

REGARDS CROISES MINDEF - MEDEF



2016 : nouvelle réglementation de l'achat public

Sommaire

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCTION | 4 |
| Le contexte | 4 |
| Le groupe de travail | 5 |
| Les axes de progrès et les recommandations | 5 |
| I. CHANTIER 1 : SIMPLIFICATION, DÉMATÉRIALISATION ET TRANSPARENCE DES ACHATS | 6 |
| Axe de progrès 1 : Simplifier les règles de consultation | 6 |
| Axe de progrès 2 : Favoriser la dématérialisation complète des procédures | 9 |
| Axe de progrès 3 : Développer un achat plus transparent | 10 |
| II. CHANTIER 2 : PERFORMANCE GLOBALE DES ACHATS | 14 |
| Axe de progrès 1 : Le « sourcing » | 14 |
| Axe de progrès 2 : Développer un achat plus performant | 15 |
| Axe de progrès 3 : La politique d'achats responsables | 17 |
| Axe de progrès 4 : L'innovation | 20 |
| Axe de progrès 5 : Éthique et Déontologie (Lutte et sanction contre les mauvais comportements) | 21 |
| Points divers | 21 |
| III. COMMUNICATION DES TRAVAUX | 22 |
| IV. ANNEXE N° 1 | 23 |
| Composition du groupe de travail MINDEF-MEDEF « Regards croisés » | 23 |
| V. ANNEXE N° 2 | 25 |
| RÉCAPITULATIF DES RECOMMANDATIONS | 25 |



INTRODUCTION

Le contexte

A la suite d'une réforme effectuée au plan européen, un chantier de modernisation et de simplification du droit français de la commande publique (marchés publics et contrats de concession) a été engagé. Il est aujourd'hui unifié autour des ordonnances n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et de leurs décrets d'application. Pour les marchés publics, les règles de niveau réglementaire sont maintenant réunies dans 2 décrets, l'un relatif aux marchés publics (décret n° 2016-360 du 25 mars 2016) et l'autre relatif aux marchés de défense et de sécurité (décret n° 2016-361 du 25 mars 2016).

Pour mémoire, la liste des principaux textes recensés relatifs aux marchés publics est la suivante :

- ◆ ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;
- ◆ loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite loi SAPIN II ;
- ◆ décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ;
- ◆ décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité ;
- ◆ décret n° 2016-412 du 07 avril 2016 relatif à la prise en compte de la performance énergétique dans les marchés publics ;
- ◆ arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics ;
- ◆ arrêté du 25 mai 2016 fixant la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution de marchés publics et de contrats de concession ;
- ◆ avis relatif à la liste des dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail permettant de rejeter une offre comme anormalement basse en matière de marchés publics ;
- ◆ avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics ;
- ◆ avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique ;
- ◆ avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique ;
- ◆ avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques.

¹ Le décret n° 2016-361 relatif aux marchés de défense et sécurité (MDS) n'est pas considéré dans le périmètre d'étude du groupe de travail.

Le groupe de travail

Afin d'accompagner au mieux la mise en œuvre de cette réforme de l'achat public, sur l'initiative du directeur adjoint du SGA, la Mission Achats a souhaité recueillir la parole des fournisseurs et proposé au MEDEF, via le Comité de Liaison Défense (CLD), l'organisation d'un groupe de travail conjoint permettant de développer des « regards croisés » sur les dispositions de la nouvelle réglementation. Ce groupe de travail a été constitué d'une part, d'experts du MEDEF issus du monde de l'entreprise et des fédérations professionnelles et d'autre part, pour le MINDEF, d'experts de la Mission Achats soutenus par la direction des affaires juridiques (Cf. Composition du groupe de travail en annexe n° 1). Le groupe s'est réuni en séance de travail de mai à novembre 2016.

Les axes de progrès et les recommandations

Lors de sa première réunion du 26 mai 2016, le groupe de travail a identifié différents axes de progrès, soit : la simplification, la dématérialisation, l'allotissement et les marchés globaux, l'amélioration de la performance, les achats plus responsables, les achats plus transparents et les achats plus sûrs. Deux chantiers regroupant ces différents axes ont ensuite été définis, l'un portant sur la simplification, la dématérialisation et la transparence des achats, et l'autre sur la performance globale des achats comportant notamment les aspects liés au sourcing, l'élargissement du recours à la procédure négociée et au dialogue compétitif, le recours aux variantes et à la politique d'achats responsables.

Ces « regards croisés » ont permis au ministère et aux entreprises de mieux saisir les nouvelles opportunités offertes par l'évolution de la réglementation, ceci dans un esprit de relations fournisseur responsables. Outre la synthèse des travaux réalisés, le présent document propose un ensemble de 20 recommandations (Cf. Liste récapitulative en annexe n° 2).



I. CHANTIER 1 : SIMPLIFICATION, DÉMATÉRIALISATION ET TRANSPARENCE DES ACHATS

Axe de progrès 1 : Simplifier les règles de consultation

◆ Les documents de candidature

Références juridiques

Article 51 (section 6 - sélection des candidats) de l'ordonnance.

Articles 44 – IV (section 3 - sélection des candidats), 49 (DUME) et 53 (documents justificatifs) du décret.

Évolution de la réglementation

L'acheteur peut imposer des conditions particulières de participation à la consultation. Ces conditions doivent lui permettre d'appréhender les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats. La réglementation oblige à ce que ces exigences soient liées et proportionnées à l'objet du marché ; la fixation d'exigences disproportionnées crée en effet un risque sur la qualité et le nombre de candidatures au titre de la consultation. Les exigences relatives à la capacité financière des candidats sont notamment limitées par la nouvelle réglementation. Au titre des candidatures, la logique de déclaration sur l'honneur est étendue. De plus, un document unique dit Document Unique de Marché Européen (DUME) est mis à disposition des opérateurs économiques pour présenter leur candidature, document qui sera rendu obligatoire à partir du 1^{er} avril 2018.

La simplification des procédures concerne d'abord l'étape de sélection des candidatures. La demande de documents trop complexes et d'un trop grand nombre de justificatifs à l'appui de la candidature peut en effet se révéler un frein à l'accès des entreprises à la commande publique. La demande d'attestations justificatives doit être faite au juste nécessaire par chaque entité d'achats.

Dans une logique de simplification, proposition est faite que chaque entreprise candidate puisse joindre à sa candidature, un tableau récapitulatif des pièces déjà communiquées en considérant la logique du « Dites-Le Nous Une Fois » (DLNUF).

Pour l'analyse des candidatures, le groupe rappelle que les entités d'achats doivent toujours considérer la capacité des entreprises à s'adapter en ressources et compétences, aux exigences fixées par la consultation.

Le groupe note l'intérêt de développer le nouveau dispositif du Marché Public Simplifié (MPS) qui permet à une entreprise de simplifier le dépôt dématérialisé de sa candidature et de son offre sur le système PLACE, en faisant appel au seul n° SIRET. Il est ici rappelé la possibilité de faire également appel au système de coffre-fort électronique disponible sous PLACE.

RECOMMANDATION N° 1

La réglementation prévoit de faciliter l'accès des entreprises à la commande publique en simplifiant les règles de candidature qui leur sont fixées.

Il est nécessaire de sensibiliser les entités d'achats sur les conditions et les exigences à imposer lors de l'appel à candidatures, pour qu'elles ne demandent que des documents justificatifs strictement nécessaires à leur appréciation des candidatures, ceci à partir de la liste fixée par l'arrêté du 29 mars 2016.

RECOMMANDATION N° 2

La réglementation avait introduit une exigence de communication du casier judiciaire des entreprises au titre des documents justificatifs de candidature. La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite loi SAPIN II remplace cette exigence par l'obligation de fournir une attestation sur l'honneur qui est reprise dans le formulaire DC1.

RECOMMANDATION N° 3

La réglementation introduit un nouveau document, le Document Unique de Marché Européen (DUME), pour présentation des candidatures.

Les entités d'achats doivent être informées dès à présent du possible emploi du DUME lors de leurs consultations, dans un souci d'uniformisation de pratique, même si les entreprises ne sont pas astreintes à l'utiliser avant les échéances fixées par la réglementation (1^{er} avril 2017 pour les centrales d'achats, et à compter du 1^{er} avril 2018 pour les autres acheteurs). L'emploi des DC1 et DC2 est toujours autorisé pendant cette période. Le MEDEF rappelle que l'acheteur ne peut aujourd'hui imposer à un opérateur économique de présenter sa candidature via le DUME.

RECOMMANDATION N° 4

Le nouveau dispositif « Marché Public Simplifié » dit MPS a pour objectif de simplifier pour les entreprises (notamment les PME et les TPE), les modalités de réponse (candidature et offre) aux marchés.

Le recours au dispositif MPS sur la plate-forme PLACE permet de simplifier le dépôt dématérialisé des candidatures et des offres des entreprises. A ce titre, les entités d'achats et les entreprises sont invitées à développer le recours à cette procédure qui allège les formalités de consultation.



◆ Les actes d'engagement

Référence juridique

Article 64 (attribution du marché public) du décret.

Évolution de la réglementation

Le document ATTRI 1, modèle de l'acte d'engagement, remplace le document type DC3. Les candidatures et les offres n'ont plus à être signées dès le dépôt des offres. La signature de l'offre n'est en effet obligatoirement requise qu'au stade de l'attribution du marché.

En appel d'offres, il reste utile de demander la signature du document ATTRI 1 « acte d'engagement » par chaque soumissionnaire. En effet, pour cette procédure, aucune modification de l'engagement pris n'est possible et vis-à-vis de l'offre déposée seule une « mise au point » est en effet autorisée.

Point d'attention : La mise au point permet seulement une clarification des engagements réciproques avant la notification du contrat (article 64 du décret).

Afin de simplifier les conditions d'engagement des procédures adaptées, les entités d'achats décident d'imposer ou non la signature d'un acte d'engagement lors de la remise d'offre initiale car lors de la négociation, cette offre peut varier et l'acte d'engagement évolue en conséquence.

RECOMMANDATION N° 5

La réglementation fait évoluer les formalités d'engagement. Concernant le document ATTRI 1, il est préconisé aux entités d'achats de ne demander la signature de ce document qu'auprès de l'attributaire pressenti et non de l'ensemble des candidats. Il est également souligné l'intérêt de contractualiser les marchés à procédure adaptée (MAPA) sur la base de devis, ceci suivant une politique de seuil fixée au niveau des entités d'achats. Il est rappelé aux entités d'achats que seul l'acte d'engagement doit être signé.

Axe de progrès 2 : Favoriser la dématérialisation complète des procédures

Référence juridique

Article 41 (dématérialisation) du décret.

Évolution de la réglementation

Une obligation de dématérialisation totale des procédures d'achat public est imposée à compter du 1er octobre 2018. L'objectif fixé est de développer la dématérialisation des communications et des échanges par voie électronique, y compris pour les négociations afin de réduire les coûts et délais, tant pour la passation, qu'à terme pour l'exécution des marchés publics.

Au niveau interministériel, tous les achats supérieurs à 25 K€ HT sont aujourd'hui soumis à une publication obligatoire via la plate-forme PLACE.

La dématérialisation accompagne l'effort de modernisation et de simplification des procédures et contribue à améliorer la qualité des relations du ministère avec ses fournisseurs. Cette dématérialisation rend nécessaire un élargissement de l'obligation de réponse aux consultations par voie dématérialisée. Elle doit être à terme réalisée tout au long du processus de passation du contrat d'achat : de la publication, à la réception des candidatures et des offres jusqu'à la notification du contrat, ce qui implique un changement de culture et une formation des acteurs au niveau des entités d'achats et des entreprises.

RECOMMANDATION N° 6

La dématérialisation des procédures d'achat doit être renforcée et généralisée d'ici le 1^{er} octobre 2018.

Au vu de cette échéance, il est nécessaire de sensibiliser les entités d'achats et les entreprises sur le nécessaire développement du recours à la dématérialisation des procédures via la plate-forme PLACE, en encourageant l'appel au dispositif MPS lorsque cela est possible.

Axe de progrès 3 : Développer un achat plus transparent

◆ Information des candidats

Référence juridique

Article 99 (section 2 – information des candidats et des soumissionnaires) du décret.

Évolution de la réglementation

La réglementation introduit l'obligation d'informer les candidats non retenus (au stade de la candidature ou de l'offre) dans le cadre de la procédure adaptée.

Si la procédure de marché formalisé astreint à une information complète des candidats évincés, pour les marchés en procédure adaptée (MAPA) supérieurs à 25 K€ HT, la réglementation introduit une exigence d'information des candidats non retenus même si ce rejet n'a pas à être motivé. Il est ici à noter que la réglementation n'impose toujours pas en procédure adaptée de délai de « *stand still* » (délai entre la date d'envoi de la lettre de notification du rejet et la signature du marché) permettant un éventuel recours avant notification de l'acte.

RECOMMANDATION N° 7

La réglementation impose un effort global de transparence des procédures.

Dans ce cadre, il est utile de sensibiliser les entités d'achats sur la nouvelle exigence d'information des candidats non retenus au titre des MAPA.

◆ L'analyse des offres

Références juridiques

Articles 32 (section 3 - Allotissement), 53 (OAB) et 62 (sous-traitance) de l'ordonnance.

Articles 60 (OAB) et 62.II (attribution du marché public) du décret.

Évolution de la réglementation

La réglementation introduit de nouvelles règles en matière de lutte contre les offres anormalement basses (OAB) et dote les acheteurs d'outils pour les détecter. Il est ainsi obligatoire de rejeter les offres lorsqu'elles ne respectent pas les normes applicables en matière de droit social, de droit du travail et de droit de l'environnement. Ces règles sont aussi étendues aux sous-traitants ; l'acheteur doit ainsi vérifier que la part sous-traitée d'un marché ne fait pas l'objet d'une offre anormalement basse.

L'analyse des offres doit inclure la détection, la gestion et le rejet des offres anormalement basses. L'acheteur peut ici recourir à des indices caractérisant l'offre anormalement basse (OAB) (Une fiche technique de la DAJ du Minefi précise ce point). Le contrôle de l'offre anormalement basse s'applique aussi à la sous-traitance (articles 62 de l'ordonnance et 60 du décret). Lors de la consultation, l'acheteur doit privilégier la demande de communication par

le fournisseur candidat de devis justificatifs à l'appui de l'offre remise, et, si l'offre lui semble anormalement basse, demander des justifications. Sur la base des informations fournies, il doit étudier son rejet.

RECOMMANDATION N° 8

La réglementation renforce la lutte contre les offres dites anormalement basses (OAB).

Une action de sensibilisation doit être engagée tant par les entités d'achats, que par les entreprises, sur la détection, la gestion et le rejet de ces offres.

♦ La relecture des documents de consultation

Chaque entité d'achats doit assurer un contrôle de cohérence du dossier de consultation. Ce contrôle implique d'organiser une revue collégiale avec le technicien qui rédige le cahier des charges techniques et l'acheteur qui rédige les termes contractuels, ceci avant publication du dossier de consultation. Cette logique de travail collaboratif permet de constituer de meilleurs documents de consultation et éviter le travail séquentiel. Au MINDEF, ce travail collaboratif est organisé au sein des entités d'achats, au travers de commissions internes de cadrage et de relecture en présence des techniciens. Cette logique de revue peut être étendue au niveau des fournisseurs au moment du lancement d'exécution du marché.

RECOMMANDATION N° 9

La réglementation encourage la simplification des documents de consultation.

Les entités d'achats doivent favoriser une démarche de travail collaboratif et de définition collégiale en amont des documents de consultation (incluant la mise à jour des clausiers types contractuels et techniques) et après attribution, de systématiser en aval, la revue de lancement de marché avec le ou les titulaire(s) désigné(s).



♦ La gestion des modifications (ex-avenants)

Références juridiques

Articles 139 et 140 (chapitre IV – modification du marché public) du décret.

Évolution de la réglementation

La réglementation définit les possibilités de recours aux modifications de marché :

- lorsqu'une clause contractuelle le prévoit (clause de réexamen) ;
- lors d'un changement de titulaire (en cas de restructuration) ;
- lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés de fournitures courantes et services, ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés travaux) ;
- pour des prestations supplémentaires devenues nécessaires sans possibilité de changer de titulaire ou en cas de sujétions imprévues (< 50 % du marché initial – la modification vient remplacer le système de marché complémentaire) ;
- pour des modifications non substantielles (une modification est jugée substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui auraient pu exercer une influence sur la procédure de mise en concurrence initiale ou si elle affecte l'équilibre économique du marché ou en étend considérablement le champ).

L'évolution de la réglementation porte obligation de publicité des modifications faites sur contrat.

RECOMMANDATION N° 10

La réglementation introduit des dispositions relatives à l'encadrement des modifications de contrat.

Les entités d'achats et les entreprises doivent être sensibilisées, notamment :

- aux clauses de réexamen (article 139-1 du décret) ;
- à la mise en œuvre du mécanisme du double seuil (art 139-6 du décret) ;
- aux possibilités de modification des contrats et l'exigence de publicité de ces modifications.

♦ La transparence des données de marché

Références juridiques

Articles 105 (rapport de présentation) et 107 (open data) du décret.

Évolution de la réglementation

La réglementation confirme l'exigence et le formalisme du rapport de présentation comme support de présentation du déroulement et du résultat des procédures.

Les acheteurs sont appelés à rendre accessibles les données essentielles des contrats de la commande publique via une démarche dite d'open data. L'Open Data est en effet un levier jugé stratégique de modernisation de la commande publique par l'ouverture et le partage des données publiques relatives aux marchés publics, ceci dans le plein respect des exigences du secret industriel et commercial. Ce partage des données publiques garantit la transparence et une efficacité accrue de l'action publique. Les outils dématérialisés, comme le profil d'acheteur sur la plate-forme PLACE, faciliteront l'accès à des données essentielles des contrats sous format ouvert et librement réutilisable.

Le rapport de présentation reste non directement accessible aux fournisseurs. Le groupe note avec intérêt la mise à disposition des données de marché dans le cadre de la mise en œuvre de la politique gouvernementale d'open data (d'ici 2018).

RECOMMANDATION N° 11

La réglementation introduit le développement d'un effort d'open data au niveau de l'Achat public.

Le ministère participe avec la DAE à l'étude des conditions de mise en œuvre de l'article 107 du décret via la plate-forme PLACE (support du « profil acheteur ») pour assurer la mise à disposition d'ici octobre 2018, des données de marché (pour les marchés supérieurs à 25 K€ HT) dans le cadre de la politique d'open data gouvernementale.



II. CHANTIER 2 : PERFORMANCE GLOBALE DES ACHATS

Axe de progrès 1 : Le « sourçage »

Référence juridique

Article 4 (études et échanges préalables avec les opérateurs économiques) du décret.

Évolution de la réglementation

Le « sourçage » est dorénavant consacré comme un vecteur de renforcement de la performance de l'Achat public et des compétences acheteur. Il permet à l'acheteur de mieux connaître les conditions du marché et de disposer ainsi d'une connaissance plus approfondie des solutions techniques existantes et notamment des innovations. Afin de préparer le lancement d'une procédure d'achat public, les acheteurs sont désormais invités à réaliser des consultations ou des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de leur projet et de leurs exigences.

Le MINDEF insiste sur sa volonté de développer son dialogue avec les opérateurs pour mener une politique de relations économiques plus responsables et développer des relations durables et équilibrées. Une telle politique nécessite un cadrage d'action via des règles de déontologie (cf. Charte déontologique de l'Achat public au niveau du MINDEF), et la mise en place d'outils adaptés.

Le « sourçage » implique de traiter la question du « comment se fréquenter sans danger ? ». Il incite à la définition d'une nouvelle norme de travail maintenant la sécurité juridique autour de 2 axes : l'Éthique (valeurs) Acheteur et la Déontologie (règles) du Métier Achat, ceci pour prévenir les risques de dérives et notamment le délit de favoritisme. Il convient de fixer des limites dans les conditions de transmission d'information afin de garantir le respect des règles de confidentialité commerciale et l'égalité de traitement des possibles candidats à une consultation future.

Si le « sourçage » est utile en amont des procédures d'achats, le dialogue entreprises – entités d'achats est également important tout au long de la vie des contrats. Le développement du « sourçage » implique une évolution de la culture interne des entités d'achats afin de « dédramatiser » le dialogue avec les opérateurs économiques, une évolution prônée par le ministère dans le cadre du label « Relations Fournisseur Responsables » (RFR). Ce dialogue doit être structuré et respectueux pour éviter toute influence et pleinement considérer la confidentialité commerciale et la recherche d'une meilleure connaissance du tissu économique. Ce « sourçage » en amont des procédures d'achat peut être structuré par appel à différentes techniques tel l'appel à compétences ou demande d'informations, des actions de communication (hors procédure d'achat), ou d'autres vecteurs plus classiques comme la participation à des salons professionnels (contribuant à la connaissance du tissu économique), ou encore la visite de sites industriels.

RECOMMANDATION N° 12

La réglementation consacre la pratique du « sourçage » défini comme l'ensemble des études et échanges préalables avec les opérateurs économiques.

Les règles de déontologie de l'achat public doivent être adaptées et les entités d'achats et les entreprises sensibilisées et conseillées sur les conditions de mise en œuvre de ce « sourçage » notamment au niveau de la protection de la propriété intellectuelle et de la garantie de la confidentialité commerciale (à prendre en compte lors des démarches de demande d'informations...).

Axe de progrès 2 : Développer un achat plus performant

◆ L'élargissement du recours à la procédure négociée et au dialogue compétitif

Références juridiques

Article 42 (procédures de mise en concurrence) de l'ordonnance.

Articles 25 (procédures formalisées – dialogue compétitif ou procédure concurrentielle avec négociation) et 71 (Procédure concurrentielle avec négociation) du décret.

Évolution de la réglementation

La réglementation élargit les conditions de recours au dialogue compétitif qui autorise les acheteurs à élaborer de concert avec l'opérateur économique la réponse technique à un besoin. Une procédure dite concurrentielle avec négociation est introduite. Le décret élargit les possibilités de recourir à une procédure négociée en cas d'absence de solutions immédiatement disponibles, de solution innovante, de prestations de conception, de complexité dans le montage juridique et financier, de risques associés aux marchés, de spécifications techniques imprécises ou en cas d'offres irrégulières ou inacceptables.

Pour le MINDEF, le développement de la négociation constitue une évolution du métier d'acheteur public, évolution qu'il est nécessaire d'accompagner compte-tenu du changement culturel qu'il impose. Si la compétence est présente, il est nécessaire de faire accepter une plus large prise d'initiative et une certaine dose de prise de risque. La procédure négociée offre plus de souplesse. La capacité de négociation donne en effet plus de liberté aux participants, contrairement au dialogue compétitif, procédure normée et formaliste qui a été précisée par la réglementation. Le MINDEF envisage d'y recourir plus largement hors « achats sur étagères » toujours soumis au régime de l'appel d'offres. Il doit accompagner ce changement de culture interne et encourager ses entités d'achats à recourir à la nouvelle procédure concurrentielle avec négociation.

RECOMMANDATION N° 13

La réglementation introduit la procédure concurrentielle avec négociation.

Les entités d'achats doivent être encouragées à recourir à cette procédure via l'information des acheteurs et des représentants du pouvoir adjudicateur.



♦ La politique d'allotissement et de marchés globaux

Références juridiques

Allotissement : Article 32 (section 3 – Allotissement) de l'ordonnance.

Marchés globaux : Articles 33, 34 et 35 (marchés publics de conception-réalisation, globaux de performance et globaux sectoriels) de l'ordonnance. Articles 91 et 92 (section 2 – marchés publics globaux) du décret.

Évolution de la réglementation

Au niveau des procédures, l'allotissement est obligatoire et tout non-allotissement doit être dûment justifié en droit et en fait. Des dérogations sont acceptées dans le cadre de la passation de marchés publics globaux (cf. Fiche DAJ MINEFI « Allotissement et marchés globaux »).

Dans le cadre de sa politique Achat et de ses stratégies d'achats, le MINDEF a développé une démarche de mutualisation des besoins et de massification des achats aux fins de réduire le nombre de ses procédures et d'améliorer sa performance. L'allotissement est également considéré comme un levier dans cette démarche stratégique. La définition de chaque stratégie d'achats prend en compte divers axes de performance (économique, social, environnemental, innovation, réactivité en raison de besoins opérationnels incertains) dont une analyse orientée globalisation et/ou lotissement, en considérant la réalité du marché fournisseurs. Suivant la nature des achats, la catégorisation des produits, l'ancrage territorial ou national de ses entités, le MINDEF peut décider de recourir à des marchés globaux. Dans ce cadre, le MINDEF ne voit aucune objection à la présentation d'entreprises candidates (notamment les PME) sous forme de groupement. Afin de favoriser une plus grande professionnalisation des pratiques, le Responsable Ministériel Achats (RMA) du MINDEF indique au groupe qu'il met en œuvre un contrôle d'activité sur le support de décisions d'exclusivité ministérielle en termes de politique Achat et d'un dispositif d'avis de performance pour toute stratégie contractuelle supérieure à 135 K€ HT (environ 1 000 procédures/an). Il supervise également le déploiement d'un nouveau SI Achats ministériel, outil de meilleure gestion et gouvernance des achats.

Nota : la réglementation prévoyait, lors d'une procédure allotie, la possibilité de prendre en compte des offres (de prix) variables (article 32 de l'ordonnance). Cette possibilité a été abrogée par la loi SAPIN II.

♦ La gestion des variantes

Référence juridique

Article 25 II 2° (définition innovation) du décret.

Évolution de la réglementation

Afin de développer l'émergence de solutions innovantes, le recours aux variantes est encouragé. En effet, en autorisant la présentation de variantes, l'acheteur peut admettre des solutions techniques alternatives (parfois innovantes), sans que celles-ci ne soient nécessairement accompagnées d'une offre de base.

L'ouverture aux variantes est une opportunité pour permettre au fournisseur d'être force de proposition notamment en termes d'innovation. Mais ce recours aux variantes dépend des domaines concernés. Elle pose la question de l'orientation initiale du cahier des charges (logique fonctionnelle et de résultat) et nécessite une discussion avec le prescripteur.

RECOMMANDATION N° 14

Chaque entité d'achats doit inscrire une clause précisant les conditions de traitement des variantes au niveau de son clausier contractuel type.

Axe de progrès 3 : La politique d'achats responsables²

Références juridiques

Articles 36 et 37 (extension des marchés réservés) de l'ordonnance.

Articles 10 (label), 62 (critères d'attribution) et 63 (notion de « cycle de vie ») du décret.

Évolution de la réglementation

La réglementation promeut l'utilisation stratégique de l'achat public comme levier de politique en matière d'emploi et de développement durable, notamment en optimisant les politiques d'achats par l'insertion dans les marchés publics de clauses sociales et environnementales pour faire de la commande publique un véritable levier d'une politique publique responsable. Elle autorise l'acheteur à exiger un label particulier sous conditions, dans les critères d'attribution, dans les spécifications ou les conditions d'exécution de marché.

Le développement durable est pris en compte dans les différentes politiques du ministère (environnement, achats, handicap...). Le MINDEF s'est en effet engagé dans une politique d'achats responsables dès 2007 par la rédaction d'une première directive ministérielle spécifique. Le développement durable est systématiquement étudié lors de l'élaboration des stratégies d'achats, des stratégies contractuelles et dans l'avis de performance rendu par la Mission Achats.

² Existence d'un guide social au MEDEF (aide à la définition des clauses sociales) et d'une instruction ministérielle achats responsables au MINDEF.



Pour accompagner les acheteurs dans leurs démarches d'achats responsables, le ministère a créé en 2010 un réseau de référents achats durables. Au nombre de 40, ils constituent un réseau d'agents formés aux problématiques de développement durable. Il est animé par la Mission Achats et constitue un relais de diffusion de la politique ministérielle dans les entités d'achats.

♦ Intégration des exigences sociales et environnementales

La réglementation engendre certaines évolutions en matière d'achats publics responsables. Seuls les critères sociaux et environnementaux, prévus par la réglementation en matière de marchés publics et liés à l'objet du marché, sont reconnus par la réglementation européenne (cf. Considérant 97 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE) et française relative aux marchés publics (article 38 de l'ordonnance et décret marchés publics relatif aux conditions d'exécution). Le MEDEF rappelle que la politique générale RSE des candidats ne peut être prise en compte comme un critère d'attribution possible (suivant la DAJ du MINEFI) car le lien des critères d'attribution à l'objet de marché est obligatoire. Par ailleurs, le cas des marchés « réservés » est également à prendre en compte dans la définition des stratégies d'achats.

Au niveau des exigences sociales fixées aux marchés, il est évoqué l'intérêt d'utiliser le critère d'apprentissage en complément du chiffrage horaire des heures d'insertion. Par ailleurs, les acheteurs peuvent développer de nouvelles dispositions sociales telles que le commerce équitable et l'achat éthique. Le MEDEF évoque le problème lié aux clauses types et aux « copier-coller » dans la rédaction des documents contractuels. Il juge nécessaire que, pour chaque procédure éligible, une adaptation du dossier de consultation et des exigences contractuelles soit étudiée notamment au niveau des marchés de travaux. Il rend compte de la difficulté parfois rencontrée par les entreprises attributaires d'un marché pour remplir les objectifs sociaux en termes d'emplois de personnes en situation de handicap ou éloignées de l'emploi. Pour l'intégration de dispositions sociales d'insertion dans les marchés, le MINDEF rappelle que ses acheteurs peuvent être accompagnés par les facilitateurs locaux pour effectuer le calibrage du dispositif.

RECOMMANDATION N° 15

Le MINDEF souhaite favoriser l'appel au dispositif des facilitateurs afin de le soutenir ainsi que ses fournisseurs, pour la gestion des clauses de performance sociale insérées dans ses marchés au titre des achats responsables.

En matière sociale, les propositions faites en 2013 par le MEDEF dans un document libellé « pour un développement équilibré des clauses sociales au service de l'insertion durable et de l'économie » sont toujours d'actualité. Il pourrait être actualisé pour notamment intégrer le critère d'apprentissage.

En matière environnementale, le MEDEF propose d'élaborer un guide équivalent à celui existant pour les clauses sociales.

RECOMMANDATION N° 16

L'évolution de la réglementation incite au renforcement d'une politique active d'achats responsables à laquelle peuvent contribuer les entreprises.

Le MEDEF propose de transmettre au MINDEF une liste de segments d'achats jugés les plus favorables au développement durable, des propositions de dispositions contractuelles adaptées à ces segments, et de mettre à jour ou rédiger des guides concernant la définition et la mise en œuvre de clauses sociales et environnementales, au profit de ses entreprises adhérentes.

◆ La notion de « cycle de vie »

L'article 38 de l'ordonnance prévoit que « sont réputées liées à l'objet du marché public les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en application du marché public, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation de ces travaux, fournitures ou services ou un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne ressortent pas des qualités intrinsèques de ces travaux, fournitures ou services ».

Si l'objet du marché (achat de fournitures, réalisation d'une prestation ou exécution de travaux) doit prendre en compte les conditions de son exécution, il est également possible d'intégrer dans la démarche, l'évaluation des critères environnementaux et sociaux à chaque étape du marché et plus seulement au stade de son exécution sous réserve que la méthode d'évaluation soit fixée par l'acheteur. La prise en compte de la notion de cycle de vie comme critère d'évaluation est ici possible.

RECOMMANDATION N° 17

Les conditions de prise en compte du cycle de vie au niveau des critères sociaux et environnementaux et les obligations contractuelles associées, doivent être précisées dans les cahiers des charges par chaque entité d'achats.

◆ Le recours à la référence d'un label

Le recours à l'exigence d'un label particulier (en sus des « écolabels ») est autorisé par la réglementation. Cette capacité doit être mise en œuvre avec précaution par l'acheteur du fait de la variété des labels existants. Pour permettre la sélection, ce label doit être notamment objectif et vérifiable car hors référence de niveau étatique existante, se pose en effet la question du niveau de confiance qui peut lui être accordé (ouverture du label et sa détermination par un tiers), du caractère non discriminatoire que doit conserver cette exigence tout en permettant l'acceptation d'un label jugé équivalent (avec démonstration du respect du niveau d'exigence souhaité).



RECOMMANDATION N° 18

Avant de recourir à l'exigence d'un label (de capacité ou de qualité) comme critère de sélection au niveau de la consultation, chaque entité d'achats doit s'assurer que ce label est bien lié à l'objet de son marché et contrôler la qualité et le niveau d'exigence qui lui sont associés.

Axe de progrès 4 : L'innovation

Références juridiques

Articles 25 II 2° (définition innovation) et 62 (attribution du marché public) du décret.

Évolution de la réglementation

L'acquisition de solutions innovantes peut permettre d'améliorer l'efficacité et la qualité des services publics. Le gouvernement souhaite donc encourager l'innovation en facilitant les achats promouvant l'appel à des solutions innovantes et en aidant les acheteurs à faire une meilleure utilisation stratégique de leurs contrats pour stimuler l'innovation.

Le développement de l'innovation nécessite une veille technique et technologique permettant de l'identifier sur le marché. La définition des besoins doit ensuite permettre la promotion du choix des solutions innovantes en étant formulée en termes de performance attendue sans préjuger des solutions techniques (appel à des spécifications de nature fonctionnelle). Les critères d'attribution doivent enfin eux-mêmes favoriser la proposition et le choix de solutions innovantes. Cette démarche Achat Innovation implique également de traiter les questions de confidentialité commerciale et de propriété intellectuelle qui lui sont liées.

♦ **Définition de l'innovation issue de l'article 25 II 2° du décret no. 2016 – 360 du 25 mars 2016** : « Sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise ».

Si la réglementation incite à choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, elle permet également de faire appel au « critère innovant » (article 62 du décret) ou à la performance en matière de protection de l'environnement.

RECOMMANDATION N° 19

Le MINDEF souhaite développer le recours à l'innovation offerte par les entreprises pour développer sa performance.

Chaque entité d'achats est invitée à développer une politique de sourcing « Innovation » active (veille Innovation), à adapter ses procédures pour assurer la confidentialité des échanges, et à favoriser le recours au critère innovant prévu par la réglementation comme critère de sélection.

Axe de progrès 5 : Éthique et Déontologie (Lutte et sanction contre les mauvais comportements)

Références juridiques

Articles 45, 47 et 48 (section 5 – interdictions de soumissionner) de l'ordonnance.

Article 51 (documents justificatifs) du décret.

Évolution de la réglementation

La réglementation introduit de nouvelles interdictions facultatives de soumissionner pour lutter contre les mauvais comportements et les sanctionner.

Question liée à la demande d'extrait de casier judiciaire

La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite Loi SAPIN II abroge la disposition relative à l'obligation de communication d'un extrait du casier judiciaire.

Conditions d'application des interdictions de soumissionner

La réglementation introduit au niveau des interdictions de soumissionner, des cas d'exclusions facultatives telles l'exclusion des candidats condamnés au cours des trois dernières années à des dommages et intérêts, sanctionnés par une résiliation ou ayant fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de marché public antérieur. L'exclusion peut s'appliquer aussi aux candidats condamnés pour trafic d'influence.

Le MINDEF souhaite encourager les entreprises qui affichent une politique de prévention de la corruption. S'il admet ne pas pouvoir l'imposer comme clause discriminatoire, il souhaite encourager une certaine « éducation des comportements chez les acheteurs comme chez les fournisseurs ». Outre la déontologie Acheteur, le MINDEF juge nécessaire un développement de la déontologie d'ordre commercial, permettant que cette démarche vertueuse soit étendue à l'ensemble de la chaîne d'acquisition.

RECOMMANDATION N° 20

Le MINDEF développe depuis plusieurs années une politique éthique et déontologique au niveau de sa fonction Achat. Il encourage le MEDEF à favoriser au niveau commercial, le développement d'une démarche du même type chez ses entreprises adhérentes.

Points divers

En complément de ces axes, d'autres dispositions prévues par la réglementation telles la possibilité d'inverser les phases de candidature et d'offre en appel d'offres ouvert (article 68 du décret) ou la régularisation des offres irrégulières (article 59 du décret), constituent des nouveautés de la réglementation de l'achat public pour les entités d'achats du MINDEF.



III. COMMUNICATION DES TRAVAUX

Pour le MINDEF, en relation avec la direction des affaires juridiques du ministère, les présents travaux et les recommandations associées vont être diffusés à l'ensemble des entités d'achats, et la synthèse des travaux sera présentée au sein du ministère.

Pour le MEDEF, il est prévu de communiquer le résultat des travaux aux membres du Comité de la Commande publique du MEDEF pour une diffusion aux fédérations professionnelles et aux entreprises adhérentes.

IV. ANNEXE N° 1

Composition du groupe de travail MINDEF-MEDEF « Regards croisés »

◆ Pour le MINDEF

Mission Achats (MA)

- ◆ **Jean Bouverot**, chef de la Mission Achats
- ◆ Commissaire en chef de 1^{ère} classe **Yves Glaz**, adjoint au chef de la Mission Achats
- ◆ Commissaire en chef de 2^e classe **Stéphane Moënner**, chef du Pôle professionnalisation, PME et innovation
- ◆ **Laurent Bavière**, chef du Pôle stratégies
- ◆ Commissaire en chef de 2^e classe **Sébastien Victoria**, adjoint au chef du pôle Infrastructure-Energie Achats Responsables

Direction des Affaires juridiques (DAJ)

- ◆ Conseiller d'administration de la défense **François Cassan**, chef du bureau contrats et marchés publics
- ◆ Attaché d'administration **Thomas Bertomeu**, chargé d'études du bureau contrats et marchés publics



◆ Pour le MEDEF (fédérations professionnelles et entreprises adhérentes associées)

Membres

- ◆ **Sabine Ayraud**, Fédération Nationale des Travaux Publics - FNTF
- ◆ **Guillaume Colet**, Groupement des industries françaises aéronautiques et spatiales - GIFAS
- ◆ **Gilles de Bagneux**, président du comité de la commande publique du MEDEF
- ◆ **Corentin Domingo**, Confédération du commerce de gros et commerce international - CGI
- ◆ **Marie Eiller-Chapeaux**, Fédération Nationale des Travaux Publics - FNTF
- ◆ **Jean-Pierre Giacosa**, Confédération du commerce de gros et commerce international - CGI
- ◆ **Patricia Grelier Wyckoff**, Fédération Française du Bâtiment - FFB
- ◆ **Delphine Kosser-Glories**, Confédération du commerce de gros et commerce international - CGI
- ◆ **Christophe Mérienne**, Syntec Ingénierie
- ◆ **Benjamin Valloire**, Syntec Ingénierie
- ◆ **Françoise Vergrière-Matringes**, Syndicat des technologies de l'information - SFIB

Direction Droit de l'entreprise

- ◆ **Emilie Choux**

Comité de Liaison défense (CLD)

- ◆ Capitaine de vaisseau **Jean-Marie Dumon**, secrétaire général

V. ANNEXE N° 2

RÉCAPITULATIF DES RECOMMANDATIONS

◆ CHANTIER 1 : SIMPLIFICATION, DÉMATÉRIALISATION ET TRANSPARENCE DES PROCÉDURES D'ACHATS

| N° Axe | Libellé des axes de progrès | N° | Libellé de la recommandation |
|--------|--|----|---|
| 1 | Simplifier les règles de consultation | 1 | La réglementation prévoit de faciliter l'accès des entreprises à la commande publique en simplifiant les règles de candidature qui leur sont fixées. Il est nécessaire de sensibiliser les entités d'achats sur les conditions et les exigences à imposer lors de l'appel à candidatures, pour qu'elles ne demandent que des documents justificatifs strictement nécessaires à leur appréciation des candidatures, ceci à partir de la liste fixée par l'arrêté du 29 mars 2016. |
| | | 2 | La réglementation avait introduit une exigence de communication du casier judiciaire des entreprises au titre des documents justificatifs de candidature. La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite loi SAPIN II remplace cette exigence par l'obligation de fournir une attestation sur l'honneur qui est reprise dans le formulaire DC1. |
| | | 3 | La réglementation introduit un nouveau document, le Document Unique de Marché Européen (DUME) pour présentation des candidatures. Les entités d'achats doivent être informées dès à présent du possible emploi du DUME lors de leurs consultations, dans un souci d'uniformisation de pratique, même si les entreprises ne sont pas astreintes à l'utiliser avant les échéances fixées par la réglementation (1er avril 2017 pour les centrales d'achats, et à compter du 1er avril 2018 pour les autres acheteurs). L'emploi des DC1 et DC2 est toujours autorisé dans cette période. Le MEDEF rappelle que l'acheteur ne peut aujourd'hui imposer à un opérateur économique de présenter sa candidature via le DUME. |
| | | 4 | Le nouveau dispositif « Marché Public Simplifié » dit MPS a pour objectif de simplifier pour les entreprises (notamment les PME et les TPE), les modalités de réponse (candidature et offre) aux marchés. Le recours au dispositif MPS sur la plate-forme PLACE permet de simplifier le dépôt dématérialisé des candidatures et des offres des entreprises. A ce titre, les entités d'achats et les entreprises sont invitées à développer le recours à cette procédure qui allège les formalités de consultation. |
| | | 5 | La réglementation fait évoluer les formalités d'engagement. Concernant le document ATTRI 1, il est préconisé aux entités d'achats de ne demander la signature de ce document qu'auprès de l'attributaire pressenti et non de l'ensemble des candidats. Il est également souligné l'intérêt de contractualiser les marchés à procédure adaptée (MAPA) sur la base de devis, ceci suivant une politique de seuil fixée au niveau des entités d'achats. Il est rappelé aux entités d'achats que seul l'acte d'engagement doit être signé. |
| 2 | Favoriser la dématérialisation complète des procédures | 6 | La dématérialisation des procédures d'achat doit être renforcée et généralisée d'ici le 1er octobre 2018. Au vu de cette échéance, il est nécessaire de sensibiliser les entités d'achats et les entreprises sur le nécessaire développement du recours à la dématérialisation des procédures via la plate-forme PLACE, en encourageant l'appel au dispositif MPS lorsque cela est possible. |



| | | | |
|---|--------------------------------------|----|---|
| 3 | Développer un achat plus transparent | 7 | La réglementation impose un effort global de transparence des procédures. Dans ce cadre, il est utile de sensibiliser les entités d'achats sur la nouvelle exigence d'information des candidats non retenus au titre des MAPA. |
| | | 8 | La réglementation renforce la lutte contre les offres dites anormalement basses (OAB). Une action de sensibilisation doit être engagée tant par les entités d'achats, que par les entreprises, sur la détection, la gestion et le rejet de ces offres. |
| | | 9 | La réglementation encourage la simplification des documents de consultation. Les entités d'achats doivent favoriser une démarche de travail collaboratif et de définition collégiale en amont des documents de consultation (incluant la mise à jour des clausiers types contractuels et techniques) et après attribution, de systématiser en aval, la revue de lancement de marché avec le ou les titulaires désigné(s). |
| | | 10 | La réglementation introduit des dispositions relatives à l'encadrement des modifications de contrat. Les entités d'achats et les entreprises doivent être sensibilisées, notamment : + aux clauses de réexamen (article 139-1 du décret) ; + à la mise en œuvre du mécanisme du double seuil (art 139-6 du décret) ; + aux possibilités de modification des contrats et l'exigence de publicité de ces modifications. |
| | | 11 | La réglementation introduit le développement d'un effort d'open data au niveau de l'Achat public. Le Ministère participe avec la DAE à l'étude des conditions de mise en œuvre de l'article 107 du Décret via la plate-forme PLACE (support du « profil acheteur ») pour assurer la mise à disposition d'ici octobre 2018, des données de marché (pour les marchés supérieurs à 25 K€ HT) dans le cadre de la politique d'open data gouvernementale. |

◆ CHANTIER 2 : PERFORMANCE GLOBALE DES ACHATS

| N° Axe | Libellé Axe | N° Action | Libellé Action |
|--------|-------------------------------------|-----------|---|
| 1 | Le sourçage | 12 | La réglementation consacre la pratique du « sourçage » défini, comme l'ensemble des études et échanges préalables avec les opérateurs économiques. Les règles de déontologie de l'achat public doivent être adaptées et les entités d'achats et les entreprises sensibilisées et conseillées sur les conditions de mise en œuvre de ce « sourçage » notamment au niveau de la protection de la propriété intellectuelle et de la garantie de la confidentialité commerciale (à prendre en compte lors des démarches de demande d'informations.). |
| 2 | Développer un achat plus performant | 13 | La réglementation introduit la procédure concurrentielle avec négociation. Les entités d'achats doivent être encouragées à recourir à cette procédure via l'information des acheteurs et des représentants du pouvoir adjudicateur. |
| | | 14 | Chaque entité d'achats doit inscrire une clause précisant les conditions de traitement des variantes au niveau de son clausier contractuel type. |
| 3 | La politique d'achats responsables | 15 | Le MINDEF souhaite favoriser l'appel au dispositif des facilitateurs afin de le soutenir ainsi que ses fournisseurs, pour la gestion des clauses de performance sociale insérées dans ses marchés au titre des achats responsables. |
| | | 16 | L'évolution de la réglementation incite au renforcement d'une politique active d'achats responsables à laquelle peuvent contribuer les entreprises. Le MEDEF propose de transmettre au MINDEF une liste de segments d'achats jugés les plus favorables au développement durable, des propositions de dispositions contractuelles adaptées à ces segments, et de mettre à jour ou rédiger des guides concernant la définition et la mise en œuvre de clauses sociales et environnementales, au profit de ses entreprises adhérentes. |
| | | 17 | Les conditions de prise en compte du cycle de vie au niveau des critères sociaux et environnementaux et les obligations contractuelles associées, doivent être précisées dans les cahiers des charges par chaque entité d'achats |
| | | 18 | Avant de recourir à l'exigence d'un label (de capacité ou de qualité) comme critère de sélection au niveau de la consultation, chaque entité d'achats doit s'assurer que ce label est bien lié à l'objet de son marché et contrôler la qualité et le niveau d'exigence qui lui sont associés. |
| 4 | L'Innovation | 19 | Le MINDEF souhaite développer le recours à l'innovation offerte par les entreprises pour développer sa performance. Chaque entité d'achats est invitée à développer une politique de sourçage Innovation active (veille Innovation), à adapter ses procédures pour assurer la confidentialité des échanges, et à favoriser le recours au critère innovant prévu par la réglementation comme critère de sélection. |
| 5 | Éthique et Déontologie | 20 | Le MINDEF développe depuis plusieurs années une politique éthique et déontologique au niveau de sa fonction Achat. Il encourage le MEDEF à favoriser au niveau commercial, le développement d'une démarche du même type chez ses entreprises adhérentes. |





MEDEF

55, avenue Bosquet
75007 Paris
Tél. : 01.53.59.19.19

www.medef.fr

Contact :

Kim Si Hassen
ksihassen@medef.fr