

ENVIRONNEMENT ET MARCHES PUBLICS

**évolution des modalités juridiques d'intégrations des
considérations environnementales
dans les marchés publics**

Une étude réalisée par :

**Maître Yves-René GUILLOU
et son équipe de droit public des affaires
et de la régulation**

avec le soutien de l'ADEME

ADEME



Agence de l'Environnement
et de la Maîtrise de l'Energie

Novembre 2004

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	3
I. PRÉSENTATION DE L'ÉVOLUTION.....	4
A - LES SOLUTIONS DÉGAGÉES POUR L'INTÉGRATION DES CONSIDÉRATIONS SOCIALES.....	4
§ 1. La circulaire du 29 décembre 1993 : l'interdiction d'utiliser des considérations sociales pour le choix de l'offre la mieux-disante.....	4
§ 2. L'arrêt <i>Beentjes</i> du 20 septembre 1998 : les considérations sociales peuvent être introduites comme une condition d'exécution du marché.....	5
§ 3. L'arrêt <i>Commission c/ France</i> du 26 septembre 2000 : la reconnaissance de la légalité de critères d'attribution à dimension sociale ?.....	7
§ 4. La position du Conseil d'Etat : l'interdiction d'insérer des critères d'attribution à vocation sociale ?.....	9
B - L'APPLICATION AUX CONSIDÉRATIONS ENVIRONNEMENTALES DES SOLUTIONS DÉGAGÉES POUR L'INTÉGRATION DES CONSIDÉRATIONS SOCIALES.....	11
§1. L'arrêt <i>Concordia</i> du 17 septembre 2002 : la légalité des critères d'attribution à caractère environnemental.....	11
§2. L'arrêt <i>Wienstrom</i> du 4 décembre 2003 : l'illustration du principe posé par l'arrêt <i>Concordia</i>	12
C. LA LÉGISLATION CONFIRMATIVE DES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES.....	17
§ 1. Le paquet législatif communautaire.....	17
§ 2. Le Code des marchés publics issu du décret du 7 janvier 2004.....	17
II. LES MODALITÉS D'INTÉGRATION DES CONSIDÉRATIONS ENVIRONNEMENTALES DANS LES MARCHÉS PUBLICS.....	20
§ 1. La définition de l'objet et du cadre du marché (art.5).....	20
§ 2. Les conditions d'exécution du marché (art.14).....	20
§ 3. La sélection des candidats (art.45).....	25
§ 4. Les critères de choix des offres(art.53).....	28
CONCLUSION.....	34
LEXIQUE.....	35

INTRODUCTION

La présente étude a pour objet de permettre aux acheteurs publics de connaître les modalités d'intégration des considérations environnementales dans les marchés publics.

Nous n'utiliserons pas le terme de « *clauses environnementales* » dans la mesure où cette expression renvoie à des stipulations contractuelles écrites, alors que les « *considérations environnementales* » peuvent ne pas être formalisées au sein d'une clause.

La prise en compte dans les marchés publics de considérations environnementales a fait l'objet d'une évolution dans les vingt dernières années.

Celle-ci sera retracée de façon synthétique afin d'apporter aux acteurs concernés l'ensemble des données nécessaires à la compréhension de la situation juridique actuelle, laquelle sera présentée dans un second temps.

I. PRESENTATION DE L'EVOLUTION

A - LES SOLUTIONS DEGAGEES POUR L'INTEGRATION DES CONSIDERATIONS SOCIALES

Les solutions jurisprudentielles dégagées en matière d'intégration des considérations environnementales dans les marchés publics sont relativement récentes.

En revanche, dès le début des années 90, les juridictions nationales et communautaires sont amenées à se prononcer sur la légalité de l'intégration de considérations d'ordre social dans les marchés publics. Ces décisions vont constituer les prémisses des solutions relatives à l'introduction de considérations environnementales dans les marchés publics.

En effet, bien que le but recherché par les acheteurs publics soit différent selon qu'ils souhaitent donner une dimension sociale ou une dimension écologique à leurs marchés publics, les conditions de légalité présidant à l'introduction de ces deux types de considérations sont les mêmes.

Ainsi, même si les juges n'ont d'abord été amenés qu'à se prononcer sur la légalité de l'introduction de considérations sociales dans les marchés publics, ils tiendront plus tard une analyse juridique similaire s'agissant des modalités de prise en compte de considérations environnementales dans les marchés publics.

C'est pourquoi, pour comprendre les règles applicables aux modalités d'intégration de considérations environnementales, il est nécessaire de tenir compte des solutions dégagées, tant par la réglementation que par la jurisprudence, en matière sociale.

§ 1. La circulaire du 29 décembre 1993 : l'interdiction d'utiliser des considérations sociales pour le choix de l'offre la mieux-disante

L'un des premiers éléments de réponse apporté à la question de savoir si l'introduction de considérations à caractère social était légale a été fourni par une circulaire interministérielle du 29 décembre 1993.

Celle-ci autorisait, au titre des [critères d'attribution](#) des marchés publics, l'insertion d'un [critère additionnel](#) relatif à la création d'emplois et à la formation professionnelle en sus des critères d'attribution visés par les articles 97 et 300 de l'ancien Code des marchés publics.

Cette circulaire précisait que :

« La qualité de l'offre relative au critère additionnel d'emploi et de formation de demandeurs d'emploi ne peut, en elle-même, compenser des garanties techniques ou financières non satisfaisantes, une offre insuffisamment adaptée aux besoins exprimés par la collectivité publique ou un prix inférieur à celui d'un concurrent – Les propositions qui pourraient être faites à ce titre ne sauraient favoriser un candidat par rapport à d'autres entreprises qui auraient présenté des offres équivalentes, notamment au regard du critère du prix et de la qualité technique de la prestation (...) »

La circulaire précisait donc que, en aucun cas, les propositions des candidats en matière d'emplois et de formations professionnelles ne pourraient suppléer ou même influencer sur le choix de l'offre.

En d'autres termes, ce « *critère* » social ne constituait pas un véritable critère d'attribution dès lors qu'il était interdit par la circulaire d'en tenir compte pour départager les offres.

Le Conseil d'Etat, saisi d'une demande d'annulation de cette circulaire, considéra, dans un arrêt du 10 mai 1996, *FNTP*, que ces dispositions :

« constituent une simple déclaration d'intentions, destinée à marquer l'intérêt porté par les cocontractants aux questions relatives à l'emploi et à la formation professionnelle, sans que cette déclaration d'intentions puisse constituer un critère de choix qui se substituerait aux critères réglementaires des articles 97 et 300 du code des marchés publics, ou même se bornerait à compléter ces critères réglementaires. »

Le Conseil d'Etat estimait donc que le « *critère* » additionnel visé par la circulaire ne pouvait pas constituer un critère d'attribution. Il en déduisit que l'introduction de ce « *critère* » dans les appels d'offres ne constituait qu'une manifestation de la volonté de l'acheteur public d'encourager des démarches en faveur de l'emploi et de la formation professionnelle.

En conséquence, cette circulaire ne permettait pas aux acheteurs publics de faire des propositions des candidats en matière sociale un critère de choix de l'offre parmi les autres.

§2. L'arrêt Beentjes du 20 septembre 1998 : les considérations sociales peuvent être introduites comme une condition d'exécution du marché

Dans un arrêt du 20 septembre 1988, *Beentjes BV contre Etat des Pays-Bas*, la Cour de justice des Communautés européennes a été amenée à se prononcer sur la légalité de l'exclusion d'un soumissionnaire pour « *incapacité de l'entrepreneur d'employer des chômeurs de longue durée.* »

- La première difficulté que devait résoudre la Cour de justice était de savoir si ce fondement de l'exclusion du soumissionnaire devait s'analyser en une [condition d'exécution](#) du marché ou en un [critère d'attribution](#) du marché.

Cette distinction entre condition d'exécution du marché et critère d'attribution constitue une distinction permanente qui représente la difficulté récurrente s'agissant de l'intégration des considérations environnementales dans les marchés publics.

En effet, les conditions d'exécution ne jouent pas le même rôle que les critères d'attribution.

Les **conditions d'exécution** sont des prescriptions que l'offre proposée doit respecter. Ainsi, les soumissionnaires sont toujours obligés de proposer une offre qui respecte les conditions d'exécution du marché.

Le **critère d'attribution** sert, en revanche, à juger l'offre. L'offre doit donc seulement tendre à être la meilleure, sur la base de l'ensemble des critères d'attribution, pour être considérée comme la mieux-disante.

En outre, condition d'exécution du marché et critères d'attribution ne répondent pas aux mêmes règles. Il était donc indispensable de déterminer la nature des considérations d'ordre social introduites en l'espèce pour déterminer la légalité de leur prise en compte.

Dans l'espèce de l'arrêt *Beentjes*, la [Cour de justice des Communautés européennes](#) résolut la question ainsi :

« 28. En ce qui concerne l'exclusion d'un soumissionnaire du fait qu'il ne serait pas en mesure d'employer des chômeurs de longue durée, il convient de constater d'abord qu'une telle condition n'a trait ni à la vérification de l'aptitude des entrepreneurs sur la base de leur capacité économique, financière et technique, ni aux critères d'attribution du marché dont il est question à l'article 29 de la directive. »

La Cour de justice considéra donc que, en l'espèce, le fait d'exclure un soumissionnaire en raison de son incapacité à employer des chômeurs de longue durée ne constituait ni un critère permettant de sélectionner les candidatures, ni un critère permettant de juger les offres des soumissionnaires.

Pourquoi cette analyse ?

Dans cette affaire, le [pouvoir adjudicateur](#) avait éliminé un candidat parce qu'il n'avait pas la capacité d'employer des chômeurs de longue durée. S'il s'était agi d'un critère de jugement des candidatures ou des offres, le soumissionnaire n'aurait pas été éliminé. Son offre aurait été jugée à travers l'ensemble des critères d'attribution et notamment celui de la capacité à employer des chômeurs de longue durée. Puis, son offre aurait été classée avec les offres des autres soumissionnaires.

En éliminant une offre sur le seul fondement de l'incapacité du soumissionnaire à employer des chômeurs de longue durée, le pouvoir adjudicateur avait manifesté son intention de faire de cette capacité une obligation à respecter par les offres, c'est-à-dire une condition d'exécution du marché. En d'autres termes, les entreprises souhaitant soumissionner avaient l'obligation d'employer des chômeurs de longue durée pour que leur offre soit conforme à l'objet du marché.

- Après avoir déterminé qu'**il s'agissait d'une condition d'exécution** du marché, la Cour devait se prononcer sur la légalité d'une condition d'exécution du marché tendant à imposer que les entreprises candidates emploient des chômeurs de longue durée.

La Cour de justice considéra que :

« Il résulte de l'arrêt du 9 juillet 1987, précité, que pour être compatible avec la directive, une telle condition doit respecter toutes les dispositions pertinentes du droit communautaire, et notamment les interdictions qui découlent des principes consacrés par le Traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services. »

Elle précisa, s'agissant du cas d'espèce :

*« L'exigence d'employer des chômeurs de longue durée pourrait notamment enfreindre **le principe de non-discrimination** en raison de la nationalité consacré par l'article 7, paragraphe 2 du Traité au cas où il s'avèrerait qu'une telle condition a ou non une incidence discriminatoire directe ou indirecte. »*

La Cour de justice ne condamne donc pas le principe de l'introduction de conditions d'exécution à caractère social. **Les pouvoirs adjudicateurs peuvent donc légalement introduire des conditions d'exécution du marché à dimension sociale.**

En revanche, la Cour de justice des Communautés européennes encadre la possibilité d'introduire de telles exigences. Elle y pose, ainsi, comme limite le respect des principes fondamentaux posés par le Traité. Ainsi, pour qu'un pouvoir adjudicateur puisse imposer aux soumissionnaires que leurs offres respectent certaines conditions à caractère social, il est nécessaire que cette condition ne crée pas de discrimination entre les candidats potentiels.

En outre, la Cour de justice des Communautés européennes apporte des précisions sur les conditions formelles que doivent respecter les conditions d'exécution à caractère social :

« Même si les critères dont il est question ci-dessus ne sont pas en tant que tel incompatibles avec la directive, leur mise en œuvre doit avoir lieu dans le respect de toutes les normes procédurales de la directive, et notamment les règles de publicité qu'elle contient. »

La Cour rappelle, ainsi, le principe de la soumission de ces conditions d'exécution aux règles issues des directives communautaires relatives à la passation des marchés publics et notamment aux règles de publicité qu'elles contiennent.

En conclusion, la Cour de justice des Communautés européennes dégage la solution de principe suivante : les pouvoirs adjudicateurs sont autorisés à introduire, au titre des conditions d'exécution de leurs marchés publics, des considérations d'ordre social, à condition que les exigences qui en découlent à l'égard des soumissionnaires n'aient pas d'effet discriminatoire entre les entreprises susceptibles de soumissionner et sous réserve que, comme pour l'ensemble des marchés publics, ces conditions soient introduites dans le marché conformément aux règles relatives à la passation des marchés publics.

§ 3. L'arrêt Commission c/ France du 26 septembre 2000 : la reconnaissance de la légalité de critères d'attribution à dimension sociale ?

Dans un arrêt du 26 septembre 2000, *Commission c/ France*, la Cour de justice des Communautés européennes eut à se prononcer sur la légalité de l'utilisation d'un véritable critère d'attribution à caractère social pour déterminer le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Elle considéra :

« Il convient de constater, à titre liminaire, que, par ce grief, la Commission reproche à la République française une violation de l'article 30, paragraphe 1, de la directive 93/37 consistant en la pure et simple mention du critère lié à la lutte contre le chômage dans certains des avis de marché litigieux en tant que critère d'attribution.

Il y a lieu de rappeler que, conformément à l'article 30, paragraphe 1, de la directive 93/37, les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent se fonder pour attribuer les marchés sont soit uniquement le prix le plus bas, soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables suivant le marché en question, comme le prix, le délai d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la valeur technique.

Néanmoins, cette disposition n'exclut pas toute possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'utiliser comme critère une condition liée à la lutte contre le chômage pourvu que cette condition respecte tous les principes fondamentaux du droit communautaires, et notamment le principe de non-discrimination tel qu'il découle des dispositions du traité en matière de droit

d'établissement et de libre prestation des services (voir, en ce sens, arrêt Beentjes, précité, point 29). »

En l'espèce, la Cour de justice avait donc à juger de la légalité, non pas d'une condition d'exécution du marché, mais d'un véritable critère d'attribution.

La Cour, se référant à l'arrêt *Beentjes* précité, considéra que l'introduction d'un critère d'attribution à caractère social était parfaitement légale sous réserve du respect des principes fondamentaux du droit communautaire et des règles procédurales applicables à la passation des marchés publics. En d'autres termes, la Cour transposait, dans cette affaire, les principes dégagés dans l'arrêt *Beentjes* et reconnaissait la légalité de l'utilisation de critère d'attribution à dimension sociale.

Pourtant, à notre sens, la Cour commit dans cette espèce une erreur d'interprétation sur le sens de l'arrêt *Beentjes*.

Dans l'arrêt du 26 septembre 2000, une divergence d'interprétation était intervenue entre la Commission et la Cour de justice.

La position de la Commission était exprimée en ces termes :

*« La Commission fait valoir que, en présentant explicitement, dans un certain nombre d'avis de marché, comme critère d'attribution une condition relative à l'emploi, liée à une action locale de lutte contre le chômage, les autorités française ont violé l'article 30 de la directive 93/37. La Commission reconnaît que la prise en compte d'actions liées à l'emploi peut être considérée comme une **condition d'exécution au sens de la jurisprudence Beentjes** (arrêt du 20 septembre 1988, 31/87, Rec. P.4635, points 28 et 37), mais elle relève que, **en l'occurrence, cette possibilité a été qualifiée de critère d'attribution** dans les avis de marché en cause. »*

La Commission interprète donc l'arrêt *Beentjes* comme relatif aux conditions d'exécution du marché et non comme portant sur les critères d'attribution du marché.

La Cour de justice, quant à elle, interprète l'arrêt *Beentjes* comme autorisant l'insertion de considération sociale comme critère d'attribution.

Une partie conséquente de la doctrine en a déduit que, non seulement l'arrêt *Beentjes* était un arrêt précurseur en matière de reconnaissance de la légalité de critères d'attribution à caractère social, mais également que le droit communautaire autorisait sans restriction l'intégration de critère d'attribution à caractère social pour le choix des offres.

A notre sens, l'arrêt *Beentjes* ne peut pas être interprété de cette manière. En effet, comme nous l'avons indiqué précédemment, la Cour de justice, dans l'arrêt *Beentjes* procède à l'analyse du critère en cause. **Elle déduit de son analyse qu'il ne peut pas s'agir, en l'espèce, d'un critère d'attribution.**

Dès lors, l'interprétation que la Cour de justice, dans l'arrêt *Commission c/ France*, opère de l'arrêt *Beentjes*, nous semble erronée. Elle conduit, en outre, à des conséquences juridiques peu satisfaisantes. En effet, les règles applicables aux conditions d'exécution des marchés et les règles régissant les modalités de mise en œuvre des critères d'attribution diffèrent. En appliquant la solution dégagée par l'arrêt *Beentjes*, s'agissant des conditions d'exécution du marché, aux critères

d'attribution, l'arrêt de la Cour de justice conduit à soumettre les modalités de choix des critères d'attribution au seul respect des principes et règles applicables aux conditions d'exécution, ces derniers n'étant que la reprise des règles et principes applicables à tout marché public.

En conclusion, l'arrêt *Commission c/ France* doit être utilisé avec prudence en ce qu'il affirme que le droit communautaire autorise, sans condition spécifique, l'introduction de critères d'attribution d'ordre social dans les marchés publics. Néanmoins, cet arrêt pose bien le principe de la légalité des critères d'attribution ayant une dimension sociale.

§4. La position du Conseil d'Etat : l'interdiction d'insérer des critères d'attribution à vocation sociale ?

Plusieurs décisions issues des juridictions administratives, intervenues postérieurement à celles de la Cour de justice des Communautés européennes, furent interprétées comme interdisant l'introduction de critères d'attribution à caractère social dans les marchés publics.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 25 juillet 2001, *Commune de Gravelines*, en est un exemple topique.

Le Conseil d'Etat estima :

«Considérant que pour annuler l'ensemble des actes de procédure afférents à la passation du marché négocié de travaux de réhabilitation de la décharge de la Porte aux Boules à Gravelines, le vice-président délégué par le président du tribunal administratif de Lille s'est fondé, d'une part, sur ce que la commune ne pouvait légalement retenir, pour apprécier les offres des entreprises, un critère de sélection relatif aux propositions faites par les soumissionnaires en matière de création d'emplois, d'insertion et de formation (...) »

Considérant, en premier lieu, qu'en relevant que le critère additionnel retenu par la commune était sans rapport avec l'objet du contrat ou avec ses conditions d'exécution, le vice-président délégué par le président du tribunal administratif de Lille n'a pas entaché son ordonnance, qui est suffisamment motivée, d'une dénaturation des faits ou d'une erreur de droit ; »

La doctrine interpréta cet arrêt comme un refus catégorique du Conseil d'Etat d'autoriser l'introduction de critère d'attribution à caractère social pour l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Néanmoins, cette interprétation semble devoir être nuancée. En effet, le Conseil d'Etat ne se prononce pas en défaveur de l'introduction de critères d'attribution à caractère social, il pose seulement les conditions de fond nécessaires à l'introduction régulière de tels critères.

Ainsi, le Conseil d'Etat précise que les critères d'attribution doivent avoir un rapport avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution, ce qui n'est que la condition que doit respecter tout critère d'attribution.

Cette position du Conseil d'Etat a pu apparaître restrictive au regard de l'interprétation de la Cour de justice sur l'arrêt *Beentjes* dans le cadre de l'arrêt du 20 septembre 2000, *Commission c/ France*. Celle-ci semblait indiquer qu'il n'existait aucune restriction de fond à l'introduction de tels critères d'attribution, exception faite du respect des principes fondamentaux du Traité. C'est bien l'idée

développée par l'arrêt *Beentjes* mais en ce qui concerne les conditions d'exécution du marché et non les critères d'attribution.

Dès lors, la position du Conseil d'Etat apparaît peu critiquable. Le Conseil d'Etat se contente d'appliquer les principes généraux de légalité des critères d'attribution aux critères à caractère social.

En conclusion, la position du Conseil d'Etat ne consiste pas à interdire l'utilisation de critères d'attribution à caractère social. Celui-ci condamne seulement l'introduction d'un critère d'attribution à dimension sociale en ce qu'il ne respecte pas les règles de choix de tels critères, à savoir que les critères d'attribution doivent être conformes à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution.

B - L'APPLICATION AUX CONSIDERATIONS ENVIRONNEMENTALES DES SOLUTIONS DEGAGEES POUR L'INTEGRATION DES CONSIDERATIONS SOCIALES**§1. L'arrêt Concordia du 17 septembre 2002 : la légalité des critères d'attribution à caractère environnemental**

L'arrêt *Concordia* de la Cour de justice des Communautés européennes en date du 17 septembre 2002 (affaire relative à l'intégration d'un critère environnemental pour l'achat de bus d'une collectivité) confirme la légalité de l'utilisation de **critère d'attribution** à dimension environnemental, mais cette fois de manière expresse puisque cet arrêt porte précisément sur un critère, non pas social mais environnemental. Il transpose, ainsi, les solutions adoptées en matière sociale au domaine environnemental.

Cet arrêt indique, en effet, cette fois, sans ambiguïté, qu'un critère d'attribution à caractère environnemental (ou social) peut être introduit pour le jugement des offres. Il informe également sur les conditions de régularité de l'utilisation de tels critères.

La Cour de justice a ainsi considéré :

« Par ailleurs, ainsi que la Cour l'a déjà jugé, la coordination au niveau communautaire des procédures de passation des marchés publics vise à supprimer les entraves à la libre circulation des services et des marchandises (voir, notamment, arrêt SIAC Construction, précité point 32).

Compte tenu de cet objectif et eu égard également au libellé de l'article 130 R, paragraphe 2, premier alinéa, troisième phrase, du traité CE, qui a été transféré par le traité d'Amsterdam, dans une forme légèrement modifiée, à l'article 6 CE, et qui prévoit que les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et des actions de la Communauté, il convient de conclure que l'article 36, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/50 n'exclut pas la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'utiliser des critères relatifs à la préservation de l'environnement dans le cadre de l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Néanmoins, cette constatation ne signifie pas que tout critère de cette nature peut être pris en considération par ledit pouvoir.

En effet, si l'article 36, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/50 laisse au pouvoir adjudicateur le choix des critères d'attribution du marché qu'il entend retenir, ce choix ne peut toutefois porter que sur des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse (voir en ce sens, au sujet des marchés publics de travaux, arrêts précités Beentjes, point 19 ; Evans Medical et Macfarlan Smith, point 42, ainsi que le SIAC Construction, point 36). Une offre se rapportant nécessairement à l'objet du marché, il s'ensuit que les critères d'attribution pouvant être retenus conformément à ladite disposition doivent, eux aussi, être liés à l'objet du marché. »

La Cour de justice confirme donc d'une part que **les critères d'attribution à caractère social ou à caractère environnemental ne sont pas à en tant que tels illégaux**. Elle précise que, néanmoins,

pour qu'un tel critère puisse légalement être utilisé, il doit être en rapport avec l'objet du marché. Cela résulte du fait que les offres des candidats doivent constituer une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur. Un critère d'attribution sans lien avec l'objet du marché conduirait à juger les offres au regard de considérations sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur.

En outre, conformément aux directives communautaires relatives à la passation des marchés publics, la Cour précise que les critères d'attribution ne peuvent avoir pour objet que de permettre le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Cela signifie qu'un critère d'attribution à caractère environnemental ne peut être utilisé pour apprécier les offres que dans la mesure où il constitue un moyen de détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse.

En conclusion, certaines des conditions d'exécution des marchés publics comme certains critères d'attribution relatifs à la préservation de l'environnement peuvent être introduits dans les marchés publics.

S'agissant des conditions d'exécution à caractère environnemental, celles-ci peuvent être introduites dans la seule limite qu'elles respectent les principes fondamentaux du traité, ainsi que les règles procédurales applicables aux marchés publics (cf. arrêt Beentjes précité).

En ce qui concerne les critères d'attribution, ils sont également autorisés dans les mêmes limites que les conditions d'exécution du marché. Ils doivent en outre être utilisés dans le but de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse pour le pouvoir adjudicateur et, en conséquence, avoir un lien avec l'objet du marché.

§2. L'arrêt *Wienstrom* du 4 décembre 2003 : l'illustration du principe posé par l'arrêt *Concordia*

Dans l'arrêt *Wienstrom* du 4 décembre 2003, la Cour de justice des Communautés européennes avait à répondre à la question de savoir si l'utilisation d'un critère d'attribution exigeant la **fourniture d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelable** est autorisée pour le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Le critère d'attribution en cause était affecté d'un coefficient de 45% et exigeait du soumissionnaire, sans imposer de date de fourniture déterminée, qu'il indique la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables qu'il serait en mesure de fournir à une clientèle non définie, le soumissionnaire indiquant la quantité la plus importante se voyant attribuer le maximum de points, étant précisé que seule était prise en compte, la fraction dépassant la consommation prévisible dans le cadre de l'appel d'offres.

La première réponse apportée par la Cour concernait la légalité de l'utilisation d'un tel critère. La question sous-jacente était celle de savoir si un critère d'attribution relatif à la préservation de l'environnement, et ne procurant pas, par conséquent, un avantage susceptible d'évaluation économique immédiate, pouvait néanmoins servir de références à l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse.

La Cour rappela que, conformément à la solution dégagée dans l'arrêt *Concordia*, la légalité d'un critère d'attribution n'est pas conditionnée par le fait qu'il procure un avantage susceptible d'évaluation économique immédiate. Autrement dit, si l'ensemble des critères d'attribution doit

permettre au pouvoir adjudicateur de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, chacun des critères pris individuellement n'a pas nécessairement à jouer ce rôle. La Cour confirme donc le principe de la légalité de la fixation de critères d'attribution écologiques.

A l'occasion du rappel de ce principe, la Cour confirma également que l'élément à prendre en compte pour apprécier la légalité d'un critère d'attribution portant sur la préservation de l'environnement est le fait que celui-ci « ***ne confère pas au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix*** », c'est-à-dire qu'il soit suffisamment précis pour encadrer le travail de choix du pouvoir adjudicateur, qu'il soit lié à l'objet du marché, qu'il soit expressément mentionné dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché (respect du principe de publicité) et qu'il respecte tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination.

Ces conditions générales étant rappelées, la Cour de justice des Communautés européennes se prononça sur la validité de l'application d'un coefficient de 45 % à ce critère. La question était celle de savoir s'il était possible de laisser une place aussi importante à ce critère dans le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

La Cour considéra :

« que, dans le respect des prescriptions du droit communautaire, les pouvoirs adjudicateurs sont libres non seulement de choisir les critères d'attribution du marché mais également de déterminer la pondération de ceux-ci, pour autant qu'elle permette une évaluation synthétique des critères retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

S'agissant du critère d'attribution en cause dans l'affaire au principal, il convient de relever que, ainsi que la Cour l'a déjà constaté, l'utilisation de sources d'énergie renouvelables pour la production d'électricité est utile à la protection de l'environnement dans la mesure où elle contribue à la réduction des émissions de gaz à effet de serre qui figurent parmi les principales causes des changements climatiques que la Communauté européenne et ses Etats membres se sont engagés à combattre. (...)

Par ailleurs, (...) c'est précisément dans cette perspective que la directive 2001/77 vise à favoriser, par l'utilisation de la puissance des forces du marché, une augmentation de la contribution des sources d'énergie renouvelables dans la production d'électricité sur le marché intérieur, objectif qui, selon son deuxième considérant, se situe au premier rang des priorités de la Communauté.

Eu égard donc à l'importance de l'objectif poursuivi par le critère en cause au principal, la pondération de celui-ci à hauteur de 45% ne paraît pas entraver une évaluation synthétique des critères retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

Dans ces conditions, et en l'absence d'éléments permettant d'établir une violation des prescriptions du droit communautaire, il convient de constater que la pondération du critère d'attribution en cause au principal, à hauteur de 45% n'est pas en soi incompatible avec la réglementation communautaire en matière de marchés publics. »

La Cour ne condamne donc pas la pondération, à hauteur de 45%, d'un critère d'attribution relatif à la préservation de l'environnement. Elle limite, en revanche, la fixation d'une pondération aussi importante, à la condition que celle-ci n'entrave pas la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Pour la Cour, la pondération des critères d'attribution peut répondre à cette condition uniquement si elle permet « *une évaluation synthétique* » des critères d'attribution. Cette expression relativement ambiguë est, néanmoins, éclairée par les faits de l'espèce. Ainsi, pour déterminer si la pondération à hauteur de 45% du critère en cause permet une évaluation synthétique des critères d'attribution, la Cour s'attache à mesurer la valeur d'un tel critère. En constatant que la Communauté européenne attache une importance particulière à l'utilisation des sources d'énergie renouvelables dans le cadre de sa politique relative à la préservation de l'environnement, la Cour conclut au caractère justifié d'une pondération à hauteur de 45 % du critère tendant à prendre en compte les quantités d'énergie renouvelables utilisées par les soumissionnaires.

Cette analyse appelle un ensemble de remarques.

Cette décision peut apparaître critiquable en ce qu'elle crée un lien intrinsèque entre la valeur donnée au critère d'attribution par la Communauté européenne et le fait que ce critère soit ou non susceptible de permettre une évaluation synthétique des critères d'attribution. Autrement dit, que la pondération d'un critère permette une évaluation synthétique est, à notre sens, différent de la question de savoir si ce critère contribue à la satisfaction d'un objectif communautaire.

La préservation de l'environnement, et en particulier l'utilisation d'énergies renouvelables, est certes un objectif d'une importance considérable dans le cadre des politiques communautaires. Cela signifie-t-il pour autant que tout critère d'attribution relatif à la préservation de l'environnement puisse être pondéré de manière équivalente à tout autre critère d'attribution ?

Il est peu probable que la Cour ait entendu faire du cas d'espèce une telle solution de principe. En effet, à notre sens, le fait que la pondération d'un critère d'attribution permette une évaluation synthétique concourant à la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse ne peut s'apprécier qu'en fonction de l'objet du marché et en fonction de la nature du critère d'attribution, et non pas en fonction de l'importance reconnue à l'objectif poursuivi par le critère.

Suivre un tel raisonnement reviendrait à apprécier la validité de la pondération d'un critère d'attribution relativement à l'importance de ce critère. Non seulement, cela impliquerait que la détermination de la pondération est détachée de l'objet du marché alors pourtant que le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse dépend nécessairement de cet objet, mais en outre, cela conduirait à conditionner le taux de pondération d'un critère d'attribution au fait que le critère d'attribution est ou non reconnu comme ayant une valeur fondamentale.

Or, il est bien évident, d'une part, que le rôle des critères d'attribution est de déterminer l'offre répondant le mieux aux besoins du pouvoir adjudicateur, et, d'autre part, que l'objet des marchés publics n'est pas en tant que tel de permettre la mise en œuvre des politiques communautaires. Les besoins essentiels d'un pouvoir adjudicateur peuvent, ainsi, ne pas être reconnus comme fondamentaux par les textes communautaires sans pour autant être contraires à ceux-ci.

A notre sens, la Cour a, en réalité, souhaité éviter que l'importance de la pondération des critères d'attribution soit limitée à la seule question de savoir si le critère en cause conférait un avantage économique immédiat. La Cour a, ainsi, affirmé que le choix d'un critère d'attribution, comme celui de sa pondération, ne dépendait pas de sa dimension immédiatement économique.

En conclusion, l'essentiel à retenir est que le choix d'un critère d'attribution à caractère environnemental ainsi que son taux de pondération sont libres dès lors qu'ils concourent à la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Une autre question soumise à la Cour était relative à la validité d'un critère d'attribution formulé de telle manière qu'il imposait aux soumissionnaires d'être en mesure de fournir davantage de quantités d'énergie renouvelables que nécessaire pour l'exécution du marché.

En effet, le cahier des charges indiquait que le soumissionnaire le mieux classé s'agissant du critère écologique serait celui qui pourrait fournir la plus grande quantité d'énergie renouvelable au-delà des besoins du pouvoir adjudicateur.

La Cour considéra que

« Ainsi qu'il a été rappelé au point 33 du présent arrêt, les critères écologiques retenus par le pouvoir adjudicateur en tant que critères d'attribution afin de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse doivent, notamment, être liés à l'objet du marché.

Dans l'affaire au principal, il y a lieu de constater que le critère d'attribution retenu ne porte pas sur la prestation qui fait l'objet du marché, à savoir la fourniture au pouvoir adjudicateur de quantités d'électricité correspondant à sa consommation annuelle prévisible fixée dans l'appel d'offres, mais sur des quantités que les soumissionnaires ont fournies ou vont fournir à des clients autres que le pouvoir adjudicateur.

Or, un critère d'attribution se référant uniquement à la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables dépassant la consommation annuelle prévisible fixée dans l'appel d'offres ne saurait être considéré comme lié à l'objet du marché.

Par ailleurs, la circonstance que, selon le critère d'attribution retenu, c'est la quantité qui dépasse la consommation annuelle prévisible fixée dans l'appel d'offres qui est déterminante est susceptible de conférer un avantage aux soumissionnaires, qui, en raison de leurs plus grandes capacités de production ou de fourniture, sont en mesure de fournir des quantités d'électricité plus importantes que d'autres. Ce critère est donc susceptible d'entraîner une discrimination injustifiée à l'égard de soumissionnaires dont l'offre peut pleinement répondre aux conditions liées à l'objet du marché. Or, une telle limitation du cercle des opérateurs économiques en mesure de soumissionner aurait pour effet de contrecarrer l'objectif d'ouverture à la concurrence poursuivi par les directives portant coordination des procédures de passation des marchés publics.

Enfin, à supposer même que ledit critère soit dicté par le souci de garantir la sécurité d'approvisionnement, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier, il convient de relever que, si la sécurité d'approvisionnement peut en principe faire partie des critères d'attribution servant à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, l'on ne saurait valablement ériger en critère d'attribution la capacité des soumissionnaires à fournir la plus grande quantité d'électricité possible au-delà de la quantité prescrite dans l'appel d'offres.

Il en résulte que, dans la mesure où il exige des soumissionnaires qu'ils indiquent la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables qu'ils seront en mesure de fournir à une clientèle non définie et attribue le maximum de points au soumissionnaire qui

indique la quantité la plus importante, étant précisé que seule est prise en compte la fraction dépassant la consommation prévisible dans le cadre de l'appel d'offres, le critère d'attribution retenu en l'espèce n'est pas compatible avec la réglementation communautaire en matière de marchés publics. »

La Cour de justice des Communautés européennes condamne le critère écologique en cause pour deux raisons. D'une part, elle estime que le fait de solliciter des soumissionnaires qu'ils soient en mesure de fournir davantage d'énergies renouvelables que la quantité nécessaire à l'exécution du marché est contraire à l'obligation de fixer des critères d'attribution liés à l'objet du marché. En effet, seule la considération selon laquelle les candidats sont capables de fournir les quantités nécessaires à l'exécution du marché peut être prise en compte. Toute quantité supérieure est sans rapport avec l'objet du marché.

D'autre part, fixer un tel critère d'attribution revient, selon la Cour, à privilégier les entreprises de grande importance par rapport aux plus petites dès lors que celles-ci produisent nécessairement plus de quantité d'énergies que ces dernières. L'offre d'une petite entreprise peut donc être écartée alors même que celle-ci est en mesure de répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur.

En conclusion, la Cour condamne ce critère d'attribution en ce qu'il n'a pas vocation à juger les offres par rapport à l'objet précis du marché et en ce qu'il crée une discrimination non justifiée entre les entreprises selon leur taille. Un critère d'attribution peut donc seulement servir à juger une offre en fonction de ce que demande précisément le pouvoir adjudicateur et, notamment, en fonction des seules quantités dont il a effectivement besoin.

C. LA LEGISLATION CONFIRMATIVE DES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES

§1. Le paquet législatif communautaire

L'article 53 « *Critères d'attribution des marchés* » de la Directive 2004/18/CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services* dispose :

*« I – Sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives à la rémunération de certains services, les **critères** sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les marchés publics sont :*

- a) *soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue des pouvoirs adjudicateurs, **divers critères liés à l'objet du marché public en question** : par exemple, la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, **les caractéristiques environnementales**, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution ; (...)*»

En outre, l'article 26 « *Conditions d'exécution des marchés* » de cette même directive prévoit :

*« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire et qu'elles soient indiquées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser **des considérations sociales et environnementales**. »*

§2. Le Code des marchés publics issu du décret du 7 janvier 2004

D'après l'article 53 du nouveau Code des marchés publics :

« I – Les offres non conformes à l'objet du marché sont éliminées.

*II – Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur divers **critères** variables selon l'objet du marché, notamment, le coût d'utilisation, la valeur technique de l'offre, son caractère innovant, **ses performances en matière de protection de l'environnement**, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations. (...)*»

En outre, l'article 14 de ce même Code dispose :

*« La définition des **conditions d'exécution** d'un marché dans les cahiers des charges peut viser à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, à lutter contre le chômage ou à **protéger l'environnement**.*

Ces conditions d'exécution ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. »

Ainsi, le nouveau Code des marchés publics comme la directive communautaire intègre explicitement la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes telle qu'elle résulte des arrêts *Beentjes* et *Concordia*.

En effet, s'agissant des considérations environnementales comme critère d'attribution, les deux textes conditionnent leur légalité à leur adéquation à l'objet du marché. En d'autres termes, seuls les critères environnementaux ayant un rapport avec l'objet du marché peuvent légalement être pris en compte parmi un ensemble d'autres critères pour permettre l'attribution d'un marché à l'offre économiquement la plus avantageuse.

Sur ce point, le Code des marchés publics et la directive européenne sont en accord.

En revanche, s'agissant des considérations environnementales comme conditions d'exécution, certaines divergences sont à noter entre les deux textes :

- sur les conditions de fond :

La directive impose le respect du droit communautaire, en général, tandis que le Code des marchés publics limite la légalité de l'intégration des considérations environnementales au seul respect du principe de non-discrimination.

En réalité, bien que la formulation soit différente entre les deux textes, on peut les considérer comme équivalents dès lors que le respect du droit communautaire comme celui du principe de non-discrimination s'impose *ipso facto* aux procédures de passation des marchés publics.

- sur les conditions de forme :

S'agissant des conditions de forme, une divergence de rédaction entre les deux textes est également à noter.

Alors que le Code des marchés publics ne fait mention d'aucune condition de forme à respecter pour l'intégration des considérations environnementales comme condition d'exécution du marché, la directive communautaire précise, quant à elle, que les conditions d'exécution du marché en général doivent être mentionnées soit dans l'avis de marché, c'est-à-dire l'avis d'appel public à la concurrence, soit dans le cahier des charges. La directive communautaire réitère donc l'obligation d'information des candidats quant aux conditions à respecter pour soumissionner.

A notre sens, cette exigence n'est en rien novatrice dès lors que les règles de la commande publique sont fondées sur une information des candidats relative aux modalités à suivre pour soumissionner et à la consistance du marché, c'est-à-dire son objet, son étendue etc.

En conséquence, il est possible d'affirmer que le Code des marchés publics qui impose, comme les directives communautaires, d'informer les soumissionnaires à un marché public des modalités de la procédure de passation est en conformité avec le droit communautaire s'agissant des possibilités d'intégrer des considérations environnementales comme condition d'exécution des marchés publics.

En conclusion, en l'état du droit actuel, les considérations environnementales peuvent être intégrées aux marchés publics sous la forme de critères d'attribution, à condition d'être en rapport avec l'objet du marché et/ou sous la forme de conditions d'exécution du marché sous réserve de respecter l'ensemble des règles et principes issus du droit communautaire, en général, et ceux régissant l'achat public, en particulier.

II. LES MODALITES D'INTEGRATION DES CONSIDERATIONS ENVIRONNEMENTALES DANS LES MARCHES PUBLICS

La communication interprétative de la Commission européenne « *sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés* », en date du 4 juillet 2001, offre un large panel d'hypothèses dans lesquelles les considérations environnementales peuvent être intégrées aux marchés publics.

La jurisprudence, tant communautaire que nationale, commence à se développer et permet également de mesurer la légalité de la prise en compte de telles considérations dans les marchés publics.

Ces différentes sources d'information permettent aujourd'hui de dresser une liste relativement complète des modalités de prise en compte, dans le cadre des marchés publics, de considérations à caractère environnemental.

§1. La définition de l'objet et du cadre du marché (art.5)

L'article 5 du Code des marchés publics prévoit :

« La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision par la personne publique avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence. Le marché conclu par la personne publique doit avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins. »

L'acheteur public, avant de lancer une consultation pour procéder à l'achat des prestations qui lui sont nécessaires, doit définir l'objet du marché, c'est-à-dire, sa nature et son étendue.

Exemple d'objet du marché : achat d'imprimantes

Dans le cadre de cette définition, les acheteurs publics peuvent d'ores et déjà intégrer des considérations environnementales. En effet, les acheteurs publics peuvent, dès ce stade, décider d'acheter ou de construire un bien en tenant compte de la préservation de l'environnement.

Par exemple : achat d'imprimante ayant la fonction *recto verso*, le choix de la fonction *recto verso* ayant pour objectif une diminution des quantités de papier.

De même, la communication interprétative de la Commission européenne donne l'exemple d'un marché public de travaux dans le cadre duquel l'acheteur public exigera la construction d'un bâtiment contenant des panneaux solaires.

Dès la détermination de ses besoins, l'acheteur public est donc en situation d'influer ou tout au moins de prendre en compte la préservation de l'environnement.

§ 2. Les conditions d'exécution du marché (art.14)

Les **conditions d'exécution** constituent l'ensemble des conditions posées par le pouvoir adjudicateur que l'offre doit remplir pour être conforme à l'objet du marché. Elles servent à définir techniquement et précisément l'objet du marché et sa consistance. Il s'agit d'un élément objectif qui ne peut être remis en cause par l'offre (exception faite des **variantes**). Le respect des conditions d'exécution est strictement obligatoire pour les candidats.

Les conditions d'exécution constituent le cadre du marché, les modalités dans lesquelles l'objet du marché sera réalisé.

Les conditions d'exécution sont transcrites dans le cahier des charges et plus généralement dans le cahier des clauses techniques particulières élaborées par les acheteurs.

Les conditions d'exécution sont donc une définition précise de l'objet du marché.

Par exemple, l'objet du marché sera la construction d'une cantine dans l'enceinte de l'école communale. Les conditions d'exécution détermineront les modalités de cette construction : les matériaux à utiliser, les délais de construction, la taille du bâtiment etc.

A ce niveau, encore, les acheteurs publics sont susceptibles d'imposer des considérations environnementales.

L'article 14 du nouveau Code des marchés publics prévoit, ainsi, la faculté pour les acheteurs publics de fixer des exigences de nature environnementale comme conditions d'exécution du marché :

« La définition des conditions d'exécution d'un marché dans les cahiers des charges peut viser à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement.

Ces conditions d'exécution ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. »

Ces conditions d'exécution vont généralement être transcrites par référence à des spécifications techniques ou à des normes. Elles pourront être intégrées dans le marché de différentes manières.

➤ **Les spécifications techniques et les normes**

• Définition :

Les spécifications techniques sont des caractéristiques qui permettent d'identifier techniquement des prestations. Ces spécifications permettent, ainsi, de définir d'une manière technique précise la prestation souhaitée par un acheteur public. Elles constituent donc un mode d'identification de la prestation et servent, en ce sens, à définir les conditions d'exécution du marché.

Ces spécifications, en déterminant le cadre technique du marché, imposent aux soumissionnaires de proposer une offre qui permette une exécution du marché conforme à ces spécifications techniques. L'acheteur public peut alors choisir d'inclure des spécifications techniques qui favorisent la préservation de l'environnement.

Selon la communication interprétative de la Commission européenne :

« Les spécifications techniques incluent toutes les caractéristiques requises par le pouvoir adjudicateur pour assurer que le produit ou la fourniture soit conforme à l'usage auquel il le/la destine. Ces spécifications techniques détaillent les caractéristiques du marché de façon objective et mesurable et doivent être liées à cet objet. »

Les directives communautaires relatives aux procédures de passation des marchés publics donnent également une définition des spécifications techniques. Il s'agit de :

« l'ensemble des prescriptions techniques contenues notamment dans les cahiers des charges, définissant les caractéristiques requises d'un travail, d'un matériau, d'un produit ou d'une fourniture et permettant de caractériser objectivement un travail, un matériau, un produit ou une fourniture de manière telles qu'ils répondent à l'usage auquel ils sont destinés par le pouvoir adjudicateur. Ces caractéristiques incluent les niveaux de qualité ou de propriété d'emploi, la sécurité, les dimensions, y compris les prescriptions applicables au matériau, au produit ou à la fourniture en ce qui concerne le système d'assurance de la qualité, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essai, l'emballage, le marquage et l'étiquetage. Elles incluent également les règles de conception et de calcul des ouvrages, les conditions d'essai, de contrôle et de réception des ouvrages, ainsi que les techniques ou méthodes de construction et toutes les autres conditions de caractère technique que le pouvoir adjudicateur est à même de prescrire, par voie de réglementation générale ou particulière, en ce qui concerne les ouvrages terminés et en ce qui concerne les matériaux ou les éléments constituant ces ouvrages. »

- Réglementation :

Les directives communautaires relatives aux procédures de passation des marchés publics contiennent des dispositions relatives aux spécifications techniques.

Ainsi, la directive 92/50 du 18 juin 1992 prévoit, en son article 14 :

« 1. Les spécifications techniques visées à l'annexe II figurent dans les documents généraux ou dans les documents contractuels propres à chaque marché.

2. Sans préjudice des règles techniques nationales obligatoires, pour autant que celles-ci soient compatibles avec le droit communautaire, les spécifications techniques sont définies par les pouvoirs adjudicateurs par référence à des normes nationales transposant des normes européennes ou par référence à des agréments techniques européens ou par référence à des spécifications techniques communes.

3. Un pouvoir adjudicateur peut déroger au paragraphe 2: (...)

4. Les pouvoirs adjudicateurs qui ont recours au paragraphe 3 en indiquent, sauf si cela n'est pas possible, les raisons dans l'appel d'offres publié au Journal officiel des Communautés européennes ou dans le cahier des charges et en indiquent dans tous les cas les raisons dans leur documentation interne et fournissent ces informations, sur demande, aux États membres et à la Commission.

5. En l'absence de normes européennes, d'agréments techniques européens ou de spécifications techniques communes, les spécifications techniques:

a) sont définies par référence aux spécifications techniques nationales reconnues conformes aux exigences essentielles énumérées dans les directives communautaires relatives à l'harmonisation technique, selon les procédures prévues dans ces directives, et en particulier selon les procédures prévues dans la directive 89/106/CEE (10);

b) peuvent être définies par référence aux spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et de mise en oeuvre des produits;

c) peuvent être définies par référence à d'autres documents.

Dans ce cas, il convient de se reporter, par ordre de préférence :

i) aux normes nationales transposant des normes internationales acceptées par le pays du pouvoir adjudicateur ;

ii) aux autres normes et agréments techniques nationaux du pays du pouvoir adjudicateur;

iii) à toute autre norme.

6. À moins que de telles spécifications ne soient justifiées par l'objet du marché, les États membres interdisent l'introduction, dans les clauses contractuelles propres à un marché déterminé, de spécifications techniques mentionnant des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou obtenus selon des procédés particuliers et qui, de ce fait, ont pour effet de favoriser ou d'éliminer certains prestataires de services. Est notamment interdite l'indication de marques, de brevets ou de types ou l'indication d'une origine ou d'une production déterminée. Toutefois, une telle indication, accompagnée de la mention "ou équivalent", est autorisée lorsque les pouvoirs adjudicateurs n'ont pas la possibilité de donner une description de l'objet du marché au moyen de spécifications suffisamment précises et intelligibles pour tous les intéressés. »

L'annexe II de la directive 92/50 du 18 juin 1992 donne une définition des normes. Ce sont :

« les spécifications techniques approuvées par un organisme reconnu à activité normative, pour application répétée ou continue, dont l'observation n'est pas, en principe, obligatoire ; »

Lors de la détermination des conditions d'exécution du marché, l'acheteur public définira ces conditions par références à des spécifications techniques ou, plus encore, par référence à des normes. Le choix de ces spécifications ou de ces normes de référence est un moyen pouvant être utilisé pour la préservation de l'environnement.

Ainsi, certaines normes supposent que la fabrication d'un produit déterminé soit conforme à un certain nombre d'exigences. Au titre de ces exigences peuvent figurer des contraintes favorables à la préservation de l'environnement.

Actuellement, bien que celle-ci soit en plein développement, la normalisation en matière de performances environnementales est peu importante. Dans ces conditions, les acheteurs publics peuvent imposer des spécifications techniques plus exigeantes, d'un point de vue environnemental, que ce qu'imposent les normes elles-mêmes. La seule condition à respecter est que cette exigence ne soit pas discriminatoire à l'égard des candidats potentiels.

En conclusion, les acheteurs publics peuvent recourir à des spécifications techniques ou à des normes, lorsqu'elles existent, qui sont favorables au souci de préserver l'environnement. Ils peuvent également imposer le respect de prescriptions techniques plus contraignantes que les normes en vue de prendre en compte des considérations environnementales, sous réserves que celles-ci n'aient pas d'effet discriminatoire.

➤ **Différents modes d'utilisations des spécifications techniques**

- Les matériaux de base

L'acheteur public peut recourir à des spécifications techniques relatives aux matériaux de base utilisés pour l'exécution du marché.

A titre d'exemple, elle peut demander à ce qu'on lui fournisse des étagères en un matériau plutôt qu'un autre (bois, plastique, aluminium...). De même, en fonction du produit acheté et de la pertinence environnementale de la caractéristique recherchée, l'acheteur public peut prescrire des matériaux recyclés, recyclables, renouvelables ... (par exemple, le papier recyclé).

- Le processus de production

L'acheteur public peut imposer que le produit acheté soit fabriqué ou produit selon un processus particulier tenant compte de la préservation de l'environnement. A titre d'exemple, l'acheteur public peut imposer que les denrées alimentaires qu'il a commandées aient été cultivées sans l'utilisation de pesticides. Dans le cadre de l'achat d'énergie, l'acheteur peut également imposer que l'électricité achetée soit produite par utilisation de sources d'énergie renouvelables.

- Les labels écologiques

Certains produits sont labellisés, c'est-à-dire qu'ils sont soumis volontairement à des prescriptions techniques précises pour leur mode de production. Parmi ces labels, certains sont reconnus comme ayant une dimension écologique (par exemple, les écolabels tels que *NF Environnement* et *l'écolabel européen* contiennent des exigences prenant en considération différentes étapes de la vie du produit, comme la fabrication, l'utilisation, l'élimination ...). Les acheteurs publics peuvent, ainsi, envisager de faire référence aux exigences fixées par ces labels ou leurs équivalents (comme condition d'exécution ou en critère de choix des offres) mais en autorisant que la preuve du respect de ces exigences soit apportée par le label lui-même (certificat) ou par d'autres modes de preuves équivalents.

Le site Internet <http://europa.eu.int/comm/environment/ecolabel/prodgr.htm> fournit une liste de tous les groupes de produits pour lesquels un label écologique européen existe ou est en cours d'élaboration ou de révision.

- Les variantes

Les acheteurs publics peuvent autoriser les candidats à proposer des variantes à leur offre de base. A cet égard, ils peuvent demander que les candidats présentent des offres en variantes offrant une meilleure performance environnementale que l'offre de base. Dans ce cas, l'acheteur public

n'imposera pas de spécifications environnementales. Il appartiendra aux candidats de proposer le respect de telle ou telle spécification écologique pour l'exécution du marché.

Par exemple, pour un marché d'achat d'imprimantes classiques, les candidats pourront proposer l'achat d'imprimantes ayant la fonction *recto verso*. Cette variante pourra être plus attractive que l'offre de base dès lors qu'elle permet des économies de papiers, c'est-à-dire à la fois une prise en compte de l'environnement, mais également une réduction des coûts.

§3. La sélection des candidats (art.45)

Le Code des marchés publics régit de manière stricte les règles relatives à la sélection des candidats. Sélectionner les candidats consiste à vérifier, d'une part, que ceux-ci sont en règle au regard de leurs obligations fiscales et sociales et, d'autre part, qu'ils disposent de la capacité économique, technique et financière pour exécuter le marché. En appel d'offres ouvert, les candidatures ne peuvent pas être rejetées dès lors qu'elles remplissent ces conditions. L'acheteur public ne dispose donc d'aucune marge de manœuvre dans la sélection des candidatures. En outre, le Code des marchés publics fixe de manière limitative la liste des documents et renseignements pouvant être demandés aux candidats.

Le nouveau Code des marchés publics innove par rapport à l'ancien Code en permettant de prendre en compte les capacités des entreprises en matière environnementale.

L'article 45 du Code des marchés publics prévoit, ainsi :

« A l'appui des candidatures, il ne peut être exigé que :

1° Des renseignements permettant d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat, des documents relatifs aux pouvoirs de la personne habilitée pour l'engager et, en ce qui concerne les marchés passés pour les besoins de la défense, à sa nationalité. Au titre de ces capacités professionnelles, peuvent figurer des renseignements sur le savoir-faire des candidats en matière de protection de l'environnement ; (...) »

Au stade des candidatures, les acheteurs publics peuvent donc tenir compte de la préservation de l'environnement au titre des capacités techniques et financières des candidats et, plus particulièrement, au titre de leur capacité professionnelle en matière de protection de l'environnement.

- Les capacités techniques et financières des candidats

En ce qui concerne les appels d'offres ouverts, les acheteurs publics disposent d'une marge de manœuvre limitée dans le cadre de l'admission des candidatures. En effet, dès lors que les candidats ont fourni les documents renseignés et que ces documents ne permettent pas de remettre en cause la capacité financière ou technique de l'entreprise à exécuter le marché, l'acheteur est tenu de considérer la candidature comme recevable.

Ainsi, la collectivité ne peut porter une appréciation sur les candidatures qu'en ce qui concerne la capacité technique et financière de l'entreprise. Il lui appartient en effet de déterminer si les documents demandés permettent de prouver la capacité de l'entreprise à exécuter le marché.

En conséquence, l'acheteur public ne peut pas rejeter une candidature sur le seul fondement de ce que, par exemple, l'outillage utilisé n'est pas « *vert* » si cette considération n'influe pas objectivement sur la capacité de l'entreprise à exécuter le marché conformément aux attentes de l'acheteur.

Si le marché en cause nécessite objectivement une capacité particulière en matière environnementale, alors l'inexpérience de l'entreprise en cette matière peut prouver l'incapacité de celle-ci à exécuter le marché et justifier le rejet de sa candidature.

Par exemple :

- le marché a pour objet la fourniture de denrées alimentaires. Si l'entreprise démontre qu'elle dispose d'un nombre suffisant de camions pour les livraisons demandées, la collectivité ne pourra pas rejeter sa candidature alors même que les camions utilisés seraient particulièrement polluants ;
- le marché a pour objet l'entretien d'une forêt située sur une zone d'approvisionnement en eau potable. Les soumissionnaires, pour exécuter le marché, doivent donc disposer de matériels non polluants pour l'eau.

Les soumissionnaires peuvent, ainsi, être tenus d'apporter la preuve de leur capacité technique, et plus particulièrement de la qualité de leurs produits par le biais de certificats attestant la conformité des prestations demandées à des normes.

Les acheteurs publics peuvent, par exemple, exiger que les candidats apportent la preuve de ce qu'ils participent à un système de management environnemental. La communication de la Commission européenne du 4 juillet 2001 explique que « *des systèmes de management environnemental ont été établis par une norme internationale (ISO 14001) et un règlement CE (EMAS).* »

Parmi les obligations qu'imposent ces systèmes de management environnemental, l'entreprise doit s'engager à promouvoir une véritable politique environnementale qui repose sur la conformité des prestations et de l'entreprise avec toute la législation environnementale applicable, la lutte contre la pollution et l'amélioration continue de la performance environnementale.

Mais tout comme l'ensemble des éléments pouvant être demandé à l'appui des candidatures, l'obligation pour les soumissionnaires d'apporter l'attestation selon laquelle ils sont soumis à un système de management environnemental n'est légale que dans la mesure où elle permet de prouver la capacité de l'entreprise à exécuter le marché. Elle doit donc toujours être liée à l'objet du marché.

Pour reprendre les termes de la Commission européenne, « *Pour être pertinent en tant que moyen de preuve de la capacité technique, le système doit avoir un impact sur la qualité de la fourniture ou sur la capacité d'une entreprise (l'équipement et les techniciens, par exemple) à exécuter un marché avec des exigences environnementales (un marché de travaux pour lequel l'entrepreneur doit manipuler des déchets sur le site de construction, par exemple).* »

Par exemple : le marché a pour objet la rénovation d'un bâtiment en assurant une gestion adaptée des déchets de chantiers et des différentes nuisances pouvant être occasionnées par ce chantier. Les **références du candidat** en lien avec sa capacité à gérer ces aspects de la prestation peuvent être utilisées dans le cadre de l'appréciation des candidatures (entreprise ayant un Système de Management Environnemental ou ayant des références en termes de chantiers « HQE » ...).

L'acheteur public ne dispose donc pas de la possibilité de prendre en compte d'éventuels aspects environnementaux pour apprécier les candidatures en dehors de ce qui est strictement nécessaire à l'exécution du marché. C'est seulement lorsque la capacité technique de l'entreprise à exécuter le marché nécessite la prise en compte d'aspects environnementaux que ceux-ci peuvent rentrer en ligne de compte pour admettre ou rejeter les candidatures des soumissionnaires.

En ce qui concerne les appels d'offres restreint et l'ensemble des procédures de passation qui autorisent la personne publique à limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre, la solution est légèrement différente.

En effet, dans cette hypothèse, la personne publique va, préalablement au lancement de la consultation, déterminer le nombre de candidats qui seront sélectionnés et ensuite admis à présenter une offre. Si le nombre de candidatures qui sont recevables, c'est-à-dire admissibles, est supérieur au nombre fixé par l'acheteur, alors celui-ci devra faire un choix entre les candidatures. L'acheteur établira alors un classement des différentes candidatures et retiendra celles qui présentent les meilleures capacités d'exécution du marché.

Les critères permettant le classement des candidatures doivent, quant à eux, permettre de déterminer le candidat qui dispose des moyens matériels, humains, techniques et financiers les plus importants pour réaliser le marché. Il est donc évident que si le marché en cause nécessite une expérience ou un savoir-faire particulier dans le domaine environnemental, un tel critère pourra être retenu pour classer les candidatures des différents candidats et éventuellement en éliminer certains.

Mais, tout comme en matière d'appel d'offres ouvert, il n'est pas possible à l'acheteur de favoriser une candidature qui présente davantage de capacités en matière environnementales si ces considérations environnementales n'apportent pas uniquement la preuve que l'entreprise dispose de moyens et d'expériences plus à même d'exécuter le marché qu'un autre candidat.

En conclusion, des aspects environnementaux peuvent être pris en considération au stade de l'examen des candidatures. Mais cette prise en compte ne peut être qu'indirecte dans la mesure où elle n'est possible qu'à la condition qu'elle permette d'apprécier la capacité de l'entreprise à exécuter le marché.

- Les capacités professionnelles en matière de protection de l'environnement

La possibilité ouverte par le nouveau Code des marchés publics de demander aux candidats des renseignements relatifs à leur savoir-faire en matière de protection de l'environnement doit répondre aux mêmes conditions que celles relatives à la capacité technique et financière des candidats, à savoir que ces renseignements ne peuvent être demandés que s'ils sont liés à l'objet du marché.

En d'autres termes, la possibilité de solliciter des soumissionnaires des renseignements relatifs à leur savoir-faire en matière environnementale n'est ouverte que lorsque ces renseignements permettent d'apprécier la capacité professionnelle du candidat à exécuter le marché.

Toutefois, l'introduction de cette précision par le nouveau Code des marchés publics constitue une reconnaissance expresse de ce que la capacité professionnelle des entreprises est susceptible de s'apprécier en fonction de leur savoir-faire en matière environnementale.

En conclusion, les acheteurs publics peuvent, au stade de la sélection des candidatures, exiger des candidats qu'ils disposent de capacité en matière de protection de l'environnement, sous réserve que cette exigence permette d'évaluer la capacité de l'entreprise à exécuter le marché et qu'elle ne soit pas discriminatoire.

§ 4. Les critères de choix des offres (art.53)

L'article 53 du nouveau Code des marchés publics détermine les modalités suivant lesquelles les offres sont examinées et classées de manière à choisir l'offre économiquement la plus avantageuse :

« I. - Les offres non conformes à l'objet du marché sont éliminées.

*II – Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur divers critères variables selon l'objet du marché, notamment, le coût d'utilisation, la valeur technique de l'offre, son caractère innovant, ses **performances en matière de protection de l'environnement**, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations. (...)*»

Selon la Commission européenne (communication du 4 juillet 2001), le choix des critères d'attribution doit être dicté par l'avantage économique que ces critères sont susceptibles d'apporter à l'acheteur public.

Dès lors, selon la Commission, les critères environnementaux ne peuvent, en tant que tel, constituer des critères environnementaux dans la mesure où ils ne seraient pas susceptibles d'apporter, à eux seuls, un avantage économique aux pouvoirs adjudicateurs.

La Commission en concluait, toujours dans la même communication que :

« Des éléments environnementaux peuvent servir à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, dans le cas où ces éléments offrent au pouvoir adjudicateur un avantage économique attribuable au produit ou service faisant l'objet du marché. »

On verra plus tard (cf. « *critère purement environnemental* ») que la Cour de justice a donné une interprétation différente de la possibilité de recourir aux critères environnementaux, interprétation qui permet d'isoler le critère environnemental comme critère d'attribution à part entière. Cette interprétation a, ainsi, été reprise par le nouveau Code des marchés publics.

Nous examinerons, tout d'abord, les possibilités de prendre en compte des considérations environnementales au stade du jugement des offres mais seulement au travers des critères dits traditionnels c'est-à-dire essentiellement ceux expressément visés par l'article 53. Nous examinerons ensuite les modalités d'intégration de « *véritables* » critères d'attribution à caractère environnemental.

- Les critères d'attribution traditionnels

Les acheteurs publics peuvent, de manière indirecte, introduire des considérations environnementales au stade de l'examen des offres à travers d'autres critères d'attribution que ceux à caractère

« *purement* » environnemental. En d'autres termes, il n'est pas forcément nécessaire de recourir à des critères proprement environnementaux pour imposer que les offres prennent en compte la préservation de l'environnement.

Ces critères sont ceux visés à l'article 53 du Code des marchés publics. L'acheteur public peut également choisir des critères non visés par cet article dès lors que ceux-ci ont un lien avec l'objet du marché et permettent de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Par exemple, lors de l'achat de produits consommant de l'énergie lors de leur utilisation, le critère « *coût d'utilisation* » pourra permettre de tenir compte des performances énergétiques du produit dès lors qu'elles conduisent à une réduction des coûts d'utilisation dudit produit.

On peut également citer pour exemple le cas des contrats liant les collectivités publiques à ECO-EMBALLAGE. Ces contrats prévoient que la collectivité perçoit une certaine compensation en fonction du tonnage de déchets valorisés. La collectivité peut donc trouver un intérêt économique à favoriser la revalorisation des déchets.

- Le critère additionnel

La notion de critère additionnel n'est pas une notion contenue dans les directives communautaires ni dans le Code des marchés publics. Il s'agit d'un concept issu de la Cour de justice des Communautés européennes qui est en quelque sorte l'équivalent d'un critère subsidiaire en ce sens qu'il permet de déterminer, en dernier ressort, l'offre économiquement la plus avantageuse. Face à deux offres équivalentes, l'acheteur public utilisera le critère additionnel pour les départager.

Bien que la Cour de justice ne le précise pas clairement, il convient, à notre sens, de traiter le critère additionnel comme tout critère d'attribution des offres. En d'autres termes, le critère additionnel doit remplir les mêmes conditions que n'importe quel autre critère d'attribution pour pouvoir être valablement utilisé afin de déterminer le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Il doit, en conséquence, être lié à l'objet du marché et participer à la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Bien que la possibilité d'introduire des critères additionnels ne soit interdite ni par le Code des marchés publics ni par les directives communautaires relatives aux procédures de passation des marchés publics, il est recommandé d'utiliser de tels critères de manière modérée. En effet, le critère additionnel, par nature, n'intervient pas directement dans le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Il n'est utilisé que dans l'hypothèse où plusieurs offres sont jugées équivalentes. Or, à moins que deux offres soient parfaitement identiques, ce qui, généralement, ne se produit pas, le caractère équivalent de deux offres est difficile à apprécier en toute objectivité et est, donc, susceptible d'apparaître comme discriminatoire. Les acheteurs publics peuvent, en revanche, pondérer leurs critères d'attribution. Ils peuvent ainsi décider de privilégier l'un d'entre eux par rapport aux autres en toute objectivité.

- Le critère purement environnemental

L'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 17 septembre 2002, dit *Concordia*, a expressément indiqué, d'une part, que les critères d'attribution choisis par un pouvoir adjudicateur pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse pouvaient avoir pour incidence de ne pas procurer un avantage purement et directement économique à ce dernier et, d'autre part, a admis la validité d'un critère d'attribution à caractère environnemental.

En effet, celle-ci a considéré :

« En deuxième lieu, ledit article 36, paragraphe 1, sous a), ne saurait être interprété en ce sens que chacun des critères d'attribution retenus par le pouvoir adjudicateur afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse doit nécessairement être de nature purement économique. En effet, il ne saurait être exclu que des facteurs qui ne sont pas purement économiques puissent affecter la valeur d'une offre au regard dudit pouvoir adjudicateur. Cette constatation est également corroborée par le libellé même de cette disposition, qui fait expressément allusion au critère relatif au caractère esthétique d'une offre. »

Par le biais d'une analogie avec le critère esthétique de l'offre, critère expressément visé comme critère d'attribution par les directives communautaires relatives aux procédures de passation des marchés publics et par le Code des marchés publics, la Cour de justice en déduit que les critères d'attribution n'ont pas nécessairement à revêtir un caractère purement économique. Ce qui doit procurer un avantage économique, nous dit la Cour de justice confortant l'Avocat général, c'est l'ensemble des critères choisis, ce qui ne signifie pas que chaque critère d'attribution doit nécessairement, en tant que tel procurer un avantage économique.

La Cour en déduit que l'introduction d'un critère purement environnemental n'est pas en tant que tel contraire à l'article 53 du Code des marchés publics parce qu'il ne procurerait pas un avantage économique à lui seul. En conséquence, un critère environnemental peut être introduit légalement dès lors que l'ensemble des critères d'attribution auquel il est adjoind permet d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

Cela signifie également que le critère environnemental ne peut pas être le seul à permettre l'attribution du marché.

En l'espèce, le critère environnemental consistait en la prise en compte du niveau d'émissions d'oxyde azotique. Un second critère écologique était la prise en considération du niveau sonore des autobus.

Ce principe a été confirmé par le projet de réforme du Code des marchés publics qui prévoit expressément que les caractéristiques environnementales peuvent être prises en compte pour l'appréciation des offres.

Les acheteurs publics peuvent donc utiliser les critères environnementaux comme critères d'attribution des offres, ce qu'a confirmé le Code des marchés publics.

Ainsi, ils peuvent, par exemple, choisir parmi leurs critères d'attribution, pour la fourniture de détergents, le critère de la faible nocivité des produits.

Le Code des marchés publics prévoit que les critères d'attribution doivent être hiérarchisés. Le Code admet également que les acheteurs publics pondèrent les critères d'attribution.

Les acheteurs publics peuvent donc influencer différemment sur la prise en compte des aspects environnementaux selon le rang auquel ils placent le critère environnemental par rapport aux autres critères et selon l'éventuelle pondération de ce critère.

Les acheteurs publics peuvent ainsi donner une dimension écologique à leurs marchés publics sans pour autant dénier toute importance à d'autres considérations qui peuvent leur paraître plus essentielles. Les acheteurs peuvent, à l'inverse, décider de mettre le critère environnemental au premier plan en lui adjoignant un fort coefficient de pondération ou en le plaçant à un rang élevé.

La Cour, tout en reconnaissant le principe de la légalité des critères environnementaux en tant que critères d'attribution des marchés publics, en posa les limites d'utilisation, comme elle avait eu l'occasion de le faire pour l'intégration des critères environnementaux comme condition d'exécution du marché.

Rappel : Les conditions de forme et de fond à respecter pour l'intégration des considérations environnementales dans les marchés publics

La Cour de justice des Communautés européennes a défini l'ensemble des règles de forme et de fond à respecter pour intégrer des considérations environnementales dans les marchés publics, comme cela est précisé en première partie de ce document.

- *S'agissant des considérations environnementales comme conditions d'exécution :*

La Cour de justice a eu l'occasion de définir les conditions de fond et de forme à respecter pour leur intégration dans les marchés publics.

La Cour a ainsi indiqué :

« 29. Il résulte de l'arrêt du 9 juillet 1987, précité que, pour être compatible avec la directive, une telle condition doit respecter toutes les dispositions pertinentes du droit communautaire, et notamment les interdictions qui découlent des principes consacrés par le traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation de service.

30. L'exigence d'employer des chômeurs de longue durée pourrait notamment enfreindre le principe de non-discrimination en raison de la nationalité consacré par l'article 7, paragraphe 2, du traité au cas où il s'avèrerait qu'une telle condition ne pourrait être remplie que par les soumissionnaires nationaux ou bien qu'elle serait plus difficilement remplissable par des soumissionnaires provenant d'autres Etats membres. Il appartient au juge national de vérifier, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, si l'exigence d'une telle condition a ou non une incidence discriminatoire directe ou indirecte.

31. Même si les critères dont il est question ci-dessus ne sont pas en tant que tels incompatibles avec la directive, leur mise en œuvre doit avoir lieu dans le respect de toutes les normes procédurales de la directive, et notamment des règles de publicité qu'elle contient. Il convient donc d'interpréter ces dispositions afin de préciser les exigences qui en découlent pour les différents critères visés par la juridiction nationale. »

La Cour en conclut que :

« La condition de l'emploi de chômeurs de longue durée est compatible avec la directive si elle n'a pas d'incidence discriminatoire directe ou indirecte à l'égard des soumissionnaires provenant d'autres Etats membres de la Communauté. Une telle condition particulière supplémentaire doit être obligatoirement mentionnée dans l'avis de marché. »

C'est donc à une double condition que des prescriptions environnementales peuvent être intégrées dans les conditions d'exécution des marchés publics : (1) l'absence d'effet discriminatoire de la clause et (2) l'information des candidats sur la prise en compte de cette condition d'exécution.

- *En ce qui concerne les prescriptions environnementales comme critère d'attribution des marchés publics :*

Tant la jurisprudence communautaire que la jurisprudence nationale rappelle les principes applicables à tout critère d'attribution, à savoir que celui-ci doit être en rapport avec l'objet du marché.

La condition essentielle à la possibilité d'introduire un critère environnemental dans les marchés publics tient à ce que ce critère soit en rapport avec l'objet du marché, c'est-à-dire qu'il soit un élément de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et qu'il ne soit pas discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. Enfin, comme tout critère d'attribution, il doit être indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges.

CONCLUSION

En l'état actuel du droit (en vertu de la directive européenne 2004/18/CE et du nouveau Code des marchés publics français mais également de la jurisprudence), les considérations environnementales, ou sociales, peuvent être intégrées aux marchés publics dans :

- **l'objet du marché : dès la détermination de ses besoins, l'acheteur public est en situation d'influer, ou tout au moins, de prendre en compte la préservation de l'environnement ;**
- **les conditions d'exécution du marché : sous réserve de respecter l'ensemble des règles et les principes fondamentaux du droit communautaire, en général, et les dispositions régissant spécifiquement les procédures de passation des marchés publics, en particulier ;**
- **la sélection des candidatures : à la condition qu'ils permettent d'apprécier la capacité de l'entreprise à exécuter le marché et sous réserve que les documents et renseignements demandés correspondent à ceux autorisés par le Code des marchés publics ;**
- **les critères d'attribution, dans les mêmes limites que les conditions d'exécution du marché, à une réserve supplémentaire près, qu'ils aient un rapport avec l'objet du marché et permettent, ainsi, de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.**

LEXIQUE

- Critère d'attribution

Les critères d'attribution sont les critères qui vont permettre à l'acheteur public de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Ces critères permettent donc à l'acheteur public de classer les offres selon qu'elles répondent au mieux aux critères ainsi établis.

- Critère additionnel

Le critère additionnel est un critère d'attribution d'une nature particulière. Il ne servira à juger les offres que dans la mesure où, au terme du classement de ces offres, les deux meilleures sont équivalentes. Le critère additionnel permettra, ainsi, de départager ces deux offres. En ce sens, le critère additionnel peut être qualifié de critère subsidiaire, c'est-à-dire qu'il ne sera utilisé que si deux offres sont équivalentes ce qui suppose que les offres aient déjà fait l'objet d'un classement sur la base des autres critères d'attribution choisis par l'acheteur public.

- Condition d'exécution

Les conditions d'exécution du marché sont, en quelque sorte, la traduction technique et concrète de l'objet du marché. Elles constituent les modalités techniques de l'exécution du marché. L'acheteur public définit les conditions d'exécution du marché, c'est-à-dire qu'il indique comment le marché devra être exécuté. Les offres des soumissionnaires doivent donc obligatoirement se conformer à ces conditions pour être conformes à l'objet du marché. En conséquence, pour soumissionner, les candidats doivent proposer une offre qui, *a minima*, est conforme aux conditions d'exécution du marché.

- Pouvoir adjudicateur

La notion de pouvoir adjudicateur est une notion d'origine communautaire. Elle sert à déterminer l'ensemble des personnes qui sont soumises au respect des directives communautaires sur les marchés publics. En France, les personnes obligatoirement soumises au Code des marchés publics sont toujours des personnes publiques (Etat, collectivités territoriales, établissements publics). Le droit communautaire soumet au respect du droit communautaire des marchés publics les personnes publiques, mais également d'autres personnes qui par leur nature ou leur mode de fonctionnement s'apparentent à des personnes publiques.

- Cour de justice des Communautés européennes

La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) est une juridiction communautaire. Elle a vocation à appliquer le droit communautaire aux litiges qui lui sont soumis. Dans le cadre de questions préjudicielles posées par les juridictions nationales, elle est amenée à donner une interprétation du droit communautaire à ces juridictions. Ses décisions ont donc une valeur très importante puisque les juridictions nationales doivent appliquer le droit communautaire.

- Traité

Le terme « *traité* » vise, en droit communautaire, l'ensemble des règles et principes issus du traité ayant institué la Communauté européenne et qui a été modifié par les traités relatifs à l'Union européenne. Au titre de ces principes, figure le principe de non-discrimination à raison de la nationalité.

- Principe de non-discrimination

La discrimination est le fait de distinguer deux personnes/entités/éléments/situations en les traitant de manière différente. Ce terme a pris une connotation péjorative. En droit, la discrimination n'est légale que si elle est justifiée par des considérations objectives tenant aux particularités des deux personnes/entités/éléments/situations traités différemment. Ainsi, il est possible de traiter de manière différente deux offres dans le cadre d'un marché public, si ces offres sont objectivement différentes. Le principe de non-discrimination interdit d'introduire des critères ou des conditions dans les marchés publics qui auraient pour conséquence de priver certaines entreprises de la possibilité de soumissionner, à moins que ces critères ou conditions soient objectivement justifiées.

Le fait d'être sélectif, que cela soit à travers les spécifications techniques ou les critères de choix des offres, et par exemple en intégrant des considérations environnementales, n'est pas en soit contraire au droit et en tant que tel « *discriminatoire* » pour autant (i) que l'on a respecté les règles générales des marchés publics telles que la transparence (obligations de publicité, de préciser les éléments substantiels dans l'avis d'appel d'offre ou le règlement du marché, ...) et l'égalité de traitement des candidats, (ii) que les considérations environnementales prises en compte sont évaluables objectivement et n'entraînent pas de fait une liberté inconditionnée de choix, (iii) que pour un critère de choix des offres ces considérations soient liées à l'objet du marché, et (iv) que ces considérations soient conformes aux principes des Traités (pas de sélection à raison de la nationalité, ...).

- Objet du marché

L'objet du marché est le besoin de l'acheteur public. Il s'agit de ce que veut acheter celui-ci. Ce peuvent être des fournitures (achat d'imprimantes, de papier...), une prestation de services (enlèvement et traitement des ordures ménagères, entretien du système informatique...) ou des travaux (construction d'une école, construction de trottoirs...).

- Variante

La variante est une offre d'un soumissionnaire qui constitue une alternative à son offre de base. L'offre de base est l'offre qui répond exactement au besoin de l'acheteur public conformément aux conditions d'exécution que ce dernier a définies. Les acheteurs publics peuvent autoriser les soumissionnaires à présenter des variantes, c'est-à-dire des offres qui proposent une autre solution pour l'exécution du marché. Par exemple, l'acheteur public veut des fenêtres en plastique. Le soumissionnaire proposera une offre de base pour les fenêtres en plastique et en variante, il pourra établir une offre pour des fenêtres en bois. La variante peut porter sur une ou plusieurs des conditions d'exécution du marché. Il appartient à l'acheteur public de déterminer celles des conditions d'exécution qui peuvent faire l'objet d'une variante.

- Pondération

La pondération consiste à affecter aux critères d'attribution des coefficients différents. Plus le coefficient est élevé, plus le critère d'attribution a d'importance et sera déterminant dans le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. La pondération permet, ainsi, de privilégier certains critères d'attribution par rapport à d'autres. Les soumissionnaires ont donc intérêt à présenter les meilleures conditions pour les critères affectés d'un coefficient élevé.

- Preuve

Concernant la vérification des caractéristiques requises pour l'attribution d'un marché, aucun texte d'application n'est intervenu pour préciser les documents que peut exiger la personne responsable du marché et/ou que doivent présenter les candidats en vue de l'attribution du marché, en application de l'article 53 du CMP.

Cependant, il convient de préciser que l'arrête du 26 février 2004 pris en application de l'article 45, alinéa 1er, du CMP (sélection des offres) et fixant la liste des renseignements et ou documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics dispose:

« A l'appui des candidatures et dans la mesure où ils sont nécessaires à l'appréciation des capacités des candidats, l'acheteur public ne peut demander que les renseignements ou l'un des renseignements et les documents ou l'un des documents suivants :

(...) Certificats établis par des services chargés du contrôle de la qualité et habilités à attester la conformité des fournitures ou des services à des spécifications ou des normes. L'acheteur public acceptera toutefois d'autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité produites par les prestataires de services, si ceux-ci n'ont pas accès à ces certificats ou n'ont aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés ; »

En outre, l'article 50 de la Directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dispose (cette Directive ne sera

directement applicable en droit interne qu'à expiration de son délai de transposition, à savoir le 31 janvier 2006) :

« Lorsque les pouvoirs adjudicateurs (...) demandent la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes de gestion environnementale, ils se reportent au système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS) ou aux normes de gestion environnementale fondées sur les normes européennes ou internationales en la matière et certifiées par des organismes conformes à la législation communautaire ou aux normes européennes ou internationales concernant la certification. Ils reconnaissent les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres. Ils acceptent également d'autres preuves de mesures équivalentes de gestion environnementale produites par les opérateurs économiques. »

Il résulte de ces dispositions que si la présentation d'un certificat peut être envisagée pour prouver que le candidat remplit les critères environnementaux d'attribution du marché, en application du principe de non discrimination, **la personne publique devra accepter toutes autres preuves de cette « qualité environnementale »** pour que ne soient pas exclus les candidats qui n'auraient pas accès à de tels certificats.