

# Critère environnemental dans la réforme du Code des Marchés Publics

2006

**CNIDEP**



## → SOURCE D'INFORMATION

Cette note de veille réglementaire a été établie à partir des Décrets n° 2004-15 du 7 janvier 2004 et n° 2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006 portant réforme du Code des Marchés Publics.



## → PREAMBULE

Cette note de veille réglementaire concerne aussi bien les établissements publics que sont les chambres consulaires, que les entreprises artisanales qui répondent directement ou indirectement à des marchés publics.



**Note de veille**

# Critère environnemental dans la réforme du Code des Marchés Publics - 2006

## I. Présentation de la réforme / Evolution du Code

### I.1. REFORME DU CODE DES MARCHES PUBLICS DE 2001

Le Code des Marchés Publics avait déjà été réformé par un décret en date du 7 mars 2001. On avait ainsi tenté de simplifier certaines procédures, clarifier de nombreuses règles et les harmoniser avec le droit communautaire. Cependant, on s'est aperçu qu'en pratique les règles de procédures demeuraient bien trop rigides.

### I.2. COMMUNICATION INTERPRETATIVE DE LA COMMISSION EUROPEENNE

**Le 4 juillet 2001, la Commission européenne adopte une « Communication interprétative sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés ».**

L'objet de ce document est d'indiquer les possibilités offertes par le cadre juridique existant en ce qui concerne l'intégration de considérations environnementales dans les marchés publics, offrant ainsi aux acheteurs publics la possibilité de contribuer au développement durable. Il incite les États membres à réfléchir à la manière de mieux utiliser les marchés publics pour favoriser les produits et les services les moins polluants. La Commission relève à juste titre que « *pour les marchés publics cela implique que le cadre législatif devrait tenir compte de préoccupations environnementales outre son but économique premier* ».

### I.3. JURISPRUDENCE DE LA CJCE

Le 17 décembre 2002, la Cour de Justice des Communautés européennes, par un arrêt « Concordia Bus Finland », affirme que « *lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer un marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, il peut prendre en considération des critères relatifs à la préservation de l'environnement pour autant que ces critères soient liés à l'objet du marché, ne confèrent pas audit pouvoir une liberté inconditionnée de choix, sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination* ». La portée de cet arrêt a été confirmée le 4 décembre 2003 par l'arrêt « EVN et Wienstrom contre République d'Autriche ».

### I.4. DECRET DU 7 JANVIER 2004 PORTANT CODE DES MARCHES PUBLICS

Ce décret transpose en droit français différentes directives et s'inspire de l'arrêt « Concordia Bus Finland », s'agissant de l'aspect environnemental. En effet, le décret du 7 mars 2001 était contesté à hauteur d'une vingtaine d'articles par la Commission européenne qui avait menacé la France d'un recours contentieux devant la Cour de justice des communautés européennes pour manquement à ses obligations communautaires.



# Critère environnemental dans la réforme du Code des Marchés Publics - 2006

## II. Points clés de la réforme

### II.1. RELEVEMENT DES SEUILS

Le seuil des procédures formalisées, qui était de 90 000 € HT avant la réforme, est relevé à 150 000 € HT pour l'État et à 230 000 € HT pour les collectivités territoriales pour les marchés de fournitures et de services ; il est porté à 230 000 € HT pour les marchés de travaux.

Ainsi, une proportion plus importante d'achats pourra désormais être passée selon une procédure que l'acheteur public pourra librement déterminer.

### II.2. OBLIGATION DE PUBLICITE POUR TOUS LES MARCHES

De 0 à 90 000 € HT, le maître d'ouvrage a recours à une procédure adaptée et une publicité s'impose, à l'exception des « très petits marchés ». Le choix des modalités de publicité relève de la seule responsabilité de l'acheteur. Il peut recourir notamment à une publication, à un affichage ou à une mise en ligne sur son site web. La publicité réalisée par l'acheteur doit être « suffisante », c'est-à-dire assurer « une mise en concurrence effective ».

De 90 000 à 230 000 € HT (ou 150 000 € HT pour les fournitures et services de l'État), la publicité devra avoir lieu dans le Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics (BOAMP) ou un Journal d'Annonces Légales (JAL) et éventuellement dans un support de presse spécialisée du secteur économique concerné.

Au-delà de 230 000 € HT, pour les fournitures et les services, la procédure est impérativement l'appel d'offre européen, avec publicité dans le BOAMP et le Journal Officiel des Communautés Européennes (JOCE).

### II.3. PRIORITE DONNEE AU DIALOGUE ET A LA NEGOCIATION

Désormais, la négociation est toujours possible en dessous des seuils européens. Pour les marchés plus complexes, la procédure du « dialogue compétitif » permet d'introduire une phase de négociation. Cette procédure combine la rigidité de l'appel d'offre avec la souplesse de la négociation. Elle remplace « l'appel d'offre sur performances ».

### II.4. CRITERES DE SELECTIONS

Le critère des « performances en matière de protection de l'environnement » est désormais un critère possible pour sélectionner les entreprises. Il ne s'agit plus simplement de « conditions d'exécutions ». De plus, une administration pourra parfaitement retenir un candidat sur la base du critère unique du prix. Cela dépendra de « l'objet du marché ».



# Critère environnemental dans la réforme du Code des Marchés Publics - 2006

## II.5. ARTICLES DU CODE RELATIFS A LA PRISE EN COMPTE DE L'ENVIRONNEMENT

- **Article 1<sup>er</sup>** : il introduit dans le Code la notion de développement durable, comme un des objectifs de la commande publique.
- **Article 14** : il permet de prévoir dans le cahier des charges du marché des conditions d'exécutions environnementales.
- **Article 45** : il autorise les acheteurs publics à examiner le savoir-faire des candidats en matière de protection de l'environnement au travers de l'appréciation de leurs capacités techniques.
- **Article 53** : il intègre dans les critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse les caractéristiques environnementales.

**A propos des articles 14 et 53** : il ne faut pas confondre une obligation contractuelle et un critère de choix. Dans le cadre de l'article 14, l'administration intègre bien une obligation que les entreprises doivent respecter dès lors qu'elles deviennent titulaires du marché, même si ces entreprises n'ont pas été choisies pour leurs compétences environnementales. Par contre, quand l'environnement est intégré dans les critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, ceci revient à dire que c'est l'offre intégrant le mieux la protection de l'environnement qui est classée première sur ce critère.

## III. Marchés publics, environnement et artisanat

Le Code des Marchés Publics comprend aujourd'hui les outils nécessaires pour intégrer les préoccupations politiques en matière de défense de l'environnement dans le cadre de la passation des marchés publics. Pour peu que cette volonté politique soit vraiment réelle et mise en œuvre, il est intéressant de se demander quel parti pourront en tirer les PME, en mettant en avant leurs compétences environnementales. Voici donc les hypothèses que l'on peut avancer et les pistes à creuser pour les y aider.

Il faut tout de même préciser dans un premier temps que la prise en compte de l'environnement dans les marchés publics n'est pas encore très développée. Concernant notamment l'article 53, il suffit d'examiner les avis d'appel public à la concurrence dans les revues spécialisées pour se rendre compte que les caractéristiques environnementales des entreprises candidates ne font encore presque jamais partie des critères de jugement des offres. Les critères les plus fréquemment requis sont la valeur technique, le prix et les délais de réalisation.

### III.1. ACCES DES PME AUX MARCHES PUBLICS FACILITE

Certaines procédures ont été facilitées ; il est notamment possible, désormais, de régulariser les erreurs purement formelles commises dans la présentation d'une candidature. Ceci permettrait donc aux petites entreprises peu habituées à ce genre d'exercice de corriger les erreurs de forme, et ainsi de ne pas voir leur projet tout de suite refusé.



# Critère environnemental dans la réforme du Code des Marchés Publics - 2006

D'autre part, l'obligation de publicité, qui s'impose dès le premier euro, permettra aux PME d'être informées de tous les marchés, surtout de ceux de peu d'ampleur, qui peuvent les intéresser directement. Cependant, pour que les artisans s'intéressent effectivement à ce genre de marchés, encore faudra-t-il les y inciter !

## III.2. ROLE DES COLLECTIVITES

La notion de développement durable a été intégrée dans le Code des Marchés Publics dans son article 1<sup>er</sup>. Ce dernier dispose que « *les marchés publics sont des contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 2. Pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. Ils peuvent contribuer au développement durable* ».

Selon le juriste Patrice Cossalter<sup>1</sup>, cette disposition permettrait aux collectivités territoriales d'avoir un intérêt juridique à contribuer au développement durable. « *Un exemple peut illustrer le propos. On peut se poser la question de savoir quel est l'intérêt d'une commune d'acheter du bois pour sa chaudière communale en exigeant que le combustible provienne d'un périmètre inférieur par exemple à 30 kilomètres. On comprend bien sûr l'intérêt au niveau écologique, le transport étant plus gourmand en matière d'énergie. Toutefois, le débat n'est pas là. À notre sens, et jusqu'à ce nouveau Code, une telle clause ne pouvait être intégrée dans un marché public par une collectivité locale faute d'intérêt. Dès lors, au contraire que les marchés publics peuvent contribuer au développement durable, une telle clause devient légale. En d'autres termes, il ne sera plus nécessaire de vérifier l'intérêt de telle ou telle clause au regard des services publics gérés par une collectivité locale. Il suffira d'invoquer l'intérêt de la clause en question pour le développement durable. Il s'agit d'un changement fondamental et à notre avis d'une attribution nouvelle donnée aux collectivités locales* ».

En conséquence, on peut penser qu'une telle disposition pourra élargir les possibilités de contribution à la commande publique aux PME. Toutefois, faudra-t-il encore que les collectivités soient informées des compétences environnementales de ces dernières. C'est pourquoi, il serait intéressant d'effectuer un travail d'information et d'incitation des collectivités (surtout les petites et moyennes communes ?). Il convient d'abord de les informer que le nouveau Code des marchés publics les autorise à prendre en compte l'environnement, puis d'insister sur la qualité du travail fourni par les artisans au niveau environnemental.

Ceci pourrait être fait parallèlement aux stratégies de sensibilisation des artisans aux problématiques environnementales : démontrer que leurs compétences peuvent être appréciées des collectivités et constituer un atout majeur si celles-ci introduisent dans leurs commandes publiques des exigences environnementales. Cette démarche pourra constituer un argument supplémentaire pour convaincre les artisans que la prise en compte de l'environnement dans leur entreprise peut présenter de nombreux avantages.

<sup>1</sup> Cossalter Patrice, « La prise en compte de la protection de l'environnement dans le nouveau Code des Marchés Publics » in Droit de l'environnement N° 116 - mars 2004, p. 38

# Critère environnemental dans la réforme du Code des Marchés Publics - 2006

## III.3. QUESTION DE LA SOUS-TRAITANCE

La plupart du temps, une PME ne peut pas être en possession des moyens suffisants pour répondre seule à une commande publique, même de petite envergure. Par ailleurs, il est très fréquent qu'une grosse entreprise titulaire d'un marché public sous-traite telle ou telle partie du travail qui lui incombe. Par conséquent, c'est dans le cadre de la sous-traitance que les artisans seront le plus concernés par la réforme du Code des Marchés Publics. Tout d'abord, il convient de préciser qu'une grosse entreprise candidate a la possibilité de présenter, et ce dès la première enveloppe, les entreprises avec lesquelles elle compte sous-traiter. Dès lors, si cette entreprise n'a pas elle-même les compétences environnementales nécessaires à la réalisation du marché, elle pourra faire référence aux entreprises sous-traitantes qui, elles, bénéficieraient d'une certaine crédibilité. C'est pourquoi, il faudrait encourager les PME à se mettre en contact avec les entreprises plus conséquentes. Ce procédé est intéressant dans la mesure où il évite à l'artisan l'élaboration d'un dossier qui peut se révéler complexe (et coûteux) et qui se verra sans doute refuser par l'acheteur public, et augmente ses chances de participer à la commande publique. Bien sûr, il faudra mettre l'accent sur la qualité du travail de l'artisan et sur ses compétences en matière d'environnement.

## IV. Présentation du Code des marchés publics 2006

Afin d'harmoniser les dispositions du code des marchés publics avec celles des directives « marchés publics » n° 2004/17 et 2004/18 qui ont été adoptées le 31 mars 2004, le code des marchés publics a été modifié par le Décret n°2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006. Les nouvelles règles qu'il fixe entreront en vigueur le **1<sup>er</sup> septembre 2006**.

Le code des marchés publics se divise désormais en trois parties :

- **Une première partie** qui définit les dispositions applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs, c'est-à-dire l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial et les collectivités territoriales et leurs établissements publics, pour leurs besoins en matière de fournitures, de services et de travaux.
- **Une deuxième partie** qui définit les dispositions applicables aux marchés passés par les entités adjudicatrices, c'est-à-dire les pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils agissent en tant qu'opérateurs de réseaux (cf. eau, électricité, gaz, transports, services postaux). Cette partie détermine en particulier le champ très spécifique de la directive secteurs, qui combine le critère organique avec le critère de l'activité d'opérateurs de réseaux exercée.
- **Une troisième partie** relative aux dispositions diverses qui intègre notamment des dispositions applicables à Saint-Pierre-et-Miquelon.



# Critère environnemental dans la réforme du Code des Marchés Publics - 2006

## IV.1. INTEGRATION DE L'ENSEMBLE DES DISPOSITIONS DES DEUX DIRECTIVES « MARCHES PUBLICS »

Les principales nouveautés portent sur :

### a) La reconnaissance de spécifications techniques au service d'une meilleure définition des besoins

S'agissant des spécifications techniques, la seule référence à des normes n'est plus la seule règle puisque l'acheteur peut également exprimer les caractéristiques de son marché en termes de performances à atteindre ou d'exigences fonctionnelles. Il s'agit dans ce cas d'exprimer un résultat à atteindre sans pour autant préciser le moyen technique à utiliser pour y arriver. Cette modification offre aux acheteurs une plus grande liberté pour définir leurs besoins tout en conservant un degré de précision indispensable.

**Parmi les spécifications techniques, et afin de promouvoir le développement durable, les caractéristiques environnementales, avec l'introduction notamment des écolabels, peuvent désormais être prises en compte.**

### b) L'introduction de nouvelles procédures de marchés

L'ensemble des nouvelles procédures qui figurent dans les directives « marchés publics » ont été introduites dans le code. Il s'agit :

#### ■ **de la procédure des accords-cadres et des nouveaux marchés à bons de commande**

D'origine communautaire, le mécanisme des accords-cadres existait pour les seuls marchés passés par les entités adjudicatrices. Il est étendu à l'ensemble des marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs.

L'accord-cadre n'est pas en soi un marché, mais un contrat conclu par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs avec un ou plusieurs opérateurs économiques, qui a pour objet d'établir les termes régissant des marchés à passer ultérieurement. Ces dispositions spécifiques permettent à un pouvoir adjudicateur d'être dispensé des procédures de passation pour les marchés consécutifs à un accord-cadre passé en conformité avec les procédures de la directive.

De surcroît, une nouvelle définition des marchés à bons de commandes, forme intégrée d'accords-cadres où les termes des marchés à passer ultérieurement sont déjà tous définis, largement inspirée de la formule du marché à bons de commande utilisé en droit français depuis longtemps, est également introduite dans le code. L'émission des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires, selon des modalités expressément prévues par le marché.

#### ■ **du système de qualification des opérateurs économiques pour les seules entités adjudicatrices**

Le code reprend les dispositions permettant la mise en place d'un système de qualification des entreprises. Le système de qualification des opérateurs économiques est un système de présélection d'opérateurs jugés aptes à réaliser tel ou tel type de prestation. Il constitue un vivier dans lequel l'entité adjudicatrice peut choisir les futurs titulaires de ses marchés. L'entité adjudicatrice peut même recourir à un système de qualification mis en place par un tiers.

# Critère environnemental dans la réforme du Code des Marchés Publics - 2006

## ■ *du système d'acquisition dynamique*

Le système d'acquisition dynamique (S.A.D.) est un processus d'acquisition entièrement électronique pour des achats d'usage courant, dont les caractéristiques généralement disponibles sur le marché satisfont aux besoins du pouvoir adjudicateur. Il est limité dans le temps et ouvert pendant toute sa durée à tout opérateur économique satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre indicative conforme au cahier des charges. Le S.A.D. combine en une seule procédure les avantages du système de qualification des opérateurs économiques, des accords-cadres avec l'utilisation des moyens électroniques.

## c) **L'introduction de nouvelles dispositions destinées à favoriser la dématérialisation des marchés publics**

- Les possibilités de recours à la dématérialisation sont étendues pour une plus grande efficacité des procédures, notamment du fait de la réduction des délais de réception des candidatures et des offres lorsque les avis sont envoyés à la publication par voie électronique ou lorsque l'accès aux documents de la consultation est possible par voie électronique.
- L'envoi d'une copie de sauvegarde est autorisé lors de la transmission des candidatures et des offres par voie électronique.

## d) **L'insertion d'une deuxième partie dédiée aux opérateurs de réseaux**

Le code des marchés publics transpose, dans sa deuxième partie, aux opérateurs de réseaux entrant dans son champ d'application, l'ensemble des souplesses contenues dans la directive sectorielle 2004/17/CE qui étaient incomplètement retranscrites jusque-là.

## **IV.2. MESURES VISANT A FAVORISER L'ACCES DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES EUROPEENNES A LA COMMANDE PUBLIQUE**

Afin de promouvoir l'égal accès des petites et moyennes entreprises (PME) aux marchés publics, un certain nombre de mesures spécifiques ont été adoptées :

- tous les marchés seront passés en lots séparés sauf si cet allotissement présente un inconvénient technique, économique ou financier ;
- l'absence de référence à de précédents marchés de même nature ne peut constituer un critère éliminatoire de candidature ;
- la nécessaire proportionnalité des critères de candidatures à l'objet et aux caractéristiques du marché est affirmée ;
- la possibilité d'un quantum de petites et moyennes entreprises parmi les candidatures admises à présenter une offre lorsque ce nombre est limité par l'acheteur public ;
- la possibilité de demander aux candidats d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers, notamment à des petites et moyennes entreprises ;
- l'obligation pour les acheteurs de mesurer et rendre compte des commandes passées aux PME est imposée.

# Critère environnemental dans la réforme du Code des Marchés Publics - 2006

## IV.3. NOUVELLES SIMPLIFICATIONS OU AJUSTEMENTS APPORTÉS AU CODE DES MARCHES PUBLICS ADOPTÉ EN 2004

Il s'agit de mesures de simplification et d'éclaircissement au bénéfice des acteurs de la commande publique. Au nombre des ajustements apportés figurent notamment :

- la disparition de la notion de personne responsable du marché.

La notion de personne responsable du marché est abandonnée. Elle est remplacée par le terme générique issu du droit communautaire de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice désormais introduites dans le droit français.

Les pouvoirs adjudicateurs soumis au code sont l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et l'ensemble de leurs établissements publics.

La spécificité de la notion d'entité adjudicatrice est de combiner deux critères : un critère personnel ou organique qui, à l'instar de la notion de pouvoir adjudicateur, tient compte de la qualité de la personne et un critère matériel qui tient compte de l'activité exercée par cette personne. Les entités adjudicatrices soumises au code des marchés publics sont donc les pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils agissent en tant qu'opérateurs de réseaux ;

- à l'article 51, des souplesses s'agissant des règles applicables aux groupements d'entreprises, et notamment la possibilité de modifier leur composition, sont introduites ;

- une meilleure prise en compte des situations d'urgence, par l'instauration de formalités allégées ;

- la réécriture de la procédure du dialogue compétitif, préservant désormais plus complètement la confidentialité des offres.

Le cahier des charges que devait rédiger le pouvoir adjudicateur en milieu de procédure n'est plus imposé ;

- la prise en compte du travail effectué par les fournisseurs, en cas de livraison de maquettes ou d'échantillons, grâce au versement d'une prime en cas d'investissement significatif ;

- une réécriture de la procédure du marché de définition afin de rendre cette procédure compatible avec les principes du droit communautaire et d'éviter tout risque de contentieux.

