



Liberté • Égalité • Fraternité

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

PREMIER MINISTRE



Avis de la Plateforme RSE pour la transposition de la directive européenne « marchés publics »
Adopté le 26 janvier 2015

Le présent avis a été élaboré par un groupe de travail ad hoc et provisoire composé de membres de la Plateforme RSE, élargi à des spécialistes des achats publics appartenant à des services de l'Etat, des collectivités locales et des entreprises publiques. Ce groupe de travail a aussi procédé à de nombreuses auditions. Sa composition et la liste des auditions figurent en annexe.

Un accord s'est fait au sein de la Plateforme sur la quasi-totalité des recommandations à l'exception de trois d'entre elles, d'importance non essentielle, qui apparaissent comme telles dans le corps du document.

I - La transposition de la directive européenne 2014/24/UE sur la passation des marchés publics

La nouvelle directive européenne apporte des évolutions notables pour intégrer la RSE dans les achats publics.

Elle permet aux Etats membres des adaptations favorables au développement des bonnes pratiques et, plus généralement, de démarches de progrès impliquant les parties prenantes, en particulier les donneurs d'ordre et les fournisseurs. **La transposition de cette directive dans le droit français est l'occasion de servir simultanément les objectifs des trois politiques publiques aujourd'hui engagées sur le plan de la simplification, de la compétitivité et de la responsabilité.** La directive propose en effet « *d'accroître l'efficacité de la dépense publique, en facilitant notamment la participation des PME aux marchés publics, et de mieux utiliser l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociétaux communs* », c'est-à-dire environnementaux, sociaux et à but d'innovation.

Certaines dispositions de la directive européenne sont d'ores et déjà prises en compte dans le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicable aux marchés publics, (décret « CIMAP »). Il sera complété par un décret pour la mise en œuvre du document unique pour les marchés européens (DUME) dès que ce formulaire aura été finalisé par la Commission Européenne.

L'essentiel de la directive sera transposé à travers une ordonnance, actuellement soumise à consultation, qui renvoie vers un futur décret pour les dispositifs détaillés. L'objectif est de mettre en concordance l'ensemble des règles concernant les marchés publics (législatives, réglementaires, circulaires), tout en assurant une transposition stricte du texte européen. La concertation publique sur le texte de l'ordonnance a été lancée le 22 décembre 2014 en vue d'une adoption mi-2015, après examen par le Conseil d'Etat. La concertation sur le décret est annoncée au printemps 2015, afin de permettre sa publication d'ici fin 2015. L'objet de cet avis est d'apporter la contribution de la Plateforme RSE à cette concertation. Dans cet objectif un groupe de travail spécifique a été constitué, auquel ont été associés des spécialistes des marchés publics (cf. en annexe : membres du groupe et personnes auditionnées).

II - Les enjeux de l'achat public responsable au regard de la directive européenne

La politique d'achats est un volet fondamental de la mise en œuvre de la RSE au sein d'une organisation. Ainsi, au regard de la norme ISO 26000, elle constitue un **processus clé pour assurer la mise en œuvre des orientations de la responsabilité sociétale dans la chaîne d'approvisionnement**. Dans ce cadre, la norme NF X 50-135 « achats responsables », qui en est une première déclinaison opérationnelle, propose des recommandations concrètes pour une politique d'achat responsable, à la fois en termes d'orientations stratégiques pour les décideurs et d'outils pratiques pour les acheteurs.

Les achats publics sont aujourd'hui encadrés par le droit national (code des marchés publics et ordonnance de 2005 pour les acheteurs parapublics) qui ne couvre que la partie procédurale du processus d'achat. En particulier, les textes législatifs et réglementaires ne couvrent pas un certain nombre d'orientations qui doivent encadrer une politique d'achat et se limitent principalement à la procédure de passation et d'exécution des marchés publics.

La directive 2014/14/UE donne des perspectives et des outils juridiques pour mettre en œuvre une politique d'achat public responsable sur l'essentiel des champs de la RSE. Elle permet également de fixer des critères RSE relatifs aux processus de production et de commercialisation des produits, services ou travaux objets du marché.

La directive confirme néanmoins des interdictions strictes qui limitent certaines dispositions préconisées dans la norme NF X 50-135 :

- l'exclusion des critères et conditions relatifs à la politique générale de l'entreprise dans la mesure où il faut démontrer l'existence d'un lien entre les critères et l'objet du marché (considérant 97) ;
- l'exclusion de toute pratique qui conduirait à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence, et notamment celles qui viseraient explicitement à privilégier des entreprises en fonction de leur origine géographique ou de leur taille.

Les recommandations formulées par la Plateforme nationale pour la RSE au regard de la transposition se déclinent en deux parties :

- des recommandations pour assurer que les textes législatifs et réglementaires offrent le maximum de possibilités aux différents pouvoirs adjudicateurs pour définir et mettre en œuvre une politique d'achat responsable, tout en respectant une transposition stricte du texte européen ;
- des recommandations pour développer des guides à destination des acheteurs publics afin de les informer au mieux des nouvelles possibilités qu'offre la directive européenne pour une politique d'achat responsable, tout en prenant en compte les intérêts des entreprises et des autres parties prenantes.

Ces recommandations ont un double objectif. Il s'agit d'une part d'inciter les organisations publiques et parapubliques à améliorer leurs propres démarches de responsabilité sociétale qui doivent aussi se décliner dans leur politique d'achat. Il s'agit d'autre part de mobiliser les achats publics pour valoriser et encourager des démarches RSE des entreprises, tout en facilitant l'accès des petites entreprises à la commande publique.

III - Recommandations pour la transposition législative et réglementaire

La Plateforme, prenant en compte le projet d'ordonnance soumis à consultation, recommande une vigilance particulière pour la transposition des articles de la directive plus directement « porteurs » d'applications de la RSE. En particulier :

- L'article 27 du projet d'ordonnance transpose les dispositions relatives à l'allotissement prévu à l'article 46 de la directive. **La Plateforme souhaite inciter à la pratique d'un allotissement pertinent** au regard des stratégies d'achat tenant compte de la réalité des secteurs d'activité et des zones géographiques concernés. L'article doit être transposé strictement pour ne pas réduire les marges de manœuvre de tous les acheteurs publics et parapublics, notamment ceux qui sont soumis actuellement à l'ordonnance de 2005 [abstention d'un membre].
- L'article 29 du projet d'ordonnance transpose quasi-mécaniquement l'article 20 de la directive sur « les marchés réservés ». Le paragraphe I relatif aux marchés réservés pour les structures employant des travailleurs handicapés est en cohérence avec le code des marchés publics actuels. **La Plateforme souhaite que dans le décret d'application le seuil de 50% soit conservé et non descendu à 30% comme cela est indiqué dans la directive**, ce qui ne correspond à aucune réalité en France. La Plateforme demande par contre la suppression du paragraphe II relatif aux marchés réservés pour les structures d'insertion par l'activité économique. En effet, le droit français de la commande publique offre déjà des possibilités en faveur de l'insertion. Il permet aux acheteurs d'intégrer dans leurs marchés des clauses sociales et critères d'insertion, afin de favoriser l'accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées à la condition que ces clauses ou critères soient liés à l'objet du marché. Le développement de ces clauses sociales, complétées par des moyens adéquats d'accompagnement, serait plus efficace pour lutter contre l'exclusion qu'un élargissement du champ des marchés réservés (outil assez stigmatisant pour les publics éligibles). En effet, **une application souple et pragmatique permettant la réalisation de véritables parcours d'insertion vers l'emploi est indispensable pour assurer l'objectif final d'une insertion durable dans les entreprises**. Par ailleurs, il faut également préciser que la valorisation des heures d'apprentis pourra être intégrée comme mode de mise en œuvre d'une embauche réalisée en application de la clause d'insertion prévue à un marché.
- Les articles 38 à 41 du projet d'ordonnance relatifs aux interdictions de soumissionner retranscrivent les dispositions de l'article 57 de la directive. Sur ce point, **la Plateforme demande une clarification de la mise en œuvre des motifs d'exclusion** relatifs aux obligations applicables visées à l'article 18, paragraphe 2, de la directive. La majorité des membres de la Plateforme a proposé d'y intégrer l'obligation, pour les entreprises concernées, d'avoir publié **le rapport RSE défini à**

l'article 225 de la loi Grenelle II, qui pourrait être considérée comme un motif d'exclusion, obligatoire ou facultatif, car l'acheteur est susceptible de trouver dans ce rapport des informations lui permettant d'asseoir son jugement sur les critères d'attribution relevant de la RSE et liés à l'objet du marché. D'autres membres de la Plateforme considèrent que le mécanisme de sanction de droit commun existant pour le défaut de production du rapport RSE est suffisant et n'a pas lieu d'être renforcé par une exclusion des marchés publics, le volet incitatif de la RSE devant être privilégié. La proposition est donc non consensuelle.

La Plateforme appelle par ailleurs l'attention des pouvoirs publics sur l'interprétation des termes « manquement aux obligations relatives au paiement d'impôts » qui pourrait être l'occasion d'harmoniser la législation française avec les travaux de l'OCDE.

Par ailleurs, au 3^{ème} § de l'article 41 du projet d'ordonnance, il est demandé de reprendre strictement la transposition du texte de la directive (article 47-4^o-f)., afin de **ne pas risquer d'empêcher les bonnes pratiques de « sourcing » des acheteurs préalables au lancement des procédures de mise en concurrence.**

- L'article 45 du projet d'ordonnance fait référence, sans les citer, aux critères d'attribution qui sont détaillés à l'article 67 de la directive. A cet égard la Plateforme souligne que **la pratique du « mieux-disant » doit être généralisée** (meilleur rapport qualité / prix sur la durée, comportant les critères RSE dûment pondérés) tout en s'assurant qu'elle ne vienne pas obérer la capacité des PME à répondre à la commande publique. En conséquence, **la Plateforme considère que le seul critère du prix ne devrait pas être acceptable**, sauf éventuelle exception justifiée (fournitures sur catalogue, cahier des charges prescriptif). Ce principe doit valoir y compris pour les marchés en procédure adaptée. Le reste de l'article 67 doit être transposé strictement. L'article 45 du projet d'ordonnance, particulièrement succinct, doit donc être revu et développé dans ce sens, saisissant l'opportunité qui est faite par la directive d'établir sur ce point de progrès une disposition législative et ne laissant pas la description des critères de RSE en droit français aux seules conditions d'exécution (article 31 du projet d'ordonnance). Notamment, **les articles 67 et 70 de la directive permettent d'élargir les critères d'attribution et les conditions d'exécution aux « considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi »**. Sur ce dernier plan, la transcription doit être l'occasion de clarifier que ces dispositions recouvrent non seulement les clauses sociales d'insertion, qui jouent un rôle majeur dans les achats publics, mais aussi d'autres considérations sociales, comme l'égalité femmes – hommes, les conditions d'emploi régulières, etc. toujours en lien avec l'objet du marché. **La Plateforme souligne la possibilité d'utiliser soit les critères d'attribution, soit les conditions d'exécution pour favoriser une démarche de progrès sur l'ensemble des champs RSE** tels qu'ils sont mentionnés dans les considérants de la directive.
- L'article 45 de la directive relatif aux variantes n'a pas été retranscrit tel quel dans le projet d'ordonnance. **La Plateforme souhaite encourager les acheteurs à utiliser les variantes afin de promouvoir l'innovation.** Dans ces conditions, la possibilité pour l'acheteur d'interdire les variantes doit donc être limitée.

- Il est également demandé de maintenir a minima lors de la transcription l'addendum au code des marchés publics du décret 2011-1000 mentionnant la « performance en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture ». En effet, **le circuit court¹ est l'une des seules possibilités, même indirecte, de répondre au souhait partagé de l'achat de proximité.**

IV - Recommandations pour les guides à destination des acheteurs publics

La Plateforme recommande que des guides et des formations associées soient développés pour assurer une meilleure prise en compte des nouvelles dispositions de la directive sur les points suivants :

- Pour les marchés réservés, conseil doit être donné aux différents pouvoirs adjudicateurs **d'utiliser les bases de données référençant les entreprises adaptées et ESAT**, ainsi que les aides à maîtrise d'ouvrage permettant d'actionner des filières ou groupements susceptibles de répondre pleinement à des demandes d'achat importantes ou complexes. Il serait également utile de réaliser une fiche d'aide à l'appréciation de la formation des prix dans ces établissements qui subissent des contraintes particulières et reçoivent des aides spécifiques.
- **Expliciter la mise en œuvre de diligences raisonnables pour veiller au respect des droits de l'homme, du droit du travail et du droit environnemental**, à mobiliser par l'acheteur lors de la sélection (article 57) et lors de l'exécution du marché (article 70), mais aussi par les contractants vis-à-vis de leurs fournisseurs (article 71).
- Intégrer dans les **guides la prise en compte de l'ensemble du cycle de vie** lié à un produit ou un service acheté pour la rédaction des spécifications techniques en termes d'exigences fonctionnelles (article 42-3).
- **Clarifier les labels mobilisables** au titre de l'article 43 et leur lien avec la RSE. Une hiérarchie des normes est à ce titre souhaitable. Il faut également veiller à ce que les labels retenus soient liés à l'objet du marché et accepter d'autres moyens de preuve appropriés.
- **Définir la notion de « conditions de production et de commercialisation »** et leurs éléments constitutifs. Pour la Plateforme, il s'agit des activités d'élaboration ou de transformation, des différents facteurs de production (travail, capital, énergie, transport,...), des activités de promotion, vente et livraison des produits, services ou travaux objets du marché. Les différents pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser des critères RSE liés à ces éléments dans l'appréciation du « mieux disant » (permettant par exemple, entre autres possibilités, la prise en compte des produits issus du commerce équitable, telles que mentionnées au considérant 97 de la directive).
- **Approfondir les modalités de l'utilisation du coût global** (article 68), en développant des guides thématiques pour des achats où les coûts indirects peuvent être significatifs, voire supérieurs aux coûts directs. Un guide générique sur le coût global pourra en particulier clarifier trois enjeux :
 - o l'effort de description des « coûts cachés » liés à un achat public,

¹ mode de commercialisation direct ou indirect qui s'exerce avec au plus un intermédiaire

- les méthodologies de calcul ou d'estimation applicables, notamment pour l'actualisation des coûts, mais aussi pour la prise en compte des externalités,
 - les recommandations pour assurer la meilleure objectivité possible des données utilisées dans le calcul d'un coût global.
- **Clarifier également les modalités juridiquement valides pour favoriser un meilleur dialogue avec les parties prenantes** concernées par le marché, notamment les structures d'insertion, les établissements d'enseignement et d'apprentissage, les associations de défense de l'environnement, les associations de consommateurs et les populations du territoire.
 - **Préciser comment les dispositions en faveur de l'égalité de traitement** (égalité femmes-hommes, emploi et insertion des handicapés, lutte contre la discrimination) citées explicitement par la directive **peuvent être mise en œuvre** par le pouvoir adjudicateur (cf. en particulier modalités d'application de la loi du 4 août 2014 sur l'égalité réelle femmes – hommes, de la loi de 2005 sur le handicap, de la convention 111 de l'OIT, ...).
 - **Préciser comment les dispositions en faveur de l'emploi**, pour favoriser certains contrats (apprentissage...), ou encadrer l'utilisation d'autres contrats (stagiaire...), assurer une bonne organisation du temps de travail, veiller à de bonnes conditions de santé et de travail, etc., **peuvent être mises en œuvre** par le pouvoir adjudicateur.
 - Certains membres de la Plateforme, relevant le décalage entre la directive et les normes nationales et internationales qui encouragent les pratiques de RSE favorisant le développement local par les achats de proximité, ont proposé de **clarifier les modalités juridiques susceptibles de favoriser une meilleure responsabilité sociétale de l'adjudicateur et de ses contractants au regard de l'impact territorial** en matière d'emploi, de développement régional ainsi que d'impact sur les populations riveraines ou locales. Cette proposition n'a pas été agréée par certains membres qui la jugent intrinsèquement incompatible avec le principe de libre concurrence.

Il est souligné par ailleurs que la DAJ a d'ores et déjà produit des notes particulièrement utiles pour les acheteurs en vue de l'application des articles 69 (offres anormalement basses) et 71-7 (sous-traitance) pour ce qui concerne le travail illégal et le détachement (fiches DAJ de Bercy du 29 août 2014 sur la loi n°2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale ainsi que sur la loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, fiche DAJ du 8 janvier 2015 sur les offres anormalement basses), qui sont à reprendre et à valoriser dans l'information et la formation des acheteurs.

Enfin, **la Plateforme RSE insiste particulièrement sur l'importance d'une formation des acheteurs publics qui intègre des considérations économiques, sociales et environnementales**, et, plus largement, sur la nécessité d'une bonne connaissance du marché sur lequel ils doivent opérer. Parallèlement, il est nécessaire de rappeler que l'impératif d'une bonne détermination du juste besoin d'achat et la mesure prévisionnelle d'impact de sa réalisation sont des préalables au lancement de toute procédure : ces recommandations sont inhérentes à la mise en œuvre de la responsabilité sociétale que tout acheteur public se doit d'exercer.

Annexe

Liste des participants au groupe de travail ad hoc Achats Publics Responsables et organisations représentées

Nom	Prénom	Fonction	Organisme
AYRAUD	Sabine	Juriste, Chargée de mission	FNTP
BEGON	Hélène	Sous directrice	Ministère de l'Écologie
BELLANCOURT	Anne	Responsable Pôle Achats	Services des Achats de l'Etat
BOUCHERAND	Sylvain	Expert Pôle Société civile	Humanité & Biodiversité
BOUYER	Christine	Chargée de mission	CGDD
BRUNAUD	Gérard	Co-animateur	ObsAR
BOUCHERAND	Sylvain	Pôle Société Civile	Humanité & Biodiversité
De QUENAUDON	René	Professeur des Universités	UMR DRES 7354/Université de Strasbourg
CZEPIK	Mélanie	Chargée de mission	ORSE
DUMAREIX	Yann	Chef de Bureau	MEDDE/CGDD
CHESNEAU	Philippe	Élu régional	Association des Régions de France
DEBARGUE	Olivier	Directeur des Achats	France Télévisions
DOUCIN	Michel	Secrétaire Permanent	CESE
DOUILLARD	Pierre	Chargé de mission	France Stratégie
FUENTES	Claire	Stagiaire Plateforme RSE	France Stratégie
HUGUET	Yves	Chargé de mission RS/DD	Léo Lagrange Consommation
LABBE	Joël	Sénateur	Sénat
LAMBOTIN	Aude	Consultante	DAJ
LAVIALE	Michel	Expert RSE	MEDEF
PAUTRAT	Pierre-Charles	Conseiller Marchés Publics	Nantes Métropole
ROY	Nathalie	Conseiller technique	UPA
SIMON	Jérémy	Directeur mission	MEDEF
SOBCZAK	André	Co-animateur	Audencia/Nantes Métropole
SOLIER	Florent	Directeur Commande Publique	Nantes Métropole
STÉPHAN	Frédérique	Juriste	FFB
TESSE	Sarah	<i>Chef du bureau</i> des services publics responsables	MEDDE
TRANNOY	Laure	Chargée de mission achats publics et durables	MEDDE/CGDD
UZAN	Odile	Vice-Présidente de l'ADERSE	ADERSE, Université Paris 5 Descartes

Liste des personnes auditionnées

Nom	Prénom	Fonction	Organisme	Date d'audition
CHARTIER	Sophie	Responsable adjointe chargée des achats	Conseil Général de l'Allier	Contribution écrite le 05/01/2015
DEMONTES	Christiane	Présidente	CNIAE	07/01/2015
DUPAS-LAIGO	Éric	Chargé de mission ESS	Cabinet de la secrétaire d'Etat Carole Delga	17/12/2014
GILLES	Léopold	Conseiller exclusion	Cabinet S. Neuville	01/10/2014
JAEGGY-ROULMANN	Céline	Conseillère insertion professionnelle, emploi des seniors et des personnes handicapées	Cabinet du Ministre du Travail, François Rebsamen	17/12/2014
JOLY	Catherine	Directrice adjointe chargée de l'ESS	Cabinet de la secrétaire d'Etat Carole Delga	17/12/2014
PAUTRAT	Pierre-Charles	Conseiller Marchés publics	Nantes Métropole	09/09/2014
RAISKY	Nicolas	Responsable de la Commande Publique	Région Pays de la Loire	07/01/2015