

COMMANDE PUBLIQUE

Développement durable : « Elaborer des outils et former les acheteurs publics »

Gabriel Zignani | Actu juridique | France | Publié le 23/09/2021

Laure Bédier, directrice des affaires juridiques des ministères économiques et financiers, fait le point pour la Gazette des communes sur les dossiers chauds de 2021 et 2022.

[1]

Laure Bédier – Directrice des affaires juridiques de Bercy**La loi Climat a fait le choix de la contrainte, en imposant notamment l’obligation (à venir) d’intégrer un critère et une clause environnementale dans les marchés publics. Pourquoi avoir fait ce choix ?**

Le projet de loi Climat qui a été présenté reprenait les propositions de la Convention citoyenne. Les mesures qu’il portait étaient pour la plupart comprises dans ces propositions, avec un objectif partagé par tous : faire participer la commande publique – et ses 200 milliards d’euros annuels – à la transition écologique.

Les acheteurs publics pouvaient déjà intégrer des spécifications techniques, des critères d’analyse ou des conditions d’exécution prenant en compte la performance environnementale. C’était une possibilité, cela deviendra effectivement une obligation dans cinq ans.

Ce délai doit permettre aux acheteurs et aux entreprises de se préparer à cette échéance. Nous avons un enjeu d’accompagnement des acheteurs dans l’appropriation de ces nouvelles dispositions, et nous avons cinq ans pour le faire. Le prochain PNAD (Plan national d’action pour des achats durables) comprendra d’ailleurs des outils pour aider à satisfaire la prise en compte des enjeux du développement durable.

- Loi climat : la commande publique mise à contribution [2]

Des voix se lèvent pour dire que selon l’objet du marché, l’intégration d’un critère

environnemental pourrait ne pas être opportune. Est-ce vrai ?

Il nous semble que les cas où il ne sera pas possible d'intégrer un critère environnemental seront marginaux. Le critère pourra de toute façon aussi s'appuyer sur les textes et les normes en vigueur. Il pourra ainsi être apprécié, par exemple, en fonction de la plus ou moins grande capacité des offres à satisfaire les normes en vigueur, ou en accordant une meilleure note aux entreprises qui proposent des solutions qui vont au-delà des exigences minimales. Ces exemples permettent de remplir sans trop de difficulté l'obligation de critère environnemental. Il est possible qu'il y ait des cas où les prestations seront d'une telle nature qu'elles ne pourront pas se prêter à des critères ou des clauses environnementales, mais nous ne les avons pas identifiés pour le moment.

Les nouveaux CCAG donnent-ils satisfaction ? Est-ce qu'on doit s'attendre à des modifications ?

Nous avons des retours positifs. Ce qui est normal puisque nous avons élaboré ces CCAG en collaboration avec les acheteurs et les entreprises. Il reste encore quelques coquilles, quelques erreurs qui nous ont été signalées par les praticiens qui les utilisent : elles seront corrigées prochainement par un arrêté, publié aux alentours du 1er octobre.

- Notre dossier : Les nouveaux cahiers des clauses administratives générales [3]

Comment doivent agir les acheteurs sur les accords-cadres sans maximum ?

La CJUE a en effet rebattu les cartes avec son arrêt « Simonsen & Weel » [4]. Le juge européen a commencé par reconnaître que la directive 2014/24/UE et ses annexes n'exigeaient pas expressément un maximum dans les accords-cadres. Il y avait juste une obligation d'estimation, qui pouvait être approximative. Toutefois, après avoir dit cela, la Cour a jugé que l'absence d'un maximum contraignant pouvait conduire, lorsque les achats au final étaient effectués pour un montant beaucoup plus important que le montant estimatif, à méconnaître les principes européens de transparence et de sécurité juridique pour les entreprises titulaires. C'est une règle interprétée par la CJUE, elle n'est donc pas d'application directe, c'est pourquoi nous avons pris des mesures de transposition en droit interne avec un décret du 23 août, tout en laissant à l'acheteur un temps d'adaptation. Nous avons adopté rapidement le décret pour nous mettre en conformité avec cette décision, mais nous avons prévu une application différée au 1er janvier 2022.

En pratique, et notamment au vu des ordonnances divergentes des tribunaux administratifs dans le cadre de référés, il est plus prudent pour les acheteurs, lorsque c'est possible, de prévoir dès à présent un montant maximum. Cela minimise les risques, et donne plus de visibilité aux opérateurs économiques.

- Un décret vient interdire les accords-cadres sans maximum [5]

Certaines collectivités ne semblent pas prêtes pour l'entrée en vigueur de l'obligation d'acheter des fournitures issues du recyclage, du réemploi ou de la réutilisation de la loi Economie circulaire. Que peuvent/doivent-ils faire ?

C'est l'article 58 de la loi AGECE [6], avec un décret d'application paru en mars dernier, qui prévoit l'obligation pour un certain nombre d'acheteurs d'acquiescer entre 20 et 40 % de biens issus du réemploi. Le décret a fixé 17 produits ou catégories de produits concernés.

Pour accompagner cette obligation, le ministère de la Transition écologique a mis en place une notice d'explication et un espace d'échanges via le réseau RAPIDD, qui est accessible à tous les acheteurs. Je conseille aux acheteurs de s'y référer.

A noter qu'il y a une exception à cette obligation lorsque l'acheteur est confronté à une contrainte technique significative. De plus, nous allons organiser une collecte des données des marchés concernés en 2022, afin d'alimenter un bilan de ce dispositif. Dans ce cadre, nous allons mettre à disposition un tableur téléchargeable sur

l'outil actuel de recensement REAP. Nous sommes en période de concertation avec des acheteurs pour faire en sorte que ce tableur soit le plus simple possible. Il sera bientôt annexé à l'arrêté prévu pour la déclaration REAP.

- Economie circulaire : les acheteurs publics "au pied du mur" [7]

La loi Séparatisme vient mettre à contribution les acheteurs publics pour assurer le respect des principes d'égalité, de laïcité et de neutralité. Concrètement, que doivent-ils faire ?

C'est en partie un rappel des obligations déjà présentes, pour les acheteurs publics, de respect des principes d'égalité, de laïcité et de neutralité par toute personne se voyant confier une mission de service public.

Il y a quand même, au-delà de ce rappel, des dispositions nouvelles pour les acheteurs, notamment l'obligation de fixer dans les contrats les modalités de contrôle, et les sanctions applicables en cas de manquement. Là aussi, on a prévu un délai permettant aux acheteurs de s'adapter. Cela ne s'applique intégralement qu'aux contrats lancés après l'entrée en vigueur de la loi. Pour les contrats en cours d'exécution, cela ne s'applique qu'aux contrats dont le terme intervient après le 25 février 2023.

Pour accompagner les acheteurs, nous sommes en train de travailler (sous l'égide du ministère de l'Intérieur) à l'élaboration d'une circulaire.

- Loi séparatisme : Bercy revient sur les conséquences du texte pour les acheteurs publics [8]

Que faut-il attendre du nouveau PNAD ?

L'objectif, c'est de faire des progrès concrets dans la prise en compte des enjeux de développement durable dans la commande publique, et pour cela d'élaborer des outils et de former les acteurs de la commande publique.

A la DAJ, nous suivons particulièrement le renforcement des indicateurs, afin d'avoir une meilleure visibilité sur le respect des obligations qui concernent le développement durable. Actuellement, pour ce qui concerne les clauses sociales et environnementales, les acheteurs n'ont l'obligation de déclarer à l'OECP que les marchés supérieurs à 90 000 euros HT. Il n'y a donc qu'une partie des marchés comportant de telles clauses qui sont déclarés et recensés. Nous allons faire en sorte que les marchés soumis aux données essentielles soient aussi concernés par ce recensement. Cela se fera grâce à la fusion des données du recensement et des données essentielles.

- Les acheteurs et décideurs priés de s'exprimer sur le nouveau plan national pour des achats durables [9]

Qu'est-ce qui attend les acheteurs dans les semaines et mois à venir ?

Il y a eu beaucoup de modifications durant les mois passés : loi ASAP, loi Climat, loi sur les principes républicains. Il y a aussi eu des modifications réglementaires, sur les avances par exemple. Il faut maintenant que les acheteurs et les entreprises puissent intégrer ces mesures pour les appliquer pleinement.

Il y aura tout de même quelques chantiers, nous venons d'en évoquer plusieurs.

Il y aura aussi le décret d'application de la loi Climat et résilience, puisqu'il faut modifier la partie réglementaire du code de la commande publique pour supprimer le critère unique du prix. Ce décret devrait être publié d'ici le début de l'année prochaine, avec une entrée en vigueur différée, dans cinq ans.

Nous réfléchissons aussi actuellement à la pérennisation du dispositif « Achats innovants », dont l'expérimentation se termine à la fin de l'année. Un rapport de bilan est en cours de publication.

Enfin, en matière de numérisation de la commande publique, nous travaillons avec l'Agence pour l'informatique financière de l'État (l'AIFE) pour préparer pour 2022 les formulaires d'avis de publicité nationaux et européens, totalement dématérialisés.

POUR ALLER PLUS LOIN

- Un guide pour privilégier les offres européennes dans les marchés publics de fournitures réseaux
- Bercy veut convaincre les entreprises de participer aux marchés publics