recours à un critère social ou environnemental implique également que celui-ci fasse l'objet de précisions suffisantes afin de permettre la bonne information des candidats. Ont pu ainsi être censurés un sous-critère relatif à l'« organisation générale du service dont la prise en compte des spécificités du territoire et les mesures environnementales », dès lors que le dossier ne comportait pas suffisamment d'informations quant aux attentes de l'acheteur^[20], ou un critère fondé sur « la qualité architecturale, environnementale, d'ambiance et de vie pour les résidents » pour lequel l'acheteur s'est contenté de rares indications sur l'aspect environnemental et de quelques éléments en matière architecturale^[21]. Un sous-critère renvoyant à l'« intégration du développement durable et soutenable dans l'organisation de la prestation » est également insuffisamment défini, eu égard à l'ambiguïté que peut receler la notion de développement durable^[22].

L'acheteur qui souhaite accorder une place au développement durable au sein des critères d'attribution doit donc être vigilant et s'assurer que leur utilisation respecte les conditions de légalité applicables à ces critères. Outre l'existence d'un lien avec le marché en cause, il

[10] Sous réserve de l'application de l'article R. 2152-8 du CCP : « En cas de dialogue compétitif et pour les partenariats d'innovation, l'offre économiquement la plus avantageuse est identifiée sur la base d'une pluralité de critères conformément aux dispositions du 2° de l'article R. 2152-7 ».

[11] CAA Lyon 20 avril 2017, Département de la Nièvre, req. n° 15LY01022.

[12] CE 23 novembre 2011, CU Nice Côte-d'Azur, req. n° 351570, *Rec. CE* tables.

[13] CCP, art. L. 2152-8.

[14] CE 15 février 2013 SFR, req. n° 363854, *Rec. CE* tables.

[15] CAA Paris 14 mars 2017, SIETREM, req. n° 16PA02230.

[16] CJCE 4 décembre 2003, EVN AG et autres c/ Autriche, aff. C-448/01 ; voir également CAA Lyon 3 octobre 2013, Société Faure Vercors, req. n° 12LY02248.

[17] CE 25 mai 2018, Nantes Métropole, req. n° 417580.

[18] CAA Douai 29 novembre 2011 Région Nord-Pas-de-Calais, req. n° 10DA01501

[19] « Les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux, fournitures ou services objet du marché, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie sont réputées liées à l'objet du marché. Elles peuvent notamment se rapporter à un processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation ou à un processus spécifique lié à un autre stade du cycle de vie, même lorsque ces éléments ne ressortent pas des qualités intrinsèques des travaux, fournitures ou services ».

[20] TA Caen 14 novembre 2017, req. n° 1701899.

[21] CAA Douai 19 avril 2012, Hôpital local de Saint-Valery-sur-Somme, req. n° 11DA00142.

[22] CAA Paris 21 mai 2013, SIETOM, req. n° 12PA01701.

convient d'établir des critères, ou le cas échéant des sous-critères, suffisamment précis et explicites afin que les candidats aient parfaitement connaissance des attentes de l'acheteur sur ces aspects. Leur pondération doit également être maîtrisée et indiquée dans les documents de la consultation⁽²³⁾. C'est notamment afin d'éviter de tels écueils que l'article R. 2152-10 du Code de la commande publique impose à l'acheteur qui se fonde sur le coût du cycle de vie d'indiquer « les données que doivent fournir les soumissionnaires et la méthode qu'il utilisera pour déterminer le coût du cycle de vie sur la base de ces données ». De même, les articles

(23) TA Limoges 18 février 2010, SARL SOGEO, req. n° 0801252 : dans cette affaire, le juge a considéré qu'un sous-critère relatif à la performance environnementale aurait dû être pondéré dès lors qu'il était assimilable à un critère au regard de l'importance qui lui était accordée dans les documents de la consultation.

R. 2111-14 à R. 2111-16 encadrant le recours aux labels au titre des critères d'attribution prévoient expressément que ceux-ci reposent sur des critères objectivement vérifiables et non-discriminatoires, qu'ils présentent un lien avec l'objet du marché et que l'acheteur exigeant un label particulier « accepte tous les labels qui confirment que les caractéristiques exigées dans le cadre du marché sont remplies ».

L'ouverture du droit de la commande publique aux critères sociaux et environnementaux, de même que la redéfinition du principal critère économique à travers la notion de coût, est aujourd'hui acquise. Bien qu'elle ait été amorcée il y a une quinzaine d'années, les avancées récentes issues de la refonte de la législation applicable aux marchés publics devraient permettre aux acheteurs de recourir davantage à l'usage de tels critères pour l'examen des offres. Les conditions de leur régularité vis-à-vis des principes fondamentaux de la commande publique pourront quant à elles être davantage précisées par la jurisprudence à venir.