

CERTIFICATS D'ÉCONOMIE D'ÉNERGIE ET COMMANDE PUBLIQUE

QUESTION

Quelles sont les règles de la commande publique à respecter par les collectivités territoriales qui souhaitent recourir au dispositif des certificats d'économies d'énergie ?

RÉPONSE

Les travaux d'économies d'énergie réalisés sur le patrimoine des collectivités territoriales peuvent donner lieu à la délivrance de certificats d'économies d'énergie (CEE).

Quatre situations peuvent être distinguées pour l'obtention de ces certificats d'économies d'énergie au regard des règles de la commande publique.

I. Première situation : Vente de CEE obtenus par la collectivité auprès du PNCEE suite à un marché de travaux.

La collectivité fait réaliser des travaux sur son patrimoine, dans le respect des règles de la commande publique qui lui sont applicables, sans prévoir, dans le cadre de ce marché de travaux, de valorisation de ses CEE.

A l'issue des travaux, la collectivité se charge de constituer une demande de CEE, pour son compte, auprès du Pôle national des certificats d'économies d'énergie (PNCEE).

Après obtention des certificats, elle peut les vendre à un ou des obligés. Ces opérations de vente ne sont pas soumises aux règles de la commande publique.

II. Deuxième situation : Cession du droit à réclamer des CEE d'une opération, préalablement aux travaux et indépendamment du marché de travaux.

Préalablement à la réalisation des travaux par la collectivité dans le respect des règles de la commande publique qui lui sont applicables, la collectivité conclut un partenariat avec un obligé afin d'obtenir une participation financière, en échange de la cession du droit à réclamer les CEE qui seront obtenus à l'issue des travaux.

Le partenariat entre l'obligé et la collectivité ne relève pas des règles de la commande publique si les critères suivants sont réunis :

- la convention prévoit l'équivalence financière entre participation financière et CEE cédés ;
- la participation financière n'intervient pas avant la fin des travaux ;
- la convention ne prévoit aucune prestation de service du partenaire au bénéfice de la collectivité.

Dans le cas où le partenariat ne relève pas des règles de la commande publique, la collectivité peut organiser, si elle le souhaite, une consultation publique afin de bénéficier de la meilleure offre possible.

En revanche, dans le cas où des prestations d'accompagnement sont réalisées (soutien à l'élaboration des outils de sensibilisation portant sur l'utilisation efficace de l'énergie, fourniture de supports de communication, conseils en matière de bonne utilisation d'équipements...), la convention doit faire l'objet d'une procédure de publicité et de mise en concurrence conforme aux règles de la commande publique applicables à cette collectivité.

Ces prestations de services, même si elles sont accessoires à l'objet principal de la convention qui concerne la cession du droit à réclamer des CEE, sont en effet soumises aux règles de la commande publique, conformément aux directives du droit de l'Union européenne et aux textes nationaux qui les ont transposées.

III. Troisième situation : Valorisation des CEE dans le cadre de la procédure de passation du marché de travaux.

D'une manière générale, la collectivité ne peut imposer le paiement en CEE dans le cadre d'un marché public passé pour la réalisation des travaux. En effet, si les entreprises candidates obligées, ou associées à un obligé, ont intérêt à privilégier le paiement par CEE, cet intérêt est absent pour les entreprises soumissionnaires non soumises à des obligations d'économies d'énergie.

Prévoir une obligation de paiement en CEE ou prévoir un critère de sélection des offres privilégiant les candidats qui accepteraient le paiement en CEE méconnaîtrait donc le principe d'égal accès à la commande publique.

La valorisation des CEE peut néanmoins être intégrée dans le cadre d'un marché de travaux passé par une collectivité de deux manières.

➤ **1ère hypothèse : la collectivité prévoit expressément, dans ses documents de la consultation, la possibilité de valoriser les CEE comme élément de prix du marché.**

La possibilité de la valorisation des CEE comme élément de prix du marché peut être proposée aux candidats à un marché public, sous réserve de respecter les conditions suivantes, qui visent à garantir l'égalité de traitement entre les candidats et la transparence des procédures :

- Les pièces du marché doivent prévoir, en amont, la possibilité pour les candidats de voir le prix du marché minoré de la valeur des CEE correspondant à l'opération, ainsi que les conditions précises de la valorisation des CEE.

Dans cette hypothèse, seules les offres présentant la valorisation des CEE conformément aux indications énoncées par la collectivité dans le cahier des charges, pourront être examinées. Les offres non conformes à ces prescriptions devront être déclarées comme irrégulières au sens de l'article 35 I 1° du CMP, car ne respectant pas les exigences formulées dans les documents de la consultation.

- Le chiffrage des CEE par les candidats ne doit pas provoquer une rupture d'égalité de traitement des candidats par mésestimation de la valeur réelle des CEE. L'acheteur doit donc prévoir les modalités financières précises de détermination de la valeur des CEE.
- Lors de l'analyse des offres, l'acheteur doit pouvoir comparer objectivement les offres brutes (présentées en numéraire uniquement) et les offres mixtes (présentées en numéraire et avec valorisation des CEE) afin de déterminer, sans discrimination, l'offre économiquement la plus avantageuse.
- Le cahier des charges doit prévoir l'hypothèse où les CEE ne seraient pas délivrés à l'issue du marché, en indiquant le mode de rémunération alternatif proposé par le candidat si la part "CEE" du prix n'était pas obtenue.
- L'acheteur doit également prévoir des pénalités si le soumissionnaire ne remplit pas ses obligations contractuelles visant à l'obtention des CEE.

➤ **2ème hypothèse : la collectivité ne prévoit pas expressément la possibilité de valoriser les CEE comme élément du prix du marché, mais autorise les variantes.**

Pour faciliter la prise en considération de la valorisation des CEE dans ce type de marché, les collectivités, qui ne souhaitent pas définir en amont dans les documents du marché les modalités de valorisation des CEE, ont intérêt à autoriser les variantes.

Le régime de la variante est défini à [l'article 50 du CMP](#). La variante est une offre, équivalente et alternative à la solution de base, que propose le candidat. Elle peut consister en une modification de certaines des spécifications techniques décrites dans le cahier des charges ou, plus généralement, dans le dossier de consultation. Elle peut aussi consister en un aménagement des conditions financières du marché.

Dans les procédures formalisées, à défaut d'avoir été expressément autorisées, les variantes ne sont pas admises.

La variante permet ainsi aux candidats de proposer à la collectivité une solution ou des moyens pour effectuer les prestations du marché, autres que ceux fixés dans le cahier des charges. Les documents de la consultation doivent toutefois mentionner les exigences minimales ainsi que les modalités de présentation que les variantes doivent respecter afin d'être prises en considération.

Depuis l'intervention du décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique, les candidats à un marché public peuvent désormais présenter une offre variante, sans que celle-ci accompagne nécessairement une offre de base, sauf mention contraire dans les documents de la consultation.

Cette souplesse permet aux candidats intéressés de présenter une offre variante intégrant une valorisation des CEE, sans avoir à présenter une offre de base prévoyant une rémunération sous la seule forme d'un prix.

Dans les deux hypothèses, l'entreprise retenue sera rémunérée soit, exclusivement sous forme numéraire, soit, en tout ou en partie, par rétrocession de certificats, selon le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse effectué par la collectivité.

A l'issue des travaux :

- si le candidat retenu est rémunéré exclusivement sous forme numéraire, alors la collectivité est la seule entité à pouvoir obtenir des CEE ;
- si le candidat choisi est rémunéré, en tout ou en partie, sous forme de CEE, alors l'obligé concerné est le seul à pouvoir bénéficier de CEE.

IV. Quatrième situation : les travaux sont réalisés sans frais pour la collectivité grâce à la valorisation de CEE.

Certaines entreprises de bâtiments proposent spontanément à des collectivités de réaliser des travaux sur leur patrimoine, dont le financement est assuré intégralement par la valorisation des CEE procurés par les travaux.

Or, les travaux que l'entreprise propose sont effectués à titre onéreux pour répondre à un besoin de la collectivité. L'abandon de recettes que constituent les CEE confère en effet au contrat un caractère onéreux. Ils répondent donc à la définition d'un marché public de travaux et doivent être soumis aux règles de la commande publique.

Il n'est donc pas possible pour une collectivité de contracter directement avec une entreprise pour la réalisation de travaux sans publicité et sans mise en concurrence, y compris lorsque cette relation contractuelle naît d'une offre spontanée présentée par un opérateur économique.

Les travaux doivent faire l'objet d'un marché public de travaux.

Si la collectivité souhaite valoriser les CEE, elle doit alors s'intégrer dans une des trois situations décrites précédemment.