

**FR**

**FR**

**FR**



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 27.1.2011  
COM(2011) 15 final

**LIVRE VERT**

**sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics  
Vers un marché européen des contrats publics plus performant**

## TABLE DES MATIÈRES

1.	Pourquoi réglementer les marchés publics?.....	6
1.1.	La notion d'achats.....	6
1.2.	La notion de marchés publics.....	7
1.3.	La notion d'acheteurs publics.....	10
2.	Améliorer les outils des pouvoirs adjudicateurs .....	13
2.1.	Moderniser les procédures .....	13
2.2.	Des instruments spécifiques pour les petits pouvoirs adjudicateurs .....	20
2.3.	Coopération public-public.....	22
2.4.	Des outils appropriés pour l'agrégation de la demande et les procédures conjointes	24
2.5.	Répondre aux préoccupations liées à l'exécution des contrats .....	25
3.	Un marché européen des contrats publics plus accessible .....	28
3.1.	Améliorer l'accès des PME et des start-up aux marchés publics .....	28
3.2.	Garantir une concurrence loyale et effective .....	31
3.3.	Marchés publics sans mise en concurrence en raison de droits d'exclusivité .....	34
4.	Utilisation stratégique de la politique des marchés publics pour faire face à de nouveaux défis .....	35
4.1.	«Comment acheter»: des obligations au service des objectifs de la stratégie Europe 2020 .....	37
4.2.	«Quoi acheter»: des obligations au service des objectifs de la stratégie Europe 2020 .....	43
4.3.	L'innovation .....	47
4.4.	Services sociaux .....	50
5.	Garantir l'intégrité des procédures .....	51
5.1.	Prévention des conflits d'intérêts.....	52
5.2.	Lutte contre le favoritisme et la corruption.....	52
5.3.	Exclusion de soumissionnaires .....	54
5.4.	Prévention des avantages indus.....	56
6.	Accès des fournisseurs de pays tiers au marché de l'UE.....	57

## LIVRE VERT

### sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics Vers un marché européen des contrats publics plus performant

La stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive<sup>1</sup> définit pour l'Europe de la prochaine décennie la vision d'une économie sociale de marché compétitive, qui repose sur trois priorités interdépendantes et se renforçant mutuellement: développer une économie fondée sur la connaissance et l'innovation; promouvoir une économie sobre en carbone, économe dans la consommation des ressources et compétitive; et encourager une économie à fort taux d'emploi, favorisant la cohésion sociale et territoriale.

La stratégie Europe 2020 confère un rôle essentiel aux marchés publics, qu'elle considère comme l'un des instruments de marché à utiliser pour atteindre ces objectifs. Plus précisément, elle invite à utiliser les contrats publics pour:

- ° améliorer les conditions-cadres permettant aux entreprises d'innover, en utilisant pleinement la politique de la demande<sup>2</sup>;
- ° encourager le passage à une économie efficace dans l'utilisation des ressources et à faibles émissions de CO<sub>2</sub>, notamment en recourant plus largement aux marchés publics écologiques;
- ° améliorer l'environnement des entreprises, en particulier pour les PME innovantes.

La stratégie Europe 2020 affirme aussi que la politique des marchés publics doit garantir une utilisation optimale des fonds publics et que les marchés publics doivent rester ouverts à l'ensemble de l'Union. Il est en effet crucial, compte tenu des contraintes budgétaires et des difficultés économiques sérieuses que connaissent bon nombre d'États membres, d'optimiser les résultats des passations de marchés publics par une rationalisation des procédures. Ces défis rendent plus nécessaire que jamais la mise en place d'un marché européen des contrats publics performant et efficient, qui permette la réalisation de ces objectifs ambitieux.

Nombreux sont ceux, parmi les parties concernées, qui ont demandé un réexamen du système de marchés publics de l'UE, afin d'en accroître l'efficacité et l'efficience. La Commission a donc annoncé, dans l'Acte pour le marché unique<sup>3</sup>, qu'elle entreprendrait une vaste consultation en vue de formuler des propositions législatives au plus tard au début de l'année 2012; l'objectif est de simplifier et d'actualiser la législation européenne sur les marchés

---

<sup>1</sup> Voir la communication de la Commission du 3 mars 2010, COM(2010) 2020.

<sup>2</sup> Cette idée est reprise dans la communication de la Commission intitulée «Une Union de l'innovation» (SEC(2010) 1161), l'une des initiatives phares annoncées dans la stratégie Europe 2020, qui traite de l'utilisation stratégique des marchés publics comme instrument de promotion de la recherche et de l'innovation. Cette communication invite les États membres à réserver une partie de leur budget «marchés publics» à la recherche et à l'innovation et indique que la Commission fournira des orientations et mettra en place des mécanismes de soutien à l'intention des pouvoirs adjudicateurs.

<sup>3</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions du 27 octobre 2010: «Vers un Acte pour le Marché unique - Pour une économie sociale de marché hautement compétitive», COM(2010) 608.

publics afin d'assouplir les procédures de passation et de permettre à ces marchés de mieux servir les autres politiques.

La génération actuelle de directives sur les marchés publics, à savoir les directives 2004/17/CE<sup>4</sup> et 2004/18/CE<sup>5</sup>, représente la dernière étape en date d'un long processus amorcé en 1971 par l'adoption de la directive 71/305/CEE<sup>6</sup>. En garantissant des procédures transparentes et non discriminatoires, ces directives visent principalement à assurer aux opérateurs économiques la pleine jouissance des libertés fondamentales dans le domaine des marchés publics. Elles mentionnent aussi un certain nombre d'objectifs liés à l'intégration dans ce cadre d'autres politiques telles que la protection de l'environnement et les normes sociales<sup>7</sup> ou la lutte contre la corruption<sup>8</sup>.

Compte tenu du rôle essentiel que peuvent jouer les marchés publics face aux défis actuels, il importe de moderniser les outils et méthodes existants afin de les mettre davantage en adéquation avec un contexte politique, social et économique en pleine évolution. Cela passe par la réalisation de plusieurs objectifs complémentaires.

Le premier consiste à rentabiliser les dépenses publiques, en essayant, d'une part, d'optimiser le résultat des passations de marché (c'est-à-dire d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix). Pour y parvenir, il est crucial de susciter la concurrence la plus forte possible pour les marchés publics attribués au sein du marché intérieur. Les soumissionnaires doivent bénéficier de conditions de concurrence équitables et les distorsions de concurrence doivent être évitées. D'autre part, il est indispensable d'accroître l'efficacité des procédures elles-mêmes. Une rationalisation des procédures, associée à des mesures de simplification ciblées visant à répondre aux besoins spécifiques des petits pouvoirs adjudicateurs, pourrait aider les acheteurs publics à obtenir le meilleur résultat possible, pour un investissement le plus faible possible en temps et en fonds publics. Cette rationalisation des procédures profitera à l'ensemble des opérateurs économiques et facilitera la participation des PME et des soumissionnaires transfrontaliers. La participation transfrontalière aux procédures de marchés publics de l'UE reste en effet très limitée<sup>9</sup>. La comparaison avec le secteur privé, où les passations de marchés entre pays sont beaucoup plus répandues, montre tout le potentiel qui

---

<sup>4</sup> Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, JO L 134 du 30.4.2004, p. 1, telle que modifiée par le règlement (CE) n° 1177/2009 de la Commission, du 30 novembre 2009, modifiant les directives 2004/17/CE, 2004/18/CE et 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne leurs seuils d'application en matière de procédures de passation des marchés, JO L 314 du 1.12.2009, p. 64.

<sup>5</sup> 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, JO L 134 du 30.4.2004, p. 114, telle que modifiée par le règlement (CE) n° 1177/2009 de la Commission. Le présent livre vert se réfère aux dispositions de la directive 2004/18/CE, mais sauf indication contraire, il peut être entendu comme renvoyant *mutatis mutandis* aux dispositions correspondantes de la directive 2004/17/CE. Le terme «pouvoirs adjudicateurs» peut donc s'entendre comme désignant à la fois les organismes dont les marchés relèvent de la directive 2004/18/CE et les «pouvoirs adjudicateurs» au sens de la directive 2004/17/CE.

<sup>6</sup> Directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, JO L 185 du 16.8.1971, p. 5.

<sup>7</sup> Considérants 5 et 46 de la directive 2004/18/CE et considérants 12 et 55 de la directive 2004/17/CE.

<sup>8</sup> Considérant 43 de la directive 2004/18/CE et considérant 54 de la directive 2004/17/CE.

<sup>9</sup> Selon des études récentes, 1,6 % seulement des marchés publics sont attribués à des opérateurs d'autres États membres. La participation transfrontalière indirecte, par l'intermédiaire de filiales ou de partenaires situés dans l'État membre du pouvoir adjudicateur, est plus fréquente, mais même dans ce cas, la proportion de marchés attribués demeure relativement faible (11 %).

reste à exploiter. Cet objectif de rationalisation des marchés publics est notamment traité aux chapitres 2 («Améliorer les outils des pouvoirs adjudicateurs») et 3 («Un marché européen des contrats publics plus accessible») du présent livre vert.

Un deuxième objectif, complémentaire du premier, consiste à permettre aux acheteurs publics de faire en sorte que leurs marchés servent mieux les objectifs communs de la société: protection de l'environnement, amélioration de l'utilisation des ressources et de l'énergie et lutte contre le changement climatique, promotion de l'innovation et de l'inclusion sociale, et mise en place des meilleures conditions possibles pour la fourniture de services publics de haute qualité. La poursuite de ce deuxième objectif peut aussi contribuer à la réalisation du premier objectif de rentabilisation des dépenses publiques sur le long terme, par exemple en mettant l'accent sur le cycle de vie le moins coûteux, plutôt que sur le prix initial le plus bas<sup>10</sup>. Cette question est traitée au chapitre 4 («Utilisation stratégique des marchés publics»).

Le développement de la législation de l'UE sur les marchés publics pourrait aussi contribuer à la résolution de problèmes qui n'ont pas encore reçu une attention suffisante, comme la prévention et la lutte contre la corruption et le favoritisme (chapitre 5) et l'accès des entreprises européennes aux marchés de pays tiers (chapitre 6). Par ailleurs, le réexamen du cadre législatif sera aussi l'occasion de voir s'il y a lieu d'affiner certains concepts et notions de base pour assurer une plus grande sécurité juridique aux pouvoirs adjudicateurs et aux entreprises (chapitre 1). Ce pourrait également être une occasion d'assurer une plus grande convergence dans l'application des règles de l'UE en matière de marchés publics et en matière d'aides d'État.

Le livre vert reprend un certain nombre d'idées sur la meilleure manière d'atteindre ces divers objectifs. Mais il faut garder à l'esprit que ceux-ci peuvent être antagonistes (la simplification des procédures peut être en contradiction avec la prise en compte d'autres politiques, par exemple). Ces différents objectifs peuvent se traduire par des choix politiques divergents, ce qui obligera par la suite à faire un choix raisonné.

En outre, les possibilités de modifications législatives ne sont pas illimitées. Ces modifications devront respecter les engagements internationaux de l'UE, ou imposeront peut-être l'ouverture de négociations avec l'ensemble des partenaires concernés sur d'éventuelles demandes de compensation. Ces engagements, tels que définis dans un accord plurilatéral<sup>11</sup> et dans sept accords bilatéraux<sup>12</sup>, peuvent donc limiter le champ d'application d'éventuelles adaptations législatives, en particulier en ce qui concerne les seuils d'application des règles de l'UE sur les marchés publics, la définition des achats et des acheteurs publics, ainsi que certaines questions procédurales telles que la définition des spécifications techniques et des délais.

La présente consultation ne porte pas sur les concessions, qui ont déjà fait l'objet de consultations distinctes et d'une analyse d'impact. La Commission a l'intention de proposer des mesures législatives visant à renforcer la sécurité juridique au profit des collectivités territoriales et des opérateurs économiques de toute l'Europe, et à faciliter le développement

---

<sup>10</sup> Un exemple classique est celui du renoncement à des investissements énergétiques rentables, dû au fait que les dépenses d'investissement et les dépenses d'exploitation sont gérées séparément, dans le cadre de procédures budgétaires différentes.

<sup>11</sup> Accord sur les marchés publics (AMP): [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/international\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/international_fr.htm).

<sup>12</sup> Sur les accords bilatéraux, voir: <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/>.

des partenariats public-privé. Les marchés publics électroniques ont fait l'objet d'un autre livre vert, publié le 18 octobre 2010<sup>13</sup>.

Parallèlement à la publication du présent livre vert, la Commission entreprend une évaluation exhaustive de l'impact et du rapport coût-efficacité de la politique de l'UE en matière de marchés publics. Cette évaluation permettra de recueillir auprès des opérateurs des informations sur le fonctionnement de la législation actuelle et d'avoir ainsi une idée concrète des domaines dans lesquels des améliorations s'imposent. Ses résultats seront publiés à l'été 2011.

Les résultats de cette évaluation et les contributions des parties concernées en réponse au présent livre vert alimenteront les réflexions sur la future réforme des règles de l'UE en matière de marchés publics, réflexions qui déboucheront à leur tour sur une proposition de réforme législative.

## **1. POURQUOI RÉGLEMENTER LES MARCHÉS PUBLICS?**

Au moment d'engager des fonds publics, les acheteurs publics n'ont pas les mêmes motivations que les dirigeants de sociétés privées, qui doivent supporter un risque de pertes voire, en dernier lieu, de faillite, et sont directement soumis aux forces du marché.

C'est pourquoi les règles relatives aux marchés publics prévoient des procédures spécifiques pour la passation de tels contrats, afin que les achats publics puissent se dérouler de la manière la plus rationnelle, la plus transparente et la plus équitable. Elles prévoient des garde-fous contre l'absence éventuelle de discipline commerciale lors de tels achats, et contre l'octroi d'un traitement préférentiel coûteux à des opérateurs économiques nationaux ou locaux.

Ces règles s'appliquent donc à tous les contrats publics susceptibles d'intéresser les opérateurs dans le marché intérieur, en leur assurant l'égalité d'accès et des conditions de concurrence équitables au sein du marché européen des contrats publics.

### **1.1. La notion d'achats**

Les règles relatives aux marchés publics sont destinées à réglementer les achats des pouvoirs adjudicateurs. Toutefois, le champ d'application des directives de l'UE n'est pas explicitement limité aux achats spécifiquement destinés à satisfaire les besoins du pouvoir adjudicateur<sup>14</sup>. Cette situation a suscité un débat sur l'applicabilité de ces directives aux cas où des pouvoirs publics concluent des accords imposant des obligations juridiquement contraignantes à des fins qui ne sont pas liées à leurs propres besoins.

Le problème se pose, par exemple, lorsqu'un accord de subvention conclu dans le cadre d'une aide publique impose au bénéficiaire l'obligation juridiquement contraignante de fournir certains services. Une telle obligation vise normalement à assurer la bonne utilisation des deniers publics, mais elle n'est pas censée servir à couvrir les besoins de l'entité publique qui accorde l'aide.

---

<sup>13</sup> Livre vert sur le développement des marchés publics électroniques dans l'UE, COM(2010) 571 final du 18.10.2010.

<sup>14</sup> Arrêt du 18 novembre 2004 dans l'affaire C-126/03, *Commission/Allemagne*, point 18.

Certaines autorités nationales et autres parties concernées se sont plaintes du manque de sécurité juridique lié au champ d'application de la législation dans ce cas de figure, et ont demandé que l'objet de ces dispositions soit clarifié. Dans sa jurisprudence la plus récente, la Cour a estimé que la notion de marché public impliquait que les travaux, fournitures ou services faisant l'objet du marché soient réalisés *dans l'intérêt économique direct* du pouvoir adjudicateur<sup>15</sup>.

**Question:**

1. Pensez-vous qu'il faille limiter aux achats le champ d'application des directives sur les marchés publics? Une telle limitation devrait-elle simplement consacrer le critère d'intérêt économique direct invoqué par la Cour, ou définir d'autres conditions et notions pour le compléter ou à titre d'alternative?

## 1.2. La notion de marchés publics

La classification actuelle des marchés publics (marchés de travaux, marchés de fournitures et marchés de services) est en partie le fruit d'une évolution historique. La nécessité de classer d'emblée un marché dans l'une de ces catégories peut poser des problèmes; c'est le cas, par exemple, des contrats d'achat d'applications logicielles, qui peuvent être considérés, selon les circonstances, soit comme des contrats de fournitures, soit comme des contrats de services. La directive 2004/18/CE contient des dispositions spécifiques concernant les marchés mixtes, qui ont été précisées par la jurisprudence. La Cour considère que si un contrat contient des éléments de différents types, il est nécessaire, pour déterminer les règles applicables, d'identifier l'objet principal du contrat.

Certains de ces problèmes pourraient être évités par une simplification de la subdivision actuelle. On pourrait par exemple envisager de ne retenir que deux types de marchés publics, comme dans le système de l'AMP, qui ne distingue que les marchés de fournitures et les marchés de services, les travaux étant considérés comme une forme de service («marchés de services de construction»). On pourrait même envisager de n'utiliser qu'une définition unique du marché public et de n'opérer de distinction en fonction de l'objet que lorsque cela est indispensable (par exemple dans les dispositions relatives aux seuils applicables).

**Question:**

2. La subdivision actuelle du champ d'application en marchés de travaux, marchés de fournitures et marchés de services vous paraît-elle adaptée? Sinon, quelle autre solution proposeriez-vous?

Indépendamment d'une éventuelle restructuration des catégories de marchés, il pourrait être nécessaire d'en réexaminer et d'en simplifier la définition.

La principale définition concernée est celle des «marchés publics de travaux» qui figure à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, point b), de la directive 2004/18/CE. Cette définition se fonde en effet sur le respect de l'un ou l'autre de trois critères complexes, qui se recoupent partiellement. Elle englobe: soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution, de types spécifiques de travaux repris dans une liste annexée à la directive; soit l'exécution,

---

<sup>15</sup> Arrêt du 25 mars 2010 dans l'affaire C-451/08, *Helmut Müller GmbH*, points 47 à 54, et arrêt du 15 juillet 2010 dans l'affaire C-271/08, *Commission/Allemagne*, point 75.

soit conjointement la conception et l'exécution, d'un ouvrage au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, point b), de la directive; et «la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur». Cette dernière condition a été ajoutée afin d'inclure les cas où les travaux sont effectués non par le contractant lui-même, mais par des tiers agissant pour son compte.

Il serait possible de simplifier cette définition en remplaçant la typologie actuelle par un ensemble de critères beaucoup plus simples et plus clairs, couvrant tous les types d'activités de construction, indépendamment de leur nature et de leur objet, et notamment les activités liées à la réalisation de certains ouvrages, y compris par des tiers.

**Question:**

3. Vous paraît-il nécessaire de revoir et de simplifier la définition des «marchés publics de travaux»? Si tel est le cas, êtes-vous favorable à la suppression du renvoi à une liste spécifique de travaux annexée à la directive? Quelle définition proposeriez-vous?

*Services de type A/B*

Un aspect plus important encore est la couverture des marchés de services.

Les directives actuelles opèrent une distinction entre les services de type A<sup>16</sup> et les services de type B<sup>17</sup>. Les passations de marchés pour des services de type A sont soumises à l'ensemble des procédures instituées par les directives, alors que celles portant sur des services de type B ne sont soumises qu'aux dispositions relatives aux spécifications techniques et à l'envoi d'un avis sur les résultats de la procédure de passation<sup>18</sup>. Or, conformément à la jurisprudence de la Cour, les pouvoirs adjudicateurs attribuant des marchés pour des services de type B doivent respecter les principes fondamentaux du droit primaire de l'UE, et notamment les principes de non-discrimination, d'égalité de traitement et de transparence, dès lors que ces marchés présentent un intérêt transfrontalier<sup>19</sup>. Ils sont donc tenus d'assurer une publicité suffisante pour que les opérateurs économiques intéressés établis dans d'autres États membres puissent, s'ils le souhaitent, manifester leur intérêt pour ces marchés.

L'intention initiale du législateur était de limiter provisoirement l'application intégrale de la directive à certains marchés de services considérés comme particulièrement susceptibles de donner lieu à un accroissement des échanges transnationaux<sup>20</sup>. On observera toutefois que compte tenu du caractère non exhaustif de la liste de services de type B (la catégorie 27 s'intitule en effet: «Autres services»), c'est en fait l'application intégrale des directives aux services qui est l'exception, et le régime prévu pour les services de type B qui est la règle.

Il est permis de se demander si cette situation est toujours justifiée compte tenu de l'évolution économique et juridique du marché intérieur. Il paraît en effet difficile de soutenir que certains des services explicitement mentionnés dans la liste B, comme les services de

<sup>16</sup> Services visés à l'annexe II A de la directive 2004/18/CE ou à l'annexe XVII A de la directive 2004/17/CE.

<sup>17</sup> Services visés à l'annexe II B de la directive 2004/18/CE ou à l'annexe XVII B de la directive 2004/17/CE.

<sup>18</sup> Articles 20 et 21 de la directive 2004/18/CE et articles 31 et 32 de la directive 2004/17/CE.

<sup>19</sup> Arrêt du 13 novembre 2007 dans l'affaire C-507/03, *Commission/Irlande*, points 24 à 31.

<sup>20</sup> Considérant 19 de la directive 2004/18/CE.

transport par eau, d'hôtellerie, de placement et de fourniture de personnel ou encore de sécurité, présentent moins d'intérêt sur le plan transfrontalier que les services de la liste A.

En outre, la distinction entre ces deux types de services crée des complications et des risques d'erreurs dans l'application des règles. Comme pour la classification des marchés, des problèmes se posent en ce qui concerne les cas tangents et les marchés mixtes<sup>21</sup>. En outre, cette distinction n'existe pas dans la plupart des systèmes de nos partenaires commerciaux. La situation juridique actuelle ne fait donc que compliquer l'obtention de nouveaux engagements d'ouverture de la part de nos partenaires commerciaux, puisque l'UE n'est pas en mesure d'offrir la réciprocité, notamment pour les services qui sont devenus essentiels au marché intérieur et au commerce transfrontalier.

La solution la plus logique serait de renoncer à la distinction actuelle entre services de type A et services de type B et de soumettre tous les marchés de services<sup>22</sup> au régime général, ce qui aurait l'avantage de simplifier les règles existantes. Si la consultation en cours montre la nécessité de simplifier le régime général, cette simplification pourrait aussi faciliter la suppression du régime spécial actuellement réservé aux services de type B.

**Questions:**

4. Faut-il selon vous reconsidérer la distinction entre services de type A et services de type B?
5. Les directives sur les marchés publics devraient-elles selon vous s'appliquer à tous les services, éventuellement dans le cadre d'un régime général plus souple? Sinon, veuillez indiquer quel(s) service(s) devraient selon vous rester soumis au régime actuellement prévu pour les services de type B, et pourquoi.

*Seuils*

Certains jugent trop bas les seuils définis dans les directives et demandent donc qu'ils soient relevés; selon eux, les marchés de faible montant actuellement soumis aux directives ne présenteraient pas un intérêt transfrontalier suffisant pour justifier les contraintes administratives d'une procédure de passation de marché.

Il convient cependant de noter qu'un relèvement des seuils, en dispensant un plus grand nombre de marchés de l'obligation de publier un avis de marché dans toute l'UE, réduirait les débouchés potentiels des entreprises en Europe.

Rappelons d'ailleurs que tous les engagements internationaux pris par l'UE se fondent exactement sur les mêmes seuils que les directives actuelles, la seule exception concernant les services de type B (et notamment les services sociaux)<sup>23</sup>. Ces seuils, qui déterminent les possibilités d'accès au marché, font partie des principaux éléments de ces différents accords. Toute augmentation des seuils applicables dans l'UE entraînerait automatiquement une augmentation correspondante des seuils de tous les accords conclus par l'UE (c'est-à-dire pas seulement de l'AMP, mais aussi de tous les autres accords internationaux). Nos partenaires seraient alors fondés à réclamer des compensations, qui pourraient s'avérer substantielles.

---

<sup>21</sup> Article 22 de la directive 2004/18/CE.

<sup>22</sup> Sur les services sociaux, voir le point 4.4.

<sup>23</sup> Sur les services sociaux, voir le point 4.4.

**Question:**

6. Seriez-vous favorable à un relèvement des seuils d'application des directives, même si cela devait avoir au niveau international les conséquences qui viennent d'être décrites?

*Exclusions*

La section de la directive 2004/18/CE consacrée aux «marchés exclus»<sup>24</sup> présente une certaine hétérogénéité: certaines exclusions reposent sur des exceptions ou des limitations concernant le champ d'application du traité (article 14) ou sur un souci de cohérence avec l'ordre juridique international (article 15) ou avec d'autres disciplines du droit (article 16, points c) et e)); d'autres, en revanche, résultent de choix politiques (article 16, points a), b), d) et f); article 17). Il est difficile, dans ces conditions, d'apprécier selon un seul et même critère la nécessité de réexaminer ces différentes dispositions. Quoi qu'il en soit, tout réexamen de ces exclusions devra tenir compte des engagements internationaux de l'Europe, qui reflètent actuellement les exceptions et dérogations prévues par les directives. L'ajout de nouvelles exclusions ne manquerait pas de poser un problème de ce point de vue. Ces engagements internationaux laissent cependant la possibilité d'actualiser et de clarifier le contenu et la présentation des exclusions. Il est aussi envisageable d'abroger celles qui ne sont plus nécessaires compte tenu de l'évolution du contexte juridique, politique ou économique.

**Questions:**

7. Les dispositions actuelles relatives aux marchés exclus vous semblent-elles adaptées? Y a-t-il lieu selon vous de remanier cette section de la directive ou de clarifier certaines exclusions?
8. Y a-t-il lieu selon vous d'abroger, de reconsidérer ou d'actualiser certaines exclusions, et dans ce cas, lesquelles? Que proposeriez-vous concrètement?

**1.3. La notion d'acheteurs publics***Passations de marchés par les entités de la sphère publique*

La directive 2004/18/CE s'applique aux marchés passés par l'État (et toutes ses subdivisions), les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces entités<sup>25</sup>

Si les notions d'État et de collectivité territoriale sont assez claires, la notion d'organisme de droit public est plus complexe. Elle est censée englober toutes les organisations juridiquement indépendantes qui sont étroitement liées à l'État et se comportent fondamentalement comme des entités publiques: organismes publics de radiodiffusion, universités, caisses d'assurance-maladie, entreprises communales, etc.

La définition fournie par la directive 2004/18/CE a fait l'objet de toute une série d'arrêts de la Cour de justice européenne. En résumé, au vu de la jurisprudence, l'organisme doit remplir les conditions suivantes:

<sup>24</sup> Articles 12 à 18 de la directive 2004/18/CE.

<sup>25</sup> Sur les entités soumises à la directive 2004/17/CE, voir le point 7 ci-après.

- (1) avoir été créé pour satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial;
- (2) être doté de la personnalité juridique (de droit privé ou public);
- (3) dépendre étroitement, pour son financement, sa gestion ou sa surveillance, de l'État, de collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public (le détail de ces conditions figure à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 9, deuxième alinéa, point c)).

La bonne application de ces critères impose une analyse détaillée au cas par cas, tenant compte d'éléments tels que le degré de concurrence sur le marché ou la question de savoir si l'organisme poursuit ou non un but lucratif et assume ou non les pertes et les risques liés à son activité.

**Question:**

9. La manière dont sont actuellement définis les acheteurs publics vous paraît-elle adaptée? Estimez-vous notamment nécessaire de clarifier et d'actualiser la notion d'organisme de droit public compte tenu de la jurisprudence de la Cour de justice européenne? Dans l'affirmative, comment conviendrait-il de l'actualiser?

*Services d'utilité publique*

Dans le cadre de la réglementation actuelle des marchés publics, les marchés passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux sont régis par une directive spécifique, la directive 2004/17/CE (directive «secteurs»). Ces secteurs ont en effet des caractéristiques communes: il s'agit d'industries de réseaux, qui utilisent donc un réseau physique ou virtuel (conduites, réseaux électriques, infrastructures postales, lignes ferroviaires, etc.) ou exploitent des aires géographiques, généralement en exclusivité, dans le but de fournir des terminaux de transport ou de prospecter ou d'extraire des ressources minérales (pétrole, gaz, charbon, etc.).

Une autre caractéristique de ces secteurs tient au fait que les activités en question ne sont pas exercées seulement par les pouvoirs publics, mais aussi, (et, dans certains États membres, surtout) par des sociétés commerciales, qu'il s'agisse d'entreprises publiques ou de sociétés privées jouissant de droits spéciaux ou exclusifs. L'une des principales raisons qui ont motivé la réglementation des marchés publics dans ces secteurs est le fait que les opérateurs y exercent leurs activités sur des marchés fermés, cette fermeture étant due à l'octroi par les États membres de droits spéciaux ou exclusifs pour l'approvisionnement, la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fournissant le service concerné. Il a été jugé nécessaire d'étendre les règles de passation de marchés aux exploitants (commerciaux) publics et privés de ces services en raison des différentes façons dont les autorités nationales peuvent influencer le comportement de ces entités, notamment par l'octroi (ou non) de droits spéciaux ou exclusifs, par des participations dans leur capital ou par une représentation dans leurs organes d'administration, de gestion ou de surveillance.

Autrement dit, en l'absence de pression concurrentielle suffisante, la discipline résultant de l'application des règles de procédure de cette directive «secteurs» a été jugée nécessaire pour garantir que les marchés nécessaires à l'exercice des activités en question soient passés de manière transparente et non discriminatoire. La crainte était qu'en l'absence de règles

spécifiques, le favoritisme, les préférences locales ou d'autres facteurs ne pèsent sur les décisions d'attribution de marchés publics dans ces secteurs.

Depuis, un processus de libéralisation s'est engagé tant au niveau de l'UE qu'au niveau national dans bon nombre de ces secteurs (électricité et gaz, exploration et exploitation d'hydrocarbures, services postaux, etc.). Toutefois, l'expérience montre que la «libéralisation», en tant que processus visant à assurer le libre accès à l'activité concernée, ne débouche pas nécessairement ni automatiquement sur une forte concurrence: les «opérateurs établis» conservent souvent des parts de marché très importantes, et dans certains États membres, la présence d'entreprises publiques peut aussi fausser le fonctionnement du marché.

L'une des dispositions de la directive actuelle, l'article 30, permet à la Commission d'exempter certains marchés publics de l'application de la directive lorsque le niveau de concurrence (sur des marchés dont l'accès n'est pas limité) est tel que la pression concurrentielle garantit la transparence et la non-discrimination nécessaires lors de la passation de marchés en vue de la poursuite de ces activités. À ce jour, la Commission a adopté seize décisions de ce type pour neuf États membres différents, et une demande a été retirée. Les secteurs concernés jusqu'à présent sont ceux de l'électricité (production et vente), du gaz (vente), du pétrole et du gaz (naturel), ainsi que certains pans du secteur postal (notamment la logistique, les colis et les services financiers).

Un dernier point à signaler est le fait que de plus en plus d'entités privées obtiennent également le droit d'exercer ces activités à l'issue de procédures ouvertes et transparentes, et qu'elles ne bénéficient donc pas de droits spéciaux ou exclusifs au sens de la directive.

Il convient enfin de souligner que le champ d'application de la directive «secteurs» a été intégralement transposé au niveau international, que ce soit dans le cadre de l'AMP ou d'accords bilatéraux. Son éventuelle restriction pourrait imposer une modification des engagements internationaux de l'UE et susciter des demandes de compensation.

#### **Questions:**

10. Des règles de l'UE vous semblent-elles encore nécessaires pour les passations de marchés publics dans ces secteurs? Veuillez motiver votre réponse.
- 10.1. Dans l'affirmative, certains secteurs actuellement couverts par ces dispositions devraient-ils en être exclus? Inversement, ces dispositions devraient-elles être étendues à d'autres secteurs? Veuillez indiquer les secteurs qui devraient selon vous être couverts, et expliquer.
11. Le champ d'application de la directive est actuellement défini en fonction des activités des entités concernées, de leur statut juridique (public ou privé) et, s'il s'agit d'entités privées, de l'existence ou non de droits spéciaux ou exclusifs. Ces critères vous semblent-ils pertinents, ou vous paraît-il souhaitable d'en appliquer d'autres? Veuillez motiver votre réponse.
12. La vocation commerciale ou lucrative d'entreprises privées peut-elle être considérée comme suffisante pour garantir l'objectivité et l'équité de leurs passations de marché (y compris lorsqu'elles jouissent de droits spéciaux ou exclusifs)?

13. Les dispositions actuelles de l'article 30 de la directive sont-elles un bon moyen d'adapter le champ d'application de la directive à l'évolution des modalités de régulation et de concurrence sur les marchés (nationaux et sectoriels) concernés?

## 2. AMELIORER LES OUTILS DES POUVOIRS ADJUDICATEURS

Les pouvoirs adjudicateurs se plaignent parfois que les instruments réglementaires prévus par la législation européenne ne sont pas tout à fait adaptés à leurs besoins. Ils souhaiteraient notamment une simplification et un assouplissement des procédures. Selon eux, il serait impossible dans certains cas d'appliquer l'intégralité des règles (notamment dans le cas de marchés passés par de très petits pouvoirs adjudicateurs); d'autres situations (certaines formes de coopération public-public) devraient même en être totalement exemptées. Il existerait en revanche des domaines dans lesquels les instruments prévus par la législation de l'UE ne sont pas suffisants (procédures conjointes, problèmes spécifiques survenant après l'attribution du marché).

Ces questions sont examinées au chapitre suivant. Ce qui ressort clairement des commentaires des opérateurs économiques, c'est que les règles de l'UE doivent consacrer certaines règles de base afin de garantir l'égalité de traitement au niveau européen, mais que certaines dispositions des directives actuelles pourraient être reconsidérées. Il convient cependant de rappeler que la suppression de règles au niveau de l'UE se heurterait à certaines limites. Plusieurs règles de procédure sont en effet directement issues de l'AMP et des accords bilatéraux signés par l'UE: c'est le cas par exemple des délais applicables aux différentes procédures, des conditions de recours à une procédure négociée sans publication ou de la publication d'un avis d'attribution de marché. Il n'est pas possible d'abandonner ou de modifier ces règles sans renégocier les obligations internationales de l'UE. Il faut aussi garder à l'esprit que les règles de l'UE sont complétées par un vaste corpus de règles au niveau national ou régional. Si des dispositions étaient abrogées au niveau de l'UE, elles pourraient être remplacées à d'autres niveaux, avec le risque d'une plus grande hétérogénéité des législations nationales et éventuellement d'une surréglementation de la part des États membres<sup>26</sup>. Tout réexamen des règles de procédure devra aussi respecter l'objectif d'une cohérence maximale entre le droit des marchés publics et la législation de l'UE dans d'autres domaines, comme le contrôle des aides d'État.

### Questions:

14. Le niveau de détail actuel des règles de l'UE en matière de marchés publics vous paraît-il adapté? Dans la négative, ces règles sont-elles trop ou pas assez détaillées?

### 2.1. Moderniser les procédures

L'un des grands thèmes du débat public en cours est la question de savoir si les procédures instituées par les directives sont encore bien adaptées aux besoins des pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques, ou s'il n'y aurait pas lieu de les modifier (et comment) afin, notamment, de les rendre moins complexes et moins lourdes, tout en assurant une concurrence équitable et une issue optimale pour les marchés publics.

<sup>26</sup> La surréglementation désigne l'ajout de dispositions ou exigences nationales à celles déjà imposées par la réglementation de l'UE.

## Procédures générales

Les directives actuelles prévoient toute une série d'instruments et de procédures. Les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE permettent toutes deux aux acheteurs de choisir entre une procédure ouverte<sup>27</sup> et une procédure restreinte<sup>28</sup>. La situation est quelque peu différente s'agissant de la procédure négociée avec publication préalable d'un avis de marché<sup>29</sup>. La directive «secteurs» permet plus de souplesse<sup>30</sup>, de sorte que les services d'utilité publique sont libres de recourir à une procédure négociée, à condition d'avoir publié au préalable un appel à la concurrence. En revanche, dans le cadre de la directive 2004/18/CE, la procédure négociée avec publication préalable peut exclusivement être utilisée dans les cas précis visés à l'article 30. Enfin, les deux directives réservent la procédure négociée sans publication d'avis de marché à des cas exceptionnels, dont elles donnent une liste exhaustive<sup>31</sup> et qui font l'objet d'une interprétation restrictive.

Dans le domaine des services, les acheteurs publics peuvent aussi organiser des concours<sup>32</sup>. Plusieurs procédures et instruments de passation spécifiques ont été intégrés dans les directives en 2004, comme le dialogue compétitif<sup>33</sup>, les systèmes d'acquisition dynamiques<sup>34</sup> ou les enchères électroniques<sup>35</sup>. Parmi les autres options ajoutées en 2004 figure la possibilité de regrouper les achats en recourant à une centrale d'achat<sup>36</sup> ou à des accords-cadres<sup>37</sup>. Par ailleurs, dans le contexte de la crise financière, la Commission a considéré qu'il était justifié

---

<sup>27</sup> Dans la procédure ouverte, les entités et pouvoirs adjudicateurs publient un avis de marché sur la base duquel toutes les parties intéressées peuvent soumissionner. Le pouvoir adjudicateur choisit, parmi les enchérisseurs répondant aux critères de sélection qualitative, celui qui répond le mieux au critère d'attribution indiqué dans l'avis de marché («prix le plus bas» ou «offre économiquement la plus avantageuse»). Cette procédure est suivie dans près des 3/4 des passations de marché relevant des directives.

<sup>28</sup> Dans la procédure restreinte, tous les opérateurs économiques peuvent manifester leur intérêt en réponse à l'avis de marché, mais seuls certains candidats, sélectionnés en fonction des critères indiqués dans cet avis, sont invités à soumissionner.

<sup>29</sup> Dans la procédure négociée, les entités et pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux. Cette négociation des conditions de l'offre n'est pas possible dans une procédure ouverte ou restreinte.

<sup>30</sup> La plus grande souplesse accordée par cette directive tient au fait qu'elle ne vise pas seulement les pouvoirs publics, mais aussi les entreprises commerciales, qu'il s'agisse d'entreprises publiques ou de sociétés privées jouissant de droits spéciaux ou exclusifs. Ses procédures se veulent donc proches des pratiques commerciales, à tout le moins de celles qui présentent un minimum de transparence et d'égalité de traitement.

<sup>31</sup> Article 31 de la directive 2004/18/CE et article 40, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE.

<sup>32</sup> Les concours sont des procédures permettant au pouvoir adjudicateur d'acquérir un plan ou un projet retenu par un jury après mise en concurrence; un concours peut, par exemple, être organisé pour la conception d'un centre communal dans un quartier promis à une réhabilitation urbaine, ou pour les plans d'un réseau de communications entre différents niveaux d'administrations.

<sup>33</sup> Cette procédure, destinée aux marchés particulièrement complexes, permet de définir les conditions précises du marché dans le cadre d'un dialogue entre le pouvoir adjudicateur et les candidats; voir l'article 29 de la directive 2004/18/CE (seul acte à prévoir cette procédure). Toutefois, selon des statistiques récentes, elle n'a été utilisée que dans moins de 0,4 % des cas.

<sup>34</sup> Article 33 de la directive 2004/18/CE.

<sup>35</sup> Article 54 de la directive 2004/18/CE.

<sup>36</sup> Article 11 de la directive 2004/18/CE.

<sup>37</sup> Cette dernière possibilité n'a été introduite que dans la directive 2004/18/CE (voir l'article 32), car la directive «secteurs» contenait déjà (à l'article 14) d'autres dispositions, jugées adaptées au contexte particulier des passations de marchés dans les services d'utilité publique.

de recourir à des procédures accélérées<sup>38</sup> pour la réalisation de grands projets d'investissement public en 2009 et 2010.

Il convient à présent de réexaminer cet éventail d'options élargi pour vérifier si les procédures actuellement prévues par les directives constituent encore la meilleure panoplie d'outils possible pour rentabiliser les marchés publics, eu égard notamment à l'importance croissante des partenariats public-privé. Il est souhaitable de procéder à un examen approfondi aussi bien des différents types de procédures que des diverses obligations imposées par les directives aux différents stades de la procédure<sup>39</sup>, afin de s'assurer qu'ils permettent bien d'obtenir le meilleur résultat possible en imposant un minimum de charges administratives<sup>40</sup>.

#### Questions:

15. Pensez-vous que les procédures actuellement prévues par les directives permettent aux pouvoirs adjudicateurs d'obtenir le meilleur résultat possible? Dans la négative, comment améliorer ces procédures afin d'alléger la charge administrative et de réduire les coûts de transaction et la durée des procédures, tout en garantissant aux pouvoirs adjudicateurs le meilleur rapport qualité-prix?
16. D'autres types de procédures, ne figurant pas dans les directives actuelles, vous paraissent-ils susceptibles d'améliorer le rapport coût-efficacité des procédures de passation?
17. Les procédures et outils prévus par les directives pour répondre à certains besoins spécifiques et faciliter la participation du secteur privé grâce à des partenariats public-privé (systèmes d'acquisition dynamiques, dialogue compétitif, enchères électroniques, concours) devraient-ils selon vous être conservés en l'état, modifiés (et comment) ou supprimés?
18. D'après l'expérience que vous avez pu faire de la procédure accélérée en 2009 et 2010, seriez-vous favorable à la généralisation de cette possibilité d'appliquer des délais plus courts dans certaines circonstances? Cela pourrait-il se faire, selon vous, sans compromettre la qualité des offres?

#### *Recourir davantage à la négociation*

Les parties concernées plaident souvent pour un assouplissement des procédures de passation et estiment notamment que les pouvoirs adjudicateurs devraient pouvoir négocier les conditions du marché avec les soumissionnaires potentiels.

---

<sup>38</sup> Cette procédure est prévue par l'article 38, paragraphe 8, de la directive 2004/18/CE pour les cas où l'urgence rend les délais normaux impraticables; voir à ce sujet le communiqué de presse de la Commission IP/08/2040 du 19 décembre 2008.

<sup>39</sup> Telles que les règles relatives à la publication d'avis, au contenu des dossiers d'appel d'offres, les délais applicables à la procédure, les justificatifs attestant du respect des critères de sélection, la documentation et la communication avec les soumissionnaires.

<sup>40</sup> Les dernières technologies de l'information et de la communication peuvent bien entendu fortement contribuer à l'amélioration des procédures pour toutes les parties et à la réduction des formalités, en simplifiant notamment l'obtention ou la fourniture de certificats. Toutefois, cet aspect du débat sur la modernisation des règles n'est pas abordé dans le présent livre vert, puisqu'il a fait l'objet d'une autre consultation dans le cadre du livre vert sur le développement des marchés publics électroniques dans l'UE, SEC(2010) 1214 du 18.10.2010 (COM(2010) 571 final).

La négociation est autorisée par l'AMP à condition d'être annoncée dans l'avis de marché. Les dispositions générales de l'UE sur les marchés publics pourraient donc offrir cette possibilité, sous réserve du respect des principes de non-discrimination et d'équité. Les pouvoirs adjudicateurs disposeraient ainsi d'une marge de manœuvre accrue qui leur permettrait d'obtenir des résultats plus en adéquation avec leurs besoins.

Cette option doit être examinée de manière approfondie avec l'ensemble des intéressés, qu'il s'agisse des pouvoirs adjudicateurs ou des opérateurs économiques. Les avantages qui pourraient résulter de cette plus grande souplesse et d'une éventuelle simplification doivent être mis en balance avec un risque accru de favoritisme et, plus généralement, d'un excès de subjectivité dans les décisions, lié à la marge d'appréciation plus grande laissée aux pouvoirs adjudicateurs par la procédure négociée. En cas d'exercice d'une telle subjectivité, il serait plus difficile de prouver que le marché ne comporte pas d'aide d'État. De surcroît, il n'est utile de laisser plus de latitude aux pouvoirs adjudicateurs que s'ils possèdent l'expertise technique, la connaissance du marché et les compétences nécessaires pour bien négocier avec les fournisseurs.

Enfin, il convient de réfléchir soigneusement aux types et aux tailles de marchés pour lesquels il serait opportun d'autoriser une négociation. Bien qu'elle soit souvent jugée particulièrement adaptée aux petits marchés, elle serait peut-être aussi utile (si ce n'est davantage) pour les grands projets, notamment dans le cadre de partenariats public-privé. En raison de la complexité de ces projets, il est peut-être encore plus nécessaire de disposer de procédures particulièrement souples et de marges de négociation importantes, mais aussi, du côté des pouvoirs adjudicateurs, d'une plus grande expertise technique sur laquelle s'appuyer lors des négociations.

#### **Questions:**

19. Vous paraît-il souhaitable d'autoriser un recours accru à la négociation dans le cadre des procédures de passation de marchés publics, et/ou de généraliser la procédure négociée sans publication préalable?
20. Dans ce dernier cas, cette possibilité devrait-elle exister pour tous les types de marchés/tous les types de pouvoirs adjudicateurs, ou seulement sous certaines conditions ?
21. Pensez-vous qu'un recours généralisé à la procédure négociée comporterait des risques d'abus ou de discrimination? Outre les garde-fous déjà prévus par les directives pour la procédure négociée, faudrait-il imposer des obligations supplémentaires en matière de transparence et de non-discrimination pour contrebalancer ce pouvoir discrétionnaire accru? Quelles pourraient être ces obligations?

#### *Biens et services commerciaux*

L'AMP prévoit des règles spécifiques pour les «marchandises et services commerciaux», définis comme «des marchandises et des services d'un type généralement vendu ou offert à la vente sur le marché commercial à des acheteurs autres que les pouvoirs publics et habituellement achetés par eux pour des besoins autres que ceux des pouvoirs publics». Ces biens et services sont en effet considérés comme disponibles sur le marché sous une forme standardisée, de sorte que leur achat par les pouvoirs publics est simplifié par le fait que leur

prix, leur qualité et les conditions qui s'y rattachent sont les mêmes sur l'ensemble des marchés. Il pourrait donc être justifié de prévoir des procédures simplifiées (comportant, par exemple, des délais plus courts) pour l'achat de ce type de biens et de services.

**Question:**

22. Vous paraît-il opportun de prévoir des procédures simplifiées pour l'achat de biens et de services commerciaux? Dans l'affirmative, quels types de simplifications proposeriez-vous?

*Sélection et attribution*

Dans le cadre des directives actuelles, le choix de l'adjudicataire doit s'opérer en deux temps. Durant la phase de sélection, le pouvoir adjudicateur évalue les capacités et l'aptitude des opérateurs économiques, en fonction de critères d'exclusion et de critères relatifs à la capacité économique et financière et aux connaissances ou capacités professionnelles et techniques. Dans la phase d'attribution, le pouvoir adjudicateur examine les offres et retient la meilleure, en fonction de critères objectifs concernant la qualité des produits et services proposés.

Conformément à la jurisprudence de la Cour<sup>41</sup>, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus d'opérer une distinction stricte entre critères de sélection et critères d'attribution. La décision d'attribution du marché doit se fonder exclusivement sur des critères relatifs aux produits et services proposés, et non sur des considérations liées à l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché, comme leur expérience, leur effectif et leur équipement.

L'AMP fait lui aussi une distinction entre la sélection et la décision d'attribution du marché. Cette distinction est cependant moins stricte que celle opérée par la jurisprudence précitée, puisque l'AMP n'interdit pas explicitement la prise en compte, dans la phase d'attribution, de critères sans lien avec les produits et services proposés, et qu'il autorise donc la prise en compte de critères relatifs au soumissionnaire.

Les pouvoirs adjudicateurs se plaignent parfois du fardeau administratif qu'impose la nécessité de vérifier d'abord le respect des critères de sélection par tous les candidats et soumissionnaires, avant de se pencher sur les critères d'attribution. Selon eux, le fait de pouvoir dans certains cas examiner d'abord les critères d'attribution accélérerait le processus, puisqu'ils ne devraient alors vérifier le respect des critères de sélection que pour l'adjudicataire lui-même.

Ce serait là un argument pour reconsidérer l'organisation et l'ordre de vérification des critères de sélection et d'attribution dans le cadre des procédures de passation. La jurisprudence récente semble aller dans ce sens, puisqu'elle précise que les directives sur les marchés publics «n'exclu[en]t pas, en théorie, que la vérification de l'aptitude des soumissionnaires et l'attribution du marché puissent avoir lieu simultanément», dès lors que «ces deux opérations sont deux opérations distinctes et qu'elles sont régies par des règles différentes»<sup>42</sup>. Il semblerait donc que l'important ne soit pas tant l'ordre dans lequel se déroulent les phases de la procédure, mais la séparation de principe entre critères de sélection et critères d'attribution.

<sup>41</sup> Arrêt du 20 septembre 1988 dans l'affaire 31/87, *Beentjes*, points 15 à 19; arrêt du 24 janvier 2008 dans l'affaire C-532/06, *Lianakis*, point 30, et arrêt du 12 novembre 2009 dans l'affaire C-199/07, *Commission/Grèce*, points 51 à 55.

<sup>42</sup> Arrêts rendus dans l'affaire *Lianakis*, point 27, et dans l'affaire *Commission/Grèce*, point 51.

Il convient toutefois de bien réfléchir à l'opportunité d'une telle mesure. La charge administrative ne pourrait vraiment être réduite que dans des cas bien précis. Examiner les critères de sélection après les critères d'attribution n'aurait de sens que si la vérification des critères d'attribution peut se faire aisément et rapidement pour toutes les offres soumises; ce pourrait notamment être le cas des marchés portant sur l'achat de biens standards au prix le plus bas. De plus, cette méthode serait difficilement applicable aux procédures restreintes ou négociées, dans lesquelles les candidats invités à remettre une offre ou à négocier sont normalement choisis selon des critères de sélection qualitative, ou lorsqu'il est fait usage d'un système de qualification.

Certains font des propositions plus ambitieuses, remettant en cause la séparation de principe entre critères de sélection et critères d'attribution. Selon eux, le fait de pouvoir considérer comme des critères d'attribution certains critères relatifs aux soumissionnaires, tels l'expérience et les qualifications, pourrait contribuer à améliorer les passations de marchés.

Il faut cependant bien prendre conscience qu'une telle possibilité entraînerait un changement majeur dans le système procédural institué par les directives. La séparation des critères de sélection et des critères d'attribution est un gage d'équité et d'objectivité lors de la comparaison des offres. Autoriser l'assimilation de certains critères relatifs aux soumissionnaires, comme l'expérience et les qualifications, à des critères d'attribution pourrait réduire la comparabilité des facteurs à prendre en considération et, en définitive, compromettre le principe de l'égalité de traitement. L'utilisation de critères relatifs aux soumissionnaires risquerait ainsi d'entraîner des distorsions de concurrence. Toute proposition en ce sens ne devrait donc être envisagée, le cas échéant, que dans des cas restreints, par exemple pour certains types de marchés dans le cadre desquels les qualifications et le CV du personnel disponible sont particulièrement importants.

Quoi qu'il en soit, toute modification touchant au principe de la distinction entre critères de sélection et critères d'attribution devrait être envisagée avec la plus grande circonspection. Il peut aussi être nécessaire de prévoir des garde-fous supplémentaires pour garantir l'équité et l'objectivité des procédures.

**Questions:**

23. Seriez-vous en faveur d'une plus grande souplesse en ce qui concerne l'organisation et l'ordre de vérification des critères de sélection et des critères d'attribution dans le cadre de la procédure de passation? Dans l'affirmative, devrait-il être possible d'examiner les critères d'attribution avant les critères de sélection?
24. Serait-il justifié d'autoriser les pouvoirs adjudicateurs, dans certains cas exceptionnels, à tenir compte durant la phase d'attribution de critères liés au soumissionnaire lui-même? Dans l'affirmative, veuillez préciser dans quels cas, et quelles mesures supplémentaires seraient nécessaires selon vous pour garantir l'équité et l'objectivité des décisions d'attribution dans un tel système.

*Tenir compte des expériences antérieures*

Selon les parties intéressées, les directives actuelles ne permettraient pas de tenir compte de l'expérience que pourrait déjà avoir le pouvoir adjudicateur des performances des soumissionnaires. Il est vrai que la prise en compte d'une telle expérience pourrait fournir des indications utiles sur la qualité du soumissionnaire et de son travail futur. Elle comporterait

toutefois un risque évident de discrimination entre soumissionnaires. Il faudrait donc prévoir les garde-fous appropriés pour assurer l'égalité de traitement de ces derniers, ainsi que la transparence et l'équité des procédures.

**Question:**

25. Selon vous, la directive devrait-elle explicitement autoriser la prise en compte des expériences antérieures faites avec un ou plusieurs soumissionnaires? Dans l'affirmative, quelles mesures devraient être prises pour prévenir toute discrimination?

*Des instruments spécifiques pour les services d'utilité publique*

Sur un certain nombre de points, les procédures prévues par la directive «secteurs» diffèrent sensiblement de celles de la directive 2004/18/CE. Elles offrent notamment plus de souplesse aux entités contractantes: outre la possibilité de choisir une procédure négociée avec mise en concurrence, les exploitants de services d'utilité publique disposent de deux outils spécifiques pour organiser leurs marchés, à savoir: les systèmes de qualification<sup>43</sup> et les avis périodiques indicatifs<sup>44</sup>.

La directive «secteurs» permet une mise en concurrence par la publication d'un avis sur l'existence d'un système de qualification pour tous les travaux, fournitures ou services à commander durant la période de validité du système de qualification, quel que soit le nombre de procédures individuelles de passation requises à cet effet. Lorsque la mise en concurrence se fait au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, les marchés concernés ne peuvent être attribués qu'à l'issue d'une procédure restreinte ou négociée, au cours de laquelle les participants sont exclusivement choisis parmi ceux qui sont déjà qualifiés conformément aux règles régissant le système. Les systèmes de qualification peuvent être utiles pour des marchés de travaux, de fournitures ou de services techniquement exigeants<sup>45</sup>, où la procédure de qualification des opérateurs économiques prend tant de temps<sup>46</sup> qu'il est dans l'intérêt de tous d'employer le même processus de qualification pour plusieurs marchés particuliers, plutôt que de devoir le répéter à chaque fois.

La mise en concurrence peut se faire au moyen d'un avis périodique indicatif pour tous les types de marchés de travaux, de fournitures ou de services à commander sur une période de douze mois, quel que soit le nombre de procédures individuelles de passation requises à cet effet. Lorsque la mise en concurrence se fait au moyen d'un avis périodique indicatif, les marchés concernés ne peuvent pas faire l'objet d'une procédure ouverte, mais uniquement d'une procédure restreinte ou négociée, au cours de laquelle les participants sont exclusivement choisis parmi ceux qui ont manifesté leur intérêt en réponse à l'avis. Les avis périodiques indicatifs sont souvent utilisés comme mode de mise en concurrence pour les achats répétitifs de biens, services ou travaux uniformes, et peuvent donc faciliter la tâche quotidienne des exploitants de services d'utilité publique.

**Question:**

<sup>43</sup> Voir en particulier le considérant 53.

<sup>44</sup> Voir l'article 42, paragraphe 3.

<sup>45</sup> Matériel ferroviaire roulant, conduites de gaz à haute pression, etc.

<sup>46</sup> Parfois plus de six mois.

26. Les passations de marchés des exploitants de services d'utilité publique vous semblent-elles devoir faire l'objet de règles spécifiques? Les règles différentes applicables à ces exploitants et aux entreprises publiques tiennent-elles suffisamment compte du caractère spécifique des passations de marchés dans ces secteurs?

## 2.2. Des instruments spécifiques pour les petits pouvoirs adjudicateurs

Les petits pouvoirs adjudicateurs, notamment, se plaignent souvent que le fait de devoir respecter l'intégralité des règles et obligations procédurales pour des marchés d'un montant relativement faible exige un temps et des efforts disproportionnés. Pour les marchés d'un montant inférieur aux seuils des directives, ils se plaignent aussi de l'insécurité juridique liée au fait qu'ils ne savent pas s'ils doivent se conformer ou non aux obligations découlant du droit primaire. Ces deux problèmes pourraient être résolus comme suit.

*Allègement du cadre procédural applicable aux collectivités territoriales pour la passation de marchés d'un montant supérieur aux seuils des directives*

Il pourrait être justifié d'alléger le cadre procédural applicable aux collectivités territoriales, afin de tirer pleinement parti des possibilités offertes par l'AMP à ces collectivités («entités des gouvernements sous-centraux») et aux exploitants de services d'utilité publique, sans pour autant nuire à la transparence. Les directives actuelles offrent en effet ces possibilités aux exploitants de services d'utilité publique, mais pas aux collectivités territoriales. Un tel système différencié donnerait plus de liberté aux collectivités territoriales pour la passation de leurs marchés publics et réduirait la charge administrative précisément là où elle risque d'être disproportionnée. En revanche, la création de différents niveaux d'exigences procédurales pourrait compliquer encore davantage le cadre juridique d'ensemble et poser des problèmes de transposition et d'application, notamment en ce qui concerne l'application des règles en matière d'aides d'État<sup>47</sup>.

Ce cadre procédural allégé pourrait notamment comporter des obligations de publicité moins strictes. En vertu de l'AMP, un pouvoir adjudicateur d'un niveau inférieur au gouvernement central peut passer contrat sans publier d'avis de marché, du moment qu'il a annoncé son intention et publié certaines informations au moyen soit d'un avis périodique indicatif, soit d'un avis sur l'existence d'un système de qualification<sup>48</sup>. Cette possibilité pourrait considérablement alléger la charge administrative des pouvoirs adjudicateurs. En revanche, elle pourrait aussi avoir l'inconvénient de limiter l'accès aux marchés des opérateurs économiques et de réduire ainsi la concurrence pour chaque marché.

Une autre solution pourrait consister à autoriser un recours généralisé à la procédure négociée avec publication préalable d'un avis de marché. La possibilité d'une autorisation générale de la négociation a déjà été examinée plus haut (au point 2.1). L'opportunité d'une telle autorisation pour les collectivités territoriales doit être soigneusement examinée. Elle pourrait être un bon moyen d'adapter le contrat aux préoccupations et besoins spécifiques de ces collectivités. En revanche, il n'est pas certain que les petits pouvoirs adjudicateurs aient toujours la puissance d'achat et l'expertise technique nécessaires pour négocier à armes égales avec les soumissionnaires.

---

<sup>47</sup> Les règles en matière d'aides d'État se fondent sur la compensation accordée, plus que sur la taille du pouvoir contractant. Une éventuelle révision dans le sens d'un allègement des procédures ne préjugera pas de l'application de ces règles.

<sup>48</sup> Voir le point 2.1 pour une présentation détaillée de ces instruments.

**Questions:**

27. L'application intégrale du régime de passation des marchés publics vous paraît-elle adaptée ou non aux besoins des petits pouvoirs adjudicateurs? Veuillez expliciter votre réponse.
28. Dans l'affirmative, seriez-vous favorable à un régime simplifié pour la passation de marchés d'un montant relativement faible par les collectivités territoriales? Quelles devraient en être les caractéristiques?

*Renforcer la sécurité juridique pour les marchés inférieurs aux seuils des directives*

Bon nombre de marchés passés par des collectivités territoriales sont d'un montant inférieur aux seuils des directives. Il n'en reste pas moins que conformément à la jurisprudence de la Cour, l'attribution de ces marchés doit respecter les principes de base du droit de l'Union, comme la non-discrimination et la transparence, dès lors qu'ils présentent un intérêt transfrontalier. La Commission a exposé son point de vue sur les obligations liées à la jurisprudence dans sa *Communication interprétative relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics»*<sup>49</sup>.

Cependant, aux yeux de nombreux pouvoirs adjudicateurs, les clarifications apportées par cette communication ne sont pas toujours suffisantes en pratique, surtout lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence ou non d'un intérêt transfrontalier. Selon eux, la difficulté de savoir s'il y a lieu, dans tel ou tel cas, de se conformer aux règles découlant de ces principes de base compliquerait la tâche des pouvoirs adjudicateurs, et notamment des plus petits d'entre eux. L'ampleur de ce problème est d'ailleurs illustrée par les mesures que les États membres ont prises en la matière dans le contexte de la crise financière.

Les marchés situés en-deçà des seuils ne seraient vraisemblablement pas concernés par une future proposition législative, mais des indications supplémentaires pourraient être fournies afin d'aider les pouvoirs adjudicateurs à déterminer si un marché précis présente ou non un intérêt transfrontalier.

**Question:**

29. Selon vous, la jurisprudence de la Cour telle qu'explicitée par la communication interprétative de la Commission assure-t-elle une sécurité juridique suffisante pour la passation de marchés d'un montant inférieur aux seuils des directives? Estimez-vous au contraire que l'UE doit fournir des indications supplémentaires, par exemple sur les éléments constitutifs d'un éventuel intérêt transfrontalier, ou prendre d'autres initiatives en ce sens? Pour quels aspects une telle mesure vous semble-t-elle nécessaire ou pertinente?

---

<sup>49</sup> Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics», JO C 179 du 1.8.2006, p. 2. Voir aussi l'arrêt du Tribunal du 20 mai 2010 dans l'affaire T-258/06, *Allemagne/Commission*.

### 2.3. Coopération public-public

Un autre sujet de controverse, depuis déjà quelques décennies, est la question de savoir si les contrats entre pouvoirs publics doivent être soumis aux règles sur les marchés publics, et dans quelle mesure.

Le principe de concurrence loyale et ouverte empêche d'exclure *automatiquement* ces contrats du champ d'application des directives sur les marchés publics. Il est cependant vrai que l'application de ces dispositions ne se justifie pas pour certaines formes de coopération entre pouvoirs publics, que la Cour ne considère donc pas comme des marchés publics.

Il y a essentiellement lieu de distinguer entre, d'une part, les accords conclus entre des pouvoirs adjudicateurs pour l'exercice de missions selon le principe de libre administration et, d'autre part, les marchés qui devraient bénéficier d'une concurrence ouverte entre opérateurs économiques. La Cour fait notamment une distinction entre deux formes de coopération public-public qui ne sont pas visées par les directives:

- la coopération «en interne»: les marchés attribués à une entité publique ne sont pas considérés comme des marchés publics si les pouvoirs adjudicateurs exercent sur cette entité un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services et si l'entité réalise avec ces pouvoirs l'essentiel de son activité<sup>50</sup>; plusieurs pouvoirs adjudicateurs peuvent ainsi recourir à une seule et même entité interne sous contrôle commun (coopération verticale/institutionnalisée); cette jurisprudence laisse cependant sans réponse un certain nombre de questions, comme celles de la définition exacte de ce qui constitue un «contrôle analogue», ou la question de l'attribution de marchés par l'entité contrôlée à sa(ses) société(s) mère(s) ou à une société sœur interne (c'est-à-dire à une entité contrôlée par la même société mère);

- la coopération «horizontale»: dans un arrêt plus récent<sup>51</sup>, la Cour a conclu que la coopération public-public ne se limitait pas au recours à une entité interne sous contrôle commun mais qu'elle pouvait rester à un niveau purement contractuel (coopération horizontale/non-institutionnalisée); ce type de dispositif n'est pas couvert par les règles de l'UE sur les marchés publics, s'il s'agit de l'exercice conjoint par des entités entièrement publiques, et par leurs propres moyens, d'une mission de service public, dans un but commun et comportant des droits et obligations réciproques allant au-delà de l'«exécution d'une tâche contre rémunération» pour la poursuite d'objectifs d'intérêt public.

Outre ces deux formes de coopération, il y a lieu de mentionner un autre cas de figure, qui ne correspond pas à proprement parler à une «coopération» entre pouvoirs adjudicateurs, mais au transfert de compétences d'une autorité à l'autre pour l'accomplissement d'une mission de service public. Ce type de transfert de compétences ne relève pas des directives s'il consiste dans le transfert de l'entière responsabilité de la mission (et non dans une simple délégation de son exécution à une autre autorité).

L'évolution de la jurisprudence de la Cour se traduit par une situation complexe comportant toute une série d'exceptions possibles en matière de coopération public-public; l'expérience montre que les pouvoirs adjudicateurs ne savent pas toujours précisément dans quelles conditions leurs relations sont soumises au droit de l'UE sur les marchés publics. Pour

---

<sup>50</sup> Voir notamment les affaires C-107/98, *Teckal*; C-324/07, *Coditel*; et C-573/07, *Sea*.

<sup>51</sup> Affaire C-480/06, *Commission/Allemagne*.

répondre rapidement à ce besoin de clarification, les services de la Commission fourniront des indications sur l'interprétation de la jurisprudence, dans un document de travail qui sera publié en 2011.

La question essentielle est toutefois de savoir si ce problème ne devrait pas être résolu, et de quelle manière, par des règles législatives qui donneraient notamment une définition claire des formes de coopération ne relevant pas du champ d'application des directives de l'UE.

Il pourrait être utile d'examiner la possibilité d'élaborer une définition basée sur des critères communs pour l'ensemble des coopérations public-public exemptées de cette application. Une telle définition devrait distinguer clairement entre, d'une part, les formes modernes d'organisation de l'exercice (conjoint) de missions de service public par des pouvoirs adjudicateurs, formes qui sont uniquement guidées par le souci de l'intérêt public (et qui ne sont donc pas soumises aux règles sur les marchés publics) et, d'autre part, les opérations de vente et d'achat de biens et de services sur le marché qui sont d'ordre purement commercial (et sont soumises en tant que telles à ces règles). Il convient d'étudier soigneusement la façon dont cette distinction peut être mise en œuvre en pratique, tout en tenant compte des conclusions auxquelles est parvenue la Cour dans ses arrêts récents. Les principaux aspects à prendre en considération seraient les suivants.

Premièrement, il ressort clairement de la jurisprudence<sup>52</sup> que toute coopération public-public exemptée de l'application des règles de l'UE sur les marchés publics doit rester purement publique. Par conséquent, en cas de participation de capitaux privés dans l'une des entités qui coopèrent, cette coopération ne pourra être exemptée en tant que telle de l'application de ces règles.

Un autre élément essentiel, semble-t-il, est le critère de finalité commerciale limitée des entités concernées<sup>53</sup>, récemment utilisé par la Cour. Si ces entités ont une finalité commerciale («vocation de marché»), cela signifie qu'elles exercent leurs activités sur le marché en concurrence directe avec les opérateurs privés, dans un but commercial identique ou similaire et avec les mêmes moyens. Une coopération exemptée de l'application des règles sur les marchés publics et visant l'accomplissement d'une mission de service public ne devrait pas, en principe, faire intervenir ce type d'entités. Les prestataires internes ayant une finalité commerciale peuvent aussi susciter des doutes sous l'angle de la concurrence et des aides d'État.

Enfin, il convient de se pencher sur le type de relation existant entre les entités qui coopèrent. Dans la coopération institutionnalisée, c'est l'exercice d'un contrôle interne (commun) qui peut éventuellement conduire à exempter du régime des marchés publics un accord qui y serait normalement soumis. En l'absence d'un tel contrôle, et pour distinguer une coopération non-institutionnalisée d'un marché public normal, il paraît essentiel que cette coopération comporte des droits et obligations réciproques allant au-delà de l'«exécution d'une tâche contre rémunération» et que son objectif principal ne soit pas d'ordre commercial.

---

<sup>52</sup> Affaire C-26/03, *Stadt Halle*.

<sup>53</sup> Il s'agit du critère de la «vocation de marché» appliqué dans l'affaire C-573/07, *Sea*, point 73. Il correspond à la condition, énoncée dans l'arrêt rendu dans l'affaire C-480/06, qui veut que la mise en œuvre de cette coopération soit «uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public et que le principe d'égalité de traitement des intéressés [soit] garanti».

**Questions:**

30. Compte tenu de ce qui précède, jugez-vous utile de prendre au niveau de l'UE des dispositions législatives concernant les possibilités de coopération public-public et les critères s'y appliquant?
31. Seriez-vous favorable à la mise au point d'une définition assortie de critères communs pour les formes de coopération public-public à exempter? Quels en seraient selon vous les principaux éléments?
32. Seriez-vous plutôt favorable à des règles spécifiques pour chacune des différentes formes of coopération, suivant les conclusions de la jurisprudence de la Cour (par exemple pour la coopération interne et horizontale)? Dans l'affirmative, veuillez indiquer pourquoi, et en quoi devraient consister ces règles.
33. Les règles adoptées au niveau de l'UE devraient-elles aussi couvrir le transfert de compétences? Veuillez préciser pour quelles raisons.

**2.4. Des outils appropriés pour l'agrégation de la demande et les procédures conjointes**

L'un des problèmes à propos desquels les parties concernées déplorent souvent ce qu'elles considèrent comme un manque d'instruments au niveau de l'UE est la question de l'agrégation de la demande et de la coordination des marchés publics entre pouvoirs adjudicateurs.

Les partisans de l'agrégation de la demande insistent sur ses avantages considérables pour les fournisseurs comme pour les pouvoirs adjudicateurs: économies d'échelle et baisse des coûts de production (au profit des entreprises et des contribuables européens), puissance d'achat accrue pour les pouvoirs publics et possibilité pour ceux-ci de mettre en commun leurs connaissances et leur expertise, ainsi que les coûts et risques liés à la passation de marchés. Ce partage des coûts et des risques, en particulier, faciliterait aussi l'achat stratégique de produits et services innovants et encouragerait ainsi le développement de nouveaux produits et de nouveaux marchés<sup>54</sup>.

La coopération transfrontalière entre des pouvoirs adjudicateurs d'États membres différents pourrait plus particulièrement contribuer à une meilleure intégration des marchés de contrats publics, en allant dans le sens inverse du cloisonnement des marchés européens suivant les frontières nationales et en créant ainsi un tissu industriel européen viable et compétitif au plan international.

Les directives actuelles prévoient déjà un certain nombre d'outils permettant d'agréger la demande, dont les centrales d'achat<sup>55</sup>. Sans être spécifiquement conçus dans ce but, d'autres instruments peuvent aussi être utilisés pour agréger la demande; il s'agit par exemple de la possibilité de conclure des contrats-cadres, faisant intervenir plusieurs pouvoirs adjudicateurs. Bien entendu, la coordination entre pouvoirs adjudicateurs peut aussi consister en un simple

---

<sup>54</sup> C'est pourquoi l'initiative phare «Une Union de l'innovation» - SEC(2010) 1161), qui vise à relancer les politiques européennes en matière d'innovation et de recherche dans le cadre de la stratégie Europe 2020, plaide aussi pour une initiative de l'UE sur la passation conjointe de marchés publics.

<sup>55</sup> Article 1<sup>er</sup>, paragraphe 10, de la directive 2004/18/CE.

partage d'expériences ou dans la coordination de certaines phases de la procédure de passation.

Il est néanmoins nécessaire de se pencher sur les demandes répétées exprimées en faveur de l'adoption, au niveau de l'UE, d'instruments plus spécifiques permettant d'agrèger la demande, notamment dans le cadre de procédures conjointes transfrontalières. Ces instruments et mécanismes devraient correspondre à un juste milieu entre la nécessité de faciliter l'agrégation de la demande dans des secteurs stratégiques et le risque de restreindre la concurrence sur les marchés (au détriment, notamment, des PME), par exemple en divisant les contrats en lots.

En ce qui concerne les procédures conjointes transfrontalières, d'autres problèmes d'ordre juridique se posent également: identification de la législation nationale applicable à la procédure de passation et au contrat, capacité des pouvoirs adjudicateurs à appliquer une autre législation nationale que la leur, détermination de l'organisme compétent et des règles applicables pour le réexamen des décisions d'attribution, etc.

#### **Questions:**

34. De manière générale, êtes-vous favorable à une agrégation plus poussée de la demande et à un recours plus fréquent aux procédures conjointes? Quels en seraient selon vous les avantages et les inconvénients?
35. Existe-t-il selon-vous des obstacles à cause desquels l'agrégation de la demande ou la passation conjointe de marchés ne pourrait se faire de manière efficiente? Pensez-vous que les instruments prévus dans les directives pour agréger la demande (centrales d'achat, contrats-cadres) fonctionnent bien et sont suffisants? Dans la négative, quelles modifications faudrait-il leur apporter ? Quels autres instruments ou dispositions seraient nécessaires?
36. Selon vous, un recours accru à l'agrégation de la demande et aux procédures conjointes risquerait-il de restreindre la concurrence et d'empêcher les PME d'accéder aux marchés publics? Comment réduire ce risque?
37. La passation conjointe de marchés vous paraît-elle plus adaptée à certains produits qu'à d'autres? Veuillez préciser lesquels, et pourquoi.
38. Les procédures conjointes transfrontalières vous paraissent-elles se heurter à des problèmes spécifiques (tels que la détermination de la législation et des procédures de recours applicables)? Pensez-vous notamment que votre législation nationale permettrait de soumettre un pouvoir adjudicateur à une procédure de recours dans un autre État membre?

#### **2.5. Répondre aux préoccupations liées à l'exécution des contrats**

Les directives actuelles imposent une transparence préalable en ce qui concerne les clauses d'exécution des marchés (indication dans l'avis de marché ou dans les spécifications), mais elles ne réglementent pas l'exécution elle-même. Or, certains problèmes susceptibles de surgir durant la phase d'exécution peuvent avoir des conséquences graves pour l'absence de discrimination entre soumissionnaires et la validité des achats publics en général. Il s'agit donc de savoir si la législation de l'UE devrait prévoir des instruments de réglementation spécifiques pour mieux faire face à ces problèmes.

### *Modifications substantielles*

Un problème particulièrement complexe est celui des changements ultérieurs affectant le marché lui-même ou son exécution.

Selon la jurisprudence de la Cour, les modifications apportées aux dispositions d'un marché public pendant sa durée de validité requièrent une nouvelle passation de marché si elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial<sup>56</sup>.

La Cour a déjà fourni des indications sur les circonstances dans lesquelles des modifications devraient être considérées comme substantielles. C'est notamment le cas lorsque la modification introduit des conditions qui auraient permis l'admission d'autres soumissionnaires ou la sélection d'autres adjudicataires, lorsqu'elle étend le marché dans une mesure importante ou lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat<sup>57</sup>. Certains pouvoirs adjudicateurs ont néanmoins signalé que pour certains types de modifications, la jurisprudence n'était pas assez claire pour permettre de déterminer si une nouvelle procédure de passation était requise ou non.

La présente consultation vise à établir si une clarification juridique est nécessaire au niveau de l'UE pour définir les conditions dans lesquelles une modification du marché impose une nouvelle procédure. Cette clarification pourrait aussi préciser les conséquences éventuelles de telles modifications (en prévoyant par exemple une procédure de passation plus légère pour le marché modifié)<sup>58</sup>.

#### **Questions:**

39. Les directives sur les marchés publics devraient-elles réglementer les cas de modifications substantielles d'un marché en cours de validité? Dans l'affirmative, quels types de clarifications proposeriez-vous?
40. Lorsqu'une nouvelle procédure de mise en concurrence doit être organisée par suite de la modification d'une ou plusieurs conditions essentielles, serait-il justifié d'appliquer une procédure plus souple? En quoi pourrait-elle consister?

### *Modifications concernant le contractant et dénonciation du contrat*

Les modifications portant sur le choix du contractant posent aussi des problèmes complexes. Selon la jurisprudence, la substitution d'un nouveau cocontractant à celui auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché constitue une modification substantielle et requiert donc une nouvelle procédure d'attribution, à moins que cette substitution ait été prévue dans le contrat initial, par exemple au titre de la sous-traitance. Cela ne s'applique pas non plus aux cas dans lesquels un marché est transféré à un autre contractant appartenant au même groupe, dans le cadre d'une réorganisation interne<sup>59</sup>. En revanche, même si la

---

<sup>56</sup> Arrêts du 5 octobre 2000 dans l'affaire C-337/98, *Commission/France*, points 44 et 46; du 19 juin 2008 dans l'affaire C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, points 34 à 37; et du 13 avril 2010 dans l'affaire C-91/08, *Wall AG*, point 37.

<sup>57</sup> Voir l'arrêt *pressetext Nachrichtenagentur*, points 35 à 37.

<sup>58</sup> L'article 31, paragraphe 4, point a) de la directive 2004/18/CE offre déjà une solution pour certaines modifications, puisqu'il autorise dans certaines circonstances le recours à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché pour l'exécution de travaux ou services complémentaires.

<sup>59</sup> Arrêt rendu dans l'affaire *pressetext Nachrichtenagentur*, point 40.

possibilité en est prévue dans le contrat, un changement de sous-traitant peut, dans des cas exceptionnels, être considéré comme une modification substantielle du contrat<sup>60</sup>.

À en juger par l'expérience des parties concernées, l'équilibre et la bonne exécution du contrat ne risquent pas seulement d'être affectés lorsque le contractant est remplacé par une autre entité juridique, mais aussi lorsque sa situation change (incidents compromettant sa capacité à exécuter le contrat, tels qu'une faillite, le départ d'experts indispensables, etc.).

Là encore, il conviendrait de débattre de la nécessité de définir, au niveau de l'UE, des instruments permettant aux pouvoirs adjudicateurs d'apporter une solution adaptée à ces situations, par exemple en leur donnant le droit de mettre fin au contrat en cas de modifications majeures concernant le contractant, et/ou en définissant une nouvelle procédure simplifiée pour remplacer le contractant d'origine<sup>61</sup>.

La possibilité explicite, pour les pouvoirs adjudicateurs, de mettre fin à un contrat pourrait aussi être nécessaire pour les cas où la Cour déclare qu'un contrat donné a été attribué en infraction aux règles de l'UE sur les marchés publics. En effet, même si les États membres sont tenus de mettre fin aux contrats dont la passation contrevient aux règles de l'UE<sup>62</sup>, le droit de résilier ces contrats n'est pas prévu par certaines législations nationales, de sorte qu'il est difficile, voire, de fait, impossible pour ces pouvoirs adjudicateurs de prendre les mesures appropriées pour se conformer aux arrêts de la Cour relatifs à ce type d'infraction.

#### Questions:

41. Des règles de l'UE sur les modifications apportées dans le cadre de l'exécution des contrats auraient-elles selon vous une valeur ajoutée, et laquelle? Devraient-elles notamment prévoir explicitement l'obligation ou le droit pour les pouvoirs adjudicateurs de changer de fournisseur ou de mettre fin au contrat dans certains cas, et lesquels? L'UE devrait-elle aussi définir des procédures spécifiques pour la désignation du nouveau fournisseur?
42. Partagez-vous l'idée selon laquelle les directives de l'UE devraient imposer aux États membres d'inscrire dans leur législation nationale le droit d'annuler des marchés qui ont été passés en violation de la législation sur les marchés publics?

Plus généralement, la réglementation nationale sur l'exécution des contrats est très détaillée dans de nombreux États membres, ce qui peut entraîner des lourdeurs administratives (garanties d'exécution, conditions de livraison, respect des délais, facturation des adaptations, etc.). Le nombre de dispositions nationales en la matière pourrait éventuellement être réduit par l'adoption au niveau de l'UE de normes communes pour certains aspects.

#### Question:

---

<sup>60</sup> Arrêt rendu dans l'affaire *Wall AG*, point 39.

<sup>61</sup> Une telle procédure pourrait aussi comporter des solutions intermédiaires, comme la possibilité de mandater le deuxième meilleur soumissionnaire sélectionné à l'issue de la procédure d'adjudication initiale, ou de ne remettre en concurrence que les soumissionnaires ayant participé à cette première procédure, à condition qu'elle n'ait pas eu lieu trop longtemps auparavant.

<sup>62</sup> Affaire C-503/04, *Commission/Allemagne*.

43. Convierait-il selon vous de réglementer certains aspects de l'exécution des contrats, et lesquels? Veuillez préciser votre réponse.

#### *Sous-traitance*

La législation en vigueur contient très peu de dispositions relatives à la sous-traitance. L'article 25 de la directive 2004/18/CE dispose que les pouvoirs adjudicateurs peuvent obliger le soumissionnaire à indiquer ses intentions en la matière. Or, selon la jurisprudence, le soumissionnaire a en principe le droit de recourir à la sous-traitance pour l'exécution du marché, même si cela signifie qu'une part importante de cette exécution, voire son intégralité, est confiée à des sous-traitants. La sous-traitance de parties essentielles du marché ne peut être restreinte ou interdite que dans les cas où le pouvoir adjudicateur n'a pas été en mesure de vérifier les capacités techniques et économiques des sous-contractants.

Certains plaident pour un renforcement des restrictions limitant la sous-traitance, afin que les pouvoirs adjudicateurs puissent influencer davantage sur l'exécution des marchés. Ils seraient par exemple favorables à la possibilité d'exclure la sous-traitance, soit complètement, soit au moins pour les parties essentielles du marché, ou de la restreindre à un certain pourcentage du marché, ou encore de conférer aux pouvoirs adjudicateurs le droit général de rejeter les sous-traitants proposés.

#### **Question:**

44. Pensez-vous que les pouvoirs adjudicateurs devraient pouvoir exercer une plus grande influence sur le recours de l'adjudicataire à la sous-traitance? Dans l'affirmative, quels instruments proposeriez-vous?

### **3. UN MARCHÉ EUROPÉEN DES CONTRATS PUBLICS PLUS ACCESSIBLE**

L'un des objectifs prioritaires de la législation de l'UE en matière de marchés publics est de permettre aux opérateurs économiques de se livrer concurrence pour l'obtention de marchés publics dans tous les États membres. Même si des succès considérables ont été enregistrés dans ce domaine depuis l'adoption des premières directives «marchés publics» dans les années 1970, des améliorations semblent encore possibles pour créer un véritable marché européen des contrats publics qui soit pleinement accessible à toutes les entreprises européennes. Il s'agit, en particulier, d'améliorer l'accès des PME et, plus généralement, de rendre les marchés publics plus concurrentiels.

#### **Question:**

45. Pensez-vous que les directives actuelles permettent aux opérateurs économiques d'exploiter pleinement les possibilités offertes par les marchés publics dans le marché intérieur? Dans la négative, quelles dispositions ne vous semblent pas adaptées aux besoins des opérateurs économiques? Pourquoi?

#### **3.1. Améliorer l'accès des PME et des start-up aux marchés publics**

L'objectif des directives «marchés publics» est d'ouvrir les marchés publics à tous les opérateurs économiques, quelle que soit leur taille. Il convient néanmoins d'accorder une

attention particulière à la question de l'accès des petites et moyennes entreprises (PME) à ces marchés<sup>63</sup>.

Les PME, qui constituent le tissu vivant de l'économie européenne, recèlent un potentiel considérable de création d'emplois, de croissance et d'innovation. Un accès facile aux marchés publics peut les aider à réaliser ce potentiel de croissance et d'innovation et aurait un effet positif sur l'économie de l'Union. De plus, leur forte participation aux marchés publics permettrait aux pouvoirs adjudicateurs d'élargir considérablement leur base de fournisseurs potentiels, ce qui rendrait les marchés publics plus concurrentiels et fournirait un contrepoids aux acteurs dominants du marché.

Afin de rendre les marchés publics de toutes tailles aussi accessibles que possible aux PME, la Commission a publié en 2008 le «Code de bonnes pratiques facilitant l'accès des PME aux marchés publics»<sup>64</sup>. Ce code met en avant et élabore un certain nombre de pratiques s'inscrivant dans le cadre réglementaire de l'Union européenne qui permettent d'optimiser les appels d'offres pour la participation des PME et de garantir un traitement équitable à cette catégorie de soumissionnaires.

Une étude récente commandée par la Commission européenne<sup>65</sup> révèle que, entre 2006 et 2008, la proportion des PME qui ont remporté un marché public *dépassant les seuils définis par l'Union européenne* variait de 58 % à 61 % dans l'UE-27. En termes de valeur contractuelle estimative totale, les PME ont représenté entre 31 % et 38 % des marchés publics, tandis que leur part globale dans l'économie, calculée sur la base de leurs chiffres d'affaires combinés, représente 52 %.

Dans ce contexte, il y a lieu d'examiner la nécessité d'adopter des mesures législatives au niveau de l'Union européenne pour permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'exploiter pleinement le potentiel économique et d'innovation des PME dans leurs procédures d'appel d'offres.

#### *Réduction de la charge administrative dans la phase de sélection*

Les PME indiquent que les principaux obstacles à leur participation aux marchés publics se concentrent dans la phase de sélection. Le principal obstacle est lié aux éléments justificatifs qu'elles doivent fournir. Le grand nombre de certificats souvent exigé au stade de la sélection crée une charge administrative difficilement gérable par des PME notamment dans un contexte transnational où même une traduction des certificats est requise. Par ailleurs, les critères de sélection eux-mêmes sont souvent si rigoureux (exigences en matière de chiffre d'affaires ou de contrats de référence à fournir) qu'il est quasiment impossible pour des PME de s'y conformer.

S'agissant du premier point (éléments justificatifs à fournir en vertu des critères de sélection), une solution souvent avancée est de permettre aux entreprises de ne soumettre dans un premier temps que les informations utiles pour la sélection sous une forme condensée et/ou

---

<sup>63</sup> Voir aussi la demande du Parlement européen invitant la Commission à redoubler d'efforts pour faciliter l'accès des PME aux marchés publics dans le rapport sur l'évolution de la passation de marchés publics (2009/2175(INI)).

<sup>64</sup> Document de travail des services de la Commission SEC(2008) 2193.

<sup>65</sup> «Evaluation of SMEs' access to public procurement markets in the EU» (actualisation en 2009), réalisée en septembre 2010. Commandée par la direction générale des entreprises et de l'industrie; consultant: GHK.

une déclaration solennelle de conformité avec les critères de sélection. En principe, seuls les adjudicataires ou les soumissionnaires admis à la phase d'attribution devraient alors produire les pièces justificatives en bonne et due forme (certificats). Toutefois, le pouvoir adjudicateur aurait la possibilité d'exiger les documents à tout moment, pendant ou même après la procédure de passation du marché afin de prévenir la fraude. La charge administrative serait ainsi réduite, notamment pour les PME, sans compromettre les garanties nécessaires à la prise de décisions éclairées.

S'agissant du second point (critères de sélection trop rigoureux), il pourrait être justifié d'introduire dans les règles de l'UE un plafond sur certaines exigences de sélection qualitative, notamment en ce qui concerne la capacité financière. Cela pourrait permettre d'éviter que les pouvoirs adjudicateurs n'imposent des critères de sélection trop exigeants (en matière de chiffre d'affaires, par exemple) qui excluent inévitablement les PME. Cette mesure renforcerait l'obligation existante d'appliquer des critères de sélection proportionnés. Elle limiterait en revanche la liberté des pouvoirs adjudicateurs de déterminer quelles normes sont nécessaires pour garantir la bonne exécution du marché.

#### *Autres suggestions*

Des parties concernées ont aussi parfois proposé l'adoption de mesures de discrimination positive en faveur des PME (par exemple, la fixation à l'avance de quotas de marchés publics qui leur seraient exclusivement réservés). Contrairement à certains de ses partenaires commerciaux qui ont adopté ce type de mesure, l'Union européenne n'est pas favorable à l'idée de réserver des marchés à des entreprises particulières. Qui plus est, ces mesures seraient contraires au principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires, pilier fondamental du régime européen des marchés publics reconnu par la Cour de justice comme l'une des libertés fondatrices du traité.

Toutefois, l'adoption de mesures administratives internes encourageant les pouvoirs adjudicateurs à mettre tout en œuvre pour améliorer l'accès des PME à leurs marchés publics est envisageable. Par exemple, des objectifs globaux en matière de participation des PME aux marchés publics pourraient être fixés. Ce système ne serait pas fondé sur la *réservation de marchés spécifiques* aux PME, mais inciterait seulement les pouvoirs adjudicateurs à utiliser au mieux les instruments qui sont à leur disposition pour organiser des marchés publics adaptés aux PME.

Autre solution possible: autoriser les pouvoirs adjudicateurs à exiger d'un adjudicataire qu'il sous-traite une certaine partie du marché à des tiers. Cette obligation est déjà prévue par la directive 2004/18/CE pour la concession de travaux publics (article 60) et la directive 2009/81/CE relative à la passation de marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité (article 21).

#### **Questions:**

46. Estimez-vous que les règles et politiques de l'UE en matière de passation des marchés publics tiennent suffisamment compte des intérêts des PME? Ou bien pensez-vous que certaines règles de la directive devraient être révisées ou que des mesures supplémentaires devraient être introduites pour améliorer la participation des PME aux marchés publics? Motivez votre réponse.

47. Certaines des mesures définies dans le code de bonnes pratiques (telles que la subdivision en lots) devraient-elles être imposées aux pouvoirs adjudicateurs (sous certaines réserves)?
48. Pensez-vous que les règles relatives au choix du soumissionnaire créent une charge administrative disproportionnée pour les PME? Dans l'affirmative, comment simplifier ces règles sans compromettre les garanties en matière de transparence, de non-discrimination et de bonne exécution des marchés?
49. Seriez-vous favorable à une solution qui n'imposerait la production et la vérification d'éléments justificatifs qu'en ce qui concerne les candidats présélectionnés / l'adjudicataire?
50. Pensez-vous qu'une déclaration solennelle soit un bon moyen d'alléger la charge administrative liée à la fourniture d'éléments justificatifs au titre des critères de sélection? Ou pensez-vous au contraire que ce n'est pas un moyen suffisamment fiable pour remplacer les certificats? Dans quels domaines une déclaration solennelle serait-elle utile (faits relevant de la sphère de l'entreprise elle-même) ou inutile?
51. Pour prouver leur capacité financière, les soumissionnaires doivent se conformer à des exigences en matière de chiffre d'affaires; pensez-vous que ces exigences soient trop strictes pour les PME? L'Union européenne devrait-elle fixer un ratio maximal qui garantirait la proportionnalité des critères de sélection (par exemple: limitation du chiffre d'affaires maximal requis à un certain multiple de la valeur du marché)? Envisageriez-vous d'autres instruments pour garantir la proportionnalité des critères de sélection par rapport à la valeur et à l'objet du marché?
52. Quels sont les avantages et les inconvénients de la possibilité pour les États membres d'autoriser ou de contraindre leurs pouvoirs adjudicateurs à obliger l'adjudicataire à sous-traiter une certaine partie du marché principal à des tiers?

### **3.2. Garantir une concurrence loyale et effective**

Les acheteurs publics font souvent appel à des marchés présentant une structure anticoncurrentielle<sup>66</sup>. L'objectif des règles de passation des marchés publics (une concurrence ouverte et effective) peut être difficile à atteindre en appliquant simplement les règles de procédure prévues par les directives actuelles. Les décisions relatives aux marchés publics qui sont prises sans tenir compte des structures de marché comportent le risque, même si elles sont parfaitement conformes aux règles des directives, que le caractère anticoncurrentiel de ces structures ne se consolide ou ne s'aggrave. Cela vaut tout particulièrement pour les marchés d'un montant très important et pour les secteurs où les pouvoirs publics sont les principaux clients et où la demande privée n'est pas suffisante pour compenser l'incidence des commandes publiques sur le marché.

---

<sup>66</sup> Le marché de l'élimination des déchets est dans de nombreux États membres dominé par un ou deux grands acteurs. Le secteur de la construction est, au moins en ce qui concerne les grands projets d'infrastructure, oligopolistique et voit souvent la formation d'ententes. C'est le cas également des marchés des fournitures informatiques, de l'électricité dans certains États membres, comme le montrent les décisions arrêtées sur la base de l'article 30 concernant le marché de l'électricité en République tchèque, en Espagne et en Italie, et le marché de certains services postaux dans un certain nombre d'États membres, comme le montrent les décisions arrêtées sur la base de l'article 30 concernant le secteur postal en Suède, en Finlande et en Autriche.

Pour des marchés publics intelligents, qui stimulent la concurrence, les acheteurs doivent tout d'abord connaître la structure des marchés concernés. De plus, ils doivent adapter en conséquence leurs stratégies de passation de marchés publics (élaboration des contrats et choix de la procédure). Par exemple, les pouvoirs adjudicateurs devraient éviter de lancer un appel d'offres pour les marchés qui ne peuvent être exécutés que par un seul acteur ou par un petit nombre d'acteurs, sous peine de consolider les structures oligopolistiques et de rendre pratiquement impossible l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché. Dans le pire des cas, le pouvoir adjudicateur se retrouverait avec un fournisseur dominant qui pourrait lui imposer ses conditions et ses tarifs.

La forme appropriée du marché dépend manifestement de la structure de l'offre. Si des concurrents plus petits sur le marché sont capables de fournir le service ou les produits concernés sur une échelle plus petite, la réduction du volume ou de la durée des marchés pourrait être un bon moyen d'optimiser la concurrence. Une concurrence plus vive pourrait aussi être obtenue en subdivisant les marchés en lots, tout en limitant éventuellement le nombre maximal de lots pouvant être attribué à un seul soumissionnaire. Si le nombre de concurrents parmi les entreprises les plus petites est insuffisant, une autre solution pourrait être de regrouper plusieurs achats en un seul marché afin d'attirer des concurrents potentiels d'autres États membres.

D'autres instruments permettant de garantir une concurrence suffisante sur les marchés publics sont souvent cités et pourraient être introduits au niveau européen en tant que solutions facultatives pour les États membres ou les pouvoirs adjudicateurs. Ainsi que nous l'avons indiqué ci-dessus, si les critères de sélection deviennent moins rigoureux, le nombre d'offres valables augmentera<sup>67</sup>. Il est possible d'éviter la situation dans laquelle des fournisseurs dominants imposeraient des marchés désavantageux en définissant préalablement un prix de réserve maximal au-delà duquel le marché ne sera pas attribué, ou en prévoyant la possibilité d'annuler la procédure si un seul soumissionnaire réussit la phase de sélection.

Plus généralement, des mesures visant à faciliter la participation de soumissionnaires d'autres États membres devraient aussi être envisagées, lorsque cela est possible. Comme nous l'avons déjà souligné, les échanges intra-européens dans le cadre des marchés publics peuvent encore être considérablement renforcés afin de créer un véritable marché européen des contrats publics. Les entreprises européennes verraient ainsi leurs débouchés commerciaux augmenter et les pouvoirs adjudicateurs leur base de fournisseurs potentiels. Une meilleure reconnaissance mutuelle des certificats (voire la mise en place d'un système commun européen de préqualification) pourrait être un moyen de faciliter la participation transfrontalière. Certaines parties concernées se demandent même si, pour certains marchés d'un montant très important, l'établissement du cahier des charges dans une deuxième langue ou l'acceptation d'offres rédigées dans une autre langue ne pourrait pas être utile. L'utilisation d'un système de traduction automatique – au moins à des fins d'information – pour certaines étapes de la procédure pourrait aussi être envisagée.

Toutes les mesures visant à renforcer la concurrence sur les marchés publics présupposent que les pouvoirs adjudicateurs aient une bonne connaissance des marchés sur lesquels ils achètent (en menant, par exemple, des études sur la structure et la forme du marché ciblé avant de lancer leur appel d'offres). Pour mettre en œuvre ces mesures (ou d'autres), les pouvoirs

---

<sup>67</sup> Des exigences moins strictes en matière de chiffre d'affaires facilitent la participation des petites entreprises, des exigences moins strictes concernant l'expérience préalable favorisent de nouvelles entrées sur le marché, etc.

adjudicateurs devraient fournir un effort supplémentaire, qui ne serait vraisemblablement justifié que pour les gros contrats avec une incidence potentielle considérable sur la structure du marché.

#### Questions:

53. Pensez-vous que les marchés publics peuvent avoir d'importantes répercussions sur la structure des marchés et que les acheteurs devraient, dans toute la mesure du possible, chercher à ajuster leurs stratégies de passation de marchés pour lutter contre les structures de marché anticoncurrentielles?
54. Estimez-vous que les règles européennes en matière de passation des marchés publics devraient prévoir des instruments (facultatifs) pour encourager ce type de stratégies pro-concurrentielles sur ces marchés? Si oui, quels instruments?
55. Dans ce contexte, vous semble-t-il nécessaire de définir des instruments ou initiatives plus spécifiques pour encourager la participation de soumissionnaires d'autres États membres? Dans l'affirmative, précisez lesquels.
56. Estimez-vous que la reconnaissance mutuelle des certificats doit être améliorée? Seriez-vous favorable à la création d'un système européen de préqualification?
57. Quelle solution proposeriez-vous pour remédier aux obstacles linguistiques? Estimez-vous que les pouvoirs adjudicateurs devraient avoir l'obligation d'établir le cahier des charges des marchés d'un grand montant dans une deuxième langue ou d'accepter les offres rédigées dans une autre langue?
58. Quels instruments les règles en matière de passation des marchés publics pourraient-elles prévoir pour éviter l'émergence de fournisseurs dominants? Comment les entités adjudicatrices pourraient-elles être mieux protégées contre le pouvoir des fournisseurs dominants?

#### *Prévenir les comportements anticoncurrentiels*

Le problème des comportements anticoncurrentiels concernant les marchés publics est lié à la question précédente. Les marchés publics semblent particulièrement exposés aux pratiques collusoires (soumissions concertées, partage des marchés...) <sup>68</sup> en raison notamment de la stabilité et de la prévisibilité de la demande publique. Certains analystes considèrent également que la transparence du processus est en fait propice à la formation d'ententes.

Bien que le nombre d'infractions au droit de la concurrence dans les procédures de passation des marchés publics soit loin d'être insignifiant <sup>69</sup>, les règles actuelles de l'Union européenne en matière de passation des marchés publics n'abordent pas spécifiquement ce problème. Jusqu'à présent, on a considéré que les règles actuelles permettaient de traiter efficacement le problème, en donnant aux responsables de la passation des marchés des orientations sur la manière de prévenir et de détecter les pratiques collusoires.

---

<sup>68</sup> Voir aussi les travaux approfondis de l'OCDE, par exemple les lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics à l'adresse suivante: [http://www.oecd.org/document/29/0,3343,en\\_2649\\_40381615\\_42230813\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/29/0,3343,en_2649_40381615_42230813_1_1_1_1,00.html)

<sup>69</sup> Parmi les cas d'ententes les plus célèbres, citons les cas «Lunch coupons» en Italie ou «Lycées de l'Île-de-France» en France.

Toutefois, il convient de se demander si ces orientations sont suffisantes pour lutter efficacement contre les pratiques collusoires sur les marchés publics ou si des instruments législatifs spécifiques sont nécessaires, par exemple: des règles d'exclusion plus strictes en cas de soumissions concertées; la possibilité de ne pas divulguer certaines informations ou le recours obligatoire à la procédure négociée dans les secteurs où le risque que des ententes se forment est élevé; l'utilisation de certificats de détermination indépendante des offres; ou l'obligation pour les acheteurs publics de consulter les autorités de la concurrence lorsqu'ils détectent des schémas d'offres suspects, etc.

L'expérience montre également qu'il pourrait être utile de mieux protéger les instruments les plus exposés au risque de détournement à des fins collusoires. Par exemple, il est fréquent qu'un adjudicataire remercie les membres de son cartel d'avoir respecté l'accord d'entente en leur sous-traitant une partie du marché. Un moyen de remédier à ce problème pourrait être d'interdire, sous certaines conditions, la sous-traitance à des entreprises qui ont elles-mêmes participé à la procédure d'appel d'offres<sup>70</sup>.

Il est clair que des garanties supplémentaires contre les pratiques anticoncurrentielles pourraient contribuer au maintien d'une concurrence saine sur les marchés publics. Cet avantage doit être soigneusement mis en balance avec la charge administrative supplémentaire que ces règles créeraient pour les acheteurs et les entreprises.

**Question:**

59. Pensez-vous que des mesures renforcées contre les pratiques anticoncurrentielles dans les procédures d'appel d'offres devraient être introduites dans la réglementation de l'UE relative aux marchés publics? Dans l'affirmative, quels nouveaux instruments/dispositions proposeriez-vous?

### **3.3. Marchés publics sans mise en concurrence en raison de droits d'exclusivité**

Dans la pratique, les pouvoirs adjudicateurs sont souvent obligés d'acheter auprès d'un opérateur économique déterminé parce que celui-ci détient les droits d'exclusivité sur la production des biens ou sur la fourniture des services concernés. Dans ces cas, une concurrence normale est exclue. C'est pourquoi les directives «marchés publics» autorisent le recours à la procédure négociée sans publication préalable dans les cas où, «pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé»<sup>71</sup>.

S'il existe un droit d'exclusivité, un appel d'offres sera une simple formalité sans aucune valeur pratique. Il est toutefois indéniable que l'accès au marché public concerné a été verrouillé par l'attribution préalable du droit d'exclusivité, qui a éliminé toute possibilité de concurrence avant même le début de la procédure de passation du marché.

En ce qui concerne l'attribution de marchés à des opérateurs privés, les directives actuelles sur les marchés publics n'abordent pas la question du mode d'attribution du droit d'exclusivité et

<sup>70</sup> Il n'est toutefois possible de restreindre la participation de soumissionnaires en raison de risques de collusion que dans des conditions relativement précises, voir l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire C-538/07, *Assitur*, du 19 mai 2009 (concernant les groupements temporaires d'entreprises).

<sup>71</sup> Article 31, paragraphe 1, point b), de la directive 2004/18/CE.

en particulier la question de savoir si cette attribution a fait l'objet d'une concurrence équitable (qui préjuge de la décision relative à la passation du marché public).

Cette question n'est traitée que dans le cadre de la coopération entre organismes publics, où les marchés publics de services entre pouvoirs adjudicateurs sont exclus du champ d'application de la directive s'ils sont attribués sur la base d'un droit d'exclusivité – mais uniquement à la condition que ce droit soit compatible avec les principes du traité<sup>72</sup>.

Cette disposition particulière deviendra probablement caduque une fois qu'une solution globale aura été trouvée pour les questions relatives à la coopération entre organismes publics. Il convient toutefois d'examiner si, aux fins d'une concurrence saine dans le domaine des marchés publics, le principe qui la sous-tend ne devrait pas être généralisé. Ce principe ne permettrait l'attribution de marchés sans mise en concurrence sur la base de droits d'exclusivité que si ces droits ont, eux, fait l'objet d'une procédure de mise en concurrence.

#### **Questions:**

60. Estimez-vous que l'attribution de droits d'exclusivité porte atteinte à l'équité de la concurrence sur les marchés publics?
61. Si oui, quels instruments proposeriez-vous pour réduire ces risques/garantir une concurrence loyale? Pensez-vous que les règles de l'UE en matière de marchés publics ne devraient autoriser l'attribution de marchés sans mise en concurrence sur la base de droits d'exclusivité qu'à la condition que le droit d'exclusivité en question ait lui-même été attribué dans le cadre d'une procédure transparente et concurrentielle?

#### **4. UTILISATION STRATEGIQUE DE LA POLITIQUE DES MARCHES PUBLICS POUR FAIRE FACE A DE NOUVEAUX DEFIS**

Les pouvoirs publics peuvent jouer un grand rôle dans la réalisation des objectifs de la stratégie Europe 2020<sup>73</sup>, en utilisant leur pouvoir d'achat pour acheter des biens et services à forte valeur «sociétale»: promotion de l'innovation, respect de l'environnement et lutte contre le changement climatique, réduction de la consommation d'énergie, amélioration de l'emploi, de la santé publique<sup>74</sup> et des conditions sociales et promotion de l'égalité accompagnée d'une meilleure inclusion des groupes défavorisés<sup>75</sup>. Une forte demande publique de biens et services «plus verts», à faible intensité de carbone, plus innovants et socialement responsables peut aussi influencer les tendances de production et de consommation pour les années à venir. Il va sans dire que la réponse apportée aux défis sociétaux ne doit pas réduire l'efficacité des marchés publics. La prise en compte d'aspects politiques dans les marchés publics ne doit pas créer une nouvelle charge administrative disproportionnée pour les pouvoirs adjudicateurs ni fausser la concurrence sur les marchés publics.

---

<sup>72</sup> Article 18 de la directive 2004/18/CE.

<sup>73</sup> Voir la communication de la Commission du 3 mars 2010 – COM(2010) 2020.

<sup>74</sup> Voir les conclusions du Conseil du 13 septembre 2010 sur les enseignements tirés de la pandémie A/H1N1.

<sup>75</sup> Conformément, notamment, à l'article 9 du TFUE, qui enjoint l'Union de prendre en compte les exigences liées à la promotion d'un niveau d'emploi élevé, à la garantie d'une protection sociale adéquate et à la lutte contre l'exclusion sociale.

Il y a deux manières possibles d'utiliser la politique des marchés publics pour atteindre les objectifs de la stratégie Europe 2020:

- donner aux pouvoirs adjudicateurs les moyens de tenir compte de ces objectifs dans le cadre des règles de procédure régissant la passation des marchés publics («comment acheter»);
- imposer des exigences contraignantes aux pouvoirs adjudicateurs ou prévoir des mesures incitatives, afin d'orienter leurs choix de biens et de services («quoi acheter»).

Les directives sur les marchés publics fournissent un cadre commun pour les achats publics en fixant des règles de procédure indiquant «comment acheter», mais laissent les pouvoirs adjudicateurs libres de décider, à la base, «quoi acheter»: il leur appartient de définir les caractéristiques des travaux, des produits ou des services qui répondent le mieux à leurs besoins et de fixer les conditions les plus appropriées au regard des objectifs politiques qu'ils poursuivent (sous réserve que ces conditions soient transparentes et non discriminatoires).

La législation de l'UE sur la passation des marchés publics permet aussi d'adopter des mesures incitatives pour la passation de marchés publics servant les objectifs de la stratégie Europe 2020, ou d'imposer des obligations aux pouvoirs adjudicateurs sur ce qu'ils doivent acheter, soit au niveau européen, soit au niveau national, pour que les stratégies de passation des marchés publics soient conformes aux objectifs politiques généraux.

Toute une série d'initiatives spécifiques a déjà été lancée ces dernières années, au niveau européen comme au niveau national, pour mettre les politiques des marchés publics au service des objectifs politiques précités (travaux actuels sur la promotion des marchés publics écologiques<sup>76</sup>, aspects sociaux des marchés publics<sup>77</sup>, innovation<sup>78</sup>, etc.).

Concrètement, les États membres organisent des marchés publics écologiques (MPE) depuis plus de dix ans. La plupart ont adopté des plans d'action nationaux en faveur des MPE (PAN), qui contiennent des objectifs facultatifs ou obligatoires et des mesures spécifiques pour promouvoir et mettre en œuvre ces marchés. L'Union européenne a élaboré des critères relatifs aux MPE pour 18 groupes de produits et de services<sup>79</sup>; d'autres suivront.

---

<sup>76</sup> Voir la communication de la Commission relative à des marchés publics pour un environnement meilleur, COM(2008) 400, qui fixe des objectifs pour la généralisation des marchés publics écologiques (MPE) dans les États membres et qui a lancé le processus d'élaboration de critères européens communs volontaires relatifs aux MPE. Voir aussi le «Manuel sur les marchés publics écologiques (Acheter vert!)» à l'adresse suivante: [http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying\\_green\\_handbook\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_fr.pdf)

<sup>77</sup> Voir le manuel intitulé «*Buying social – A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement*», SEC(2010) 1258.

<sup>78</sup> Conformément à l'engagement n° 17 défini dans sa communication «Une Union de l'innovation», la Commission européenne suit depuis novembre 2010 (jusqu'à novembre 2011) la réalisation d'une étude visant à élaborer un nouveau mécanisme de soutien aux marchés publics consacrés à l'innovation. L'objectif est de fournir des orientations et d'établir un mécanisme de soutien (financier) afin d'aider les pouvoirs adjudicateurs à réaliser ces acquisitions de manière ouverte et non discriminatoire, à regrouper la demande, à élaborer des cahiers des charges communs et à faciliter la participation des PME. En ce qui concerne les achats publics avant commercialisation, voir la communication de la Commission intitulée «*Achats publics avant commercialisation: promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe*» – COM(2007) 799.

<sup>79</sup> Voir la communication de la Commission relative à des marchés publics pour un environnement meilleur – COM(2008) 400 – qui fixe des objectifs en matière d'adoption de marchés publics écologiques (MPE) dans les États membres et qui a lancé le processus d'élaboration de critères

La partie suivante examinera quelles modifications des règles européennes sur la passation des marchés publics sont, le cas échéant, nécessaires pour assurer la cohérence et l'adéquation des différentes mesures qui ont été ou pourraient être prises au niveau de l'Union européenne et au niveau national.

#### **4.1. «Comment acheter»: des obligations au service des objectifs de la stratégie Europe 2020**

Selon leur nature, les considérations en matière de protection de l'environnement, d'inclusion sociale ou de promotion de l'innovation peuvent présenter un intérêt à différentes étapes de la procédure de passation du marché. Il n'est pas possible de les prendre toutes en considération à chaque étape. La partie suivante examinera la manière dont chaque objectif politique pourrait être pris en compte aux différents stades de la procédure de passation du marché.

##### *Description de l'objet du marché et spécifications techniques*

En vertu des règles actuelles de l'UE sur les marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs doivent fournir une description claire et non discriminatoire de l'objet du marché et établir des spécifications techniques qui n'aient pas pour effet de favoriser certaines entreprises.

Les exigences concernant les processus et les méthodes de production doivent être liées à la fabrication du produit et contribuer à ses caractéristiques, sans nécessairement être visibles. En vertu des règles actuelles, il n'est pas possible d'imposer des processus et des méthodes de production qui ne seraient pas liés à la fabrication du produit et ne transparaîtraient pas dans les caractéristiques du produit.

Les pouvoirs adjudicateurs et les parties concernées affirment parfois que, pour des raisons environnementales et sanitaires, certains produits devraient nécessairement avoir une origine locale. Il convient de souligner que de telles exigences enfreindraient le droit de l'Union européenne si elles causaient des discriminations directes ou indirectes injustifiées entre fournisseurs. Elles ne seraient justifiées que dans le cas exceptionnel où des besoins légitimes et objectifs sans rapport avec des considérations purement économiques ne pourraient être satisfaits que par des produits originaires d'une région particulière.

##### **Questions:**

62. Pensez-vous que les règles en matière de spécifications techniques laissent suffisamment de possibilités d'intégrer des considérations liées à d'autres objectifs politiques?
63. Partagez-vous l'avis selon lequel la possibilité de définir des spécifications techniques en termes de performance ou d'exigences fonctionnelles, plutôt que sous forme d'exigences techniques rigoureuses et détaillées, permettrait aux pouvoirs adjudicateurs d'atteindre plus facilement leurs objectifs politiques? Dans l'affirmative, préconiseriez-vous de rendre obligatoires, sous certaines conditions, ces exigences de performance ou ces exigences fonctionnelles?

---

européens communs volontaires relatifs aux MPE. Voir aussi le «*Manuel sur les marchés publics écologiques (Acheter vert!)*» à l'adresse suivante:  
[http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying\\_green\\_handbook\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_fr.pdf)

64. Par exemple, pensez-vous que les pouvoirs adjudicateurs font suffisamment usage des possibilités offertes par l'article 23 de la directive 2004/18/CE en ce qui concerne les critères d'accessibilité<sup>80</sup> pour les personnes handicapées ou la conception pour tous les utilisateurs? Si non, comment y remédier?
65. Pensez-vous que certaines des procédures prévues par les directives actuelles<sup>81</sup> (dialogue compétitif, concours...) conviennent tout particulièrement pour prendre en considération les politiques environnementale, sociale, d'accessibilité et d'innovation?
66. Quelles modifications apporteriez-vous aux procédures prévues par les directives actuelles pour qu'elles tiennent compte le mieux possible des objectifs politiques précités, tout en veillant au respect des principes de non-discrimination et de transparence qui garantissent des conditions de concurrence équitables entre les entreprises européennes? L'utilisation de technologies de l'information et de la communication innovantes pourrait-elle aider concrètement les acheteurs publics à atteindre les objectifs de la stratégie Europe 2020?
67. Dans quels cas une restriction aux fournisseurs locaux ou régionaux pourrait-elle être justifiée par des raisons légitimes et objectives non fondées sur des considérations purement économiques?
68. Pensez-vous que le fait d'autoriser le recours à la procédure négociée avec publication d'un avis de marché, en en faisant la norme, pourrait améliorer la prise en compte d'aspects politiques (environnement, société, innovation, etc.)? Ou le risque de discrimination et de restriction de la concurrence serait-il trop grand?

*Exiger les critères de sélection les plus pertinents*

Dans le cadre de l'évaluation de la capacité des candidats à exécuter le marché, les pouvoirs adjudicateurs peuvent tenir compte de leur expérience et de leurs compétences dans des domaines sociaux ou environnementaux en rapport avec l'objet du marché.

**Question:**

69. Quels exemples utiles de compétences techniques ou d'autres critères de sélection suggèreriez-vous pour faciliter la réalisation d'objectifs tels que la protection de l'environnement, la promotion de l'inclusion sociale, l'amélioration de l'accessibilité pour les handicapés ou le renforcement de l'innovation?

*Utiliser les critères d'attribution les plus appropriés*

Afin d'assurer une concurrence effective entre les opérateurs économiques et d'éviter les décisions arbitraires d'autorités publiques, les règles actuelles de l'UE sur la passation des marchés publics imposent que les critères d'attribution soient liés à l'objet du marché, ne confèrent pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur et soient expressément mentionnés dans le dossier d'appel d'offres.

<sup>80</sup> Dans ce contexte, il s'agit de l'accessibilité des personnes présentant des limitations fonctionnelles (handicaps).

<sup>81</sup> Pour la description des procédures, voir la partie 2.1 ci-dessus.

Les pouvoirs adjudicateurs sont libres de décider du poids relatif à donner à chacun des critères utilisés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Leur évaluation reflétera ainsi l'importance qu'ils accordent aux critères environnementaux ou sociaux par rapport aux autres critères (le critère du prix notamment).

En ce qui concerne les biens et services standards, il est déjà possible dans de nombreux cas de définir des normes environnementales ou sociales élevées dans les spécifications techniques ou dans les conditions d'exécution du marché, tout en attribuant le marché sur le critère du prix le plus bas. Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs peuvent obtenir au meilleur prix des produits et des services qui répondent à des normes élevées.

Toutefois, l'utilisation de critères concernant l'environnement, l'efficacité énergétique, l'accessibilité ou l'innovation dans la phase d'attribution, et pas seulement dans les spécifications techniques ou les conditions d'exécution du marché, peut avoir l'avantage d'encourager les entreprises à présenter des offres qui vont au-delà du niveau fixé dans les spécifications techniques et ainsi de favoriser l'arrivée de produits innovants sur le marché. L'application de ces critères dans la phase d'attribution pourrait aussi être utile en cas d'incertitude concernant la disponibilité des produits ou des services sur le marché.

#### **Questions:**

70. Le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse semble être le plus approprié pour poursuivre d'autres objectifs politiques. Afin de tenir dûment compte de ces objectifs, estimez-vous qu'il serait utile de modifier les règles existantes (pour certains types de marchés/des secteurs particuliers/dans certaines circonstances):
  - 70.1.1. pour éliminer l'utilisation exclusive du critère du prix le plus bas;
  - 70.1.2. pour limiter l'utilisation du critère du prix ou le poids que les pouvoirs adjudicateurs peuvent donner au prix;
  - 70.1.3. pour ajouter un troisième critère d'attribution, en plus du prix le plus bas et de l'offre économiquement la plus avantageuse? dans l'affirmative, quel autre critère proposeriez-vous pour poursuivre d'autres objectifs plus efficacement et garantir des conditions homogènes et une concurrence loyale entre les entreprises européennes?
71. En tout état de cause, pensez-vous qu'il y ait lieu de limiter le score maximal attribué aux critères environnementaux, sociaux ou d'innovation, par exemple, de sorte que ces critères n'aient pas plus d'importance que les critères de performance ou de coût?
72. Pensez-vous que la possibilité d'inclure des critères environnementaux ou sociaux dans la phase d'attribution est bien comprise et qu'il en est fait usage? La directive devrait-elle être plus claire sur ce point?
73. Estimez-vous que le coût du cycle de vie doit obligatoirement être pris en compte pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, notamment dans le cas des grands projets? Dans l'affirmative, serait-il nécessaire/opportun que les services de la Commission élaborent une méthode d'évaluation du coût du cycle de vie?

*Imposer des clauses d'exécution de marché appropriées*

En vertu des règles actuelles de l'UE sur la passation des marchés publics, les clauses d'exécution de marché doivent être liées aux tâches qui sont nécessaires à la production et à la fourniture des biens ou des services achetés. Les conditions relatives à l'exécution du marché peuvent viser d'autres considérations politiques, telles que les aspects sociaux et environnementaux<sup>82</sup>. Pour ce dernier point, une compensation des émissions pourrait, par exemple, être exigée pour certains achats de fournitures à forte empreinte carbonique. Certains États membres exigent, dans le cadre de marchés publics de services de taxi ou d'autres services de transport, que les véhicules utilisés appartiennent aux catégories les moins polluantes. Les clauses d'exécution de marché pourraient aussi être utilisées pour stimuler l'innovation durant l'exécution du marché, en encourageant par exemple le développement continu des produits ou des services.

À ce stade de la procédure, les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer à l'adjudicataire certaines obligations liées à la réalisation de différents objectifs environnementaux ou sociaux, qu'ils ne peuvent pas imposer aux stades antérieurs.

#### **Questions:**

74. Les clauses d'exécution de marché constituent la phase la plus appropriée de la procédure pour tenir compte de considérations sociales liées à l'emploi et aux conditions de travail des travailleurs qui participent à l'exécution du marché. Souscrivez-vous à cette affirmation? Si non, quelle pourrait être la meilleure solution?
75. Quel type de clause d'exécution de marché serait particulièrement approprié pour la prise en compte des aspects sociaux, environnementaux et d'efficacité énergétique?
76. Certaines clauses générales d'exécution de marché, notamment celles relatives à l'emploi et aux conditions de travail des travailleurs participant à l'exécution du marché, devraient-elles être déjà définies au niveau de l'Union européenne?

#### *Vérification du respect des exigences*

Les pouvoirs adjudicateurs pourraient définir des exigences environnementales ou sociales lorsqu'ils établissent les spécifications techniques, élaborent des critères de sélection/d'attribution ou introduisent des clauses d'exécution de marché. En de tels cas, ils établiront normalement une liste d'éléments (certificats/documentation et/ou engagements spécifiques) que les candidats ou soumissionnaires devront fournir pour démontrer leur capacité à se conformer à ces exigences environnementales ou sociales. Les règles actuelles permettent d'accepter certains systèmes de certification (par exemple, les systèmes de certification forestière, les certificats sociaux, etc.) comme moyens de preuve mais imposent aussi l'acceptation de tout autre moyen équivalent. Dans le cadre des marchés publics, la vérification du respect de ces exigences tout au long de la chaîne logistique pose généralement problème; cette question se pose avec encore plus d'acuité lorsqu'une partie de la chaîne logistique est située dans un pays tiers.

Lors de l'examen des demandes de participation et des offres, le pouvoir adjudicateur vérifiera si les informations et les documents fournis par les candidats ou les soumissionnaires sont

---

<sup>82</sup> Voir l'article 26 de la directive 2004/18/CE.

conformes aux exigences. Si le candidat ou le soumissionnaire a omis des éléments requis, ou si les informations qu'il a fournies sont jugées insatisfaisantes, il sera exclu de la procédure.

#### **Questions:**

77. Pensez-vous que le cadre européen actuel des marchés publics devrait prévoir des solutions particulières pour résoudre le problème de la vérification du respect des exigences tout au long de la chaîne logistique? Dans l'affirmative, lesquelles?
78. De quelle manière les pouvoirs adjudicateurs pourraient-ils le mieux contrôler le respect des exigences? La mise au point de systèmes et de documents «normalisés» d'évaluation de la conformité ainsi que de labels leur faciliterait-elle la tâche? Si cette stratégie devait être adoptée, comment limiter la charge administrative qu'elle entraînerait?

#### *Lien avec l'objet / l'exécution du marché*

Comme indiqué précédemment, le cadre juridique actuel de l'UE en matière de passation des marchés publics fait du lien avec l'objet du marché une condition fondamentale qui doit être prise en compte au moment d'introduire des considérations liées à d'autres politiques dans la procédure d'appel d'offres. Cela vaut pour toutes les phases successives de la procédure et pour différents aspects (spécifications techniques, critères de sélection, critères d'attribution). Dans le cas des clauses d'exécution de marché, il doit exister un lien avec l'exécution des tâches nécessaires à la production/fourniture des biens/services qui font l'objet de l'appel d'offres.

Un assouplissement de cette exigence pourrait permettre aux pouvoirs publics de progresser dans la poursuite des objectifs de la stratégie Europe 2020 grâce aux marchés publics. Les pouvoirs adjudicateurs pourraient notamment influencer le comportement des entreprises, quel que soit le produit ou le service acheté, par exemple pour les encourager à faire preuve d'une plus grande responsabilité environnementale ou sociale. Cela pourrait être un instrument utile pour contribuer à la réalisation des objectifs de la stratégie Europe 2020.

Toutefois, en examinant cette possibilité, il convient d'évaluer attentivement les arbitrages qui devront être effectués. Le lien avec l'objet du marché garantit que l'achat reste l'élément central du processus dans lequel est utilisé l'argent du contribuable. C'est une garantie importante pour que les pouvoirs adjudicateurs obtiennent la meilleure offre possible avec une utilisation optimale des fonds publics. Comme expliqué ci-dessus, cet objectif est également mis en lumière dans la stratégie Europe 2020, qui souligne que la politique des marchés publics doit garantir l'utilisation optimale des fonds publics. Parallèlement, cette garantie d'achat au meilleur prix assure un certain degré de cohérence entre la politique des marchés publics de l'Union et ses règles relatives aux aides d'État: en effet, elle permet de s'assurer qu'aucun opérateur économique ne tire un avantage économique indu de l'attribution d'un marché public. Un assouplissement du lien avec l'objet du marché risquerait donc de séparer l'application des règles européennes de passation des marchés publics de celle des règles européennes en matière d'aides d'État et, au final, d'aller à l'encontre de l'objectif visant une plus grande convergence de ces règles.

Le lien avec l'objet du marché est aussi un moyen d'éviter que les opérateurs économiques d'un pays particulier ne bénéficient d'un traitement de faveur. Si cela est particulièrement pertinent pour certains aspects (par exemple, certaines exigences sociales), plus susceptibles

de dépendre des réalités nationales, régionales voire locales, cela vaut également pour d'autres aspects tels que les questions environnementales. Par exemple, dans le cas de la fourniture de biens, l'exigence que les bâtiments utilisés par les soumissionnaires soient chauffés exclusivement à l'énergie solaire pourrait favoriser des entreprises d'États membres dont les conditions météorologiques sont particulièrement favorables à la technologie solaire.

Le lien entre les considérations politiques et l'objet du marché se veut aussi un gage de sécurité et de prévisibilité pour les entreprises. En l'absence d'un tel lien (et d'exigences harmonisées au niveau de l'UE), les exigences auxquelles devraient se conformer les opérateurs économiques (en ce qui concerne la proportion de femmes, le nombre de chômeurs recrutés, les structures de garde d'enfants disponibles pour les employés, les mesures environnementales ou de gestion des déchets, les labels écologiques, etc.) pourraient être différentes pour chaque marché public ou chaque pouvoir adjudicateur.

Les PME, notamment, pourraient avoir du mal à satisfaire aux exigences différentes qui leur sont imposées par les pouvoirs adjudicateurs, faute de disposer des ressources économiques et humaines nécessaires pour se conformer, au cas par cas, à toute une série d'exigences sociétales.

Enfin, les exigences qui ne présentent aucun lien avec le produit ou le service acheté pourraient aller à l'encontre de l'objectif de promotion de l'innovation poursuivi par la stratégie Europe 2020, étant donné que la concurrence entre les entreprises ne serait plus motivée par la mise au point du meilleur produit ou service (si possible innovant), mais par la politique de l'entreprise.

#### **Questions:**

79. Certaines parties concernées suggèrent d'assouplir voire de supprimer la condition de l'existence d'un lien entre l'objet du marché et les exigences imposées par le pouvoir adjudicateur (il pourrait ainsi être demandé aux soumissionnaires par exemple de mener une politique d'égalité des sexes ou d'employer un pourcentage déterminé de personnes dans une catégorie donnée: chômeurs, personnes handicapées...). Souscrivez-vous à cette proposition? Quels pourraient être les avantages ou les inconvénients d'un assouplissement ou de la suppression du lien avec l'objet du marché?
80. Si le lien avec l'objet du marché devait être assoupli, quels mécanismes correctifs pourraient être mis en place, le cas échéant, pour réduire les risques de discrimination et d'une restriction considérable de la concurrence?
81. Pensez-vous que les PME pourraient avoir du mal à se conformer aux multiples exigences qui leur seraient imposées? Dans l'affirmative, quelles solutions proposeriez-vous pour résoudre ces difficultés?
82. Si vous êtes favorable à l'idée d'assouplir ou de supprimer le lien avec l'objet du marché, à quel stade de la procédure d'appel d'offres cette mesure devrait-elle s'appliquer?
- 82.1. Pensez-vous que, dans la définition des spécifications techniques, il soit opportun d'assouplir l'exigence d'un lien entre les spécifications relatives aux procédés et méthodes de production et les caractéristiques du produit, afin d'englober des éléments qui ne transparaissent pas dans les caractéristiques du produit (par exemple:

lors de l'achat de café, demander au fournisseur de verser aux producteurs une prime qu'ils devront investir dans des activités encourageant le développement socioéconomique de communautés locales)?

- 82.2. Pensez-vous que la législation de l'UE sur les marchés publics devrait permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'appliquer des critères de sélection fondés sur des caractéristiques des entreprises qui sont sans lien avec l'objet du marché (par exemple, exiger des soumissionnaires qu'ils aient une politique d'égalité des sexes ou une politique de recrutement ciblant certaines catégories: chômeurs, handicapés...)?
- 82.3. Pensez-vous que le lien avec l'objet du marché devrait être assoupli ou supprimé dans la phase d'attribution afin de tenir compte d'autres aspects politiques (par exemple: l'attribution de points supplémentaires aux soumissionnaires qui emploient des chômeurs ou des handicapés)?
- 82.3.1. Le recours à des critères d'attribution autres que le prix le plus bas ou l'offre économiquement la plus avantageuse et à des critères non liés à l'objet du marché risque de séparer l'application des règles européennes sur les marchés publics de celle des règles européennes sur les aides d'État, en ce sens que l'attribution de marchés sur la base de critères autres que des critères économiques pourrait constituer une aide et poser potentiellement problème du point de vue des règles européennes sur les aides d'État. Partagez-vous cette crainte? Dans l'affirmative, comment y remédier?
- 82.4. Pensez-vous que la législation de l'UE sur les marchés publics devrait permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'imposer des clauses d'exécution de marché qui ne soient pas strictement liées à la fourniture des biens et services concernés (par exemple, exiger du contractant qu'il mette en place des services de garde d'enfants pour son personnel ou qu'il alloue un certain montant de la rémunération à des projets sociaux)?

#### **4.2. «Quoi acheter»: des obligations au service des objectifs de la stratégie Europe 2020**

Une autre façon d'atteindre des objectifs politiques par l'intermédiaire des marchés publics pourrait être d'imposer aux pouvoirs adjudicateurs des obligations sur ce qu'ils doivent acheter. Par exemple, en imposant des exigences contraignantes ou des critères régissant les caractéristiques des biens et services à fournir (par exemple, des niveaux maximums pour la consommation énergétique et l'utilisation des ressources, les substances nocives pour l'environnement, des niveaux minimums pour le recyclage...) ou en fixant des objectifs (par exemple, parvenir à 60 % d'achats publics écologiques)<sup>83</sup>.

Depuis peu, la législation sectorielle au niveau de l'Union européenne:

- impose aux pouvoirs adjudicateurs l'obligation d'exiger dans leurs marchés publics un certain niveau d'efficacité énergétique<sup>84</sup>;

---

<sup>83</sup> Par exemple, plusieurs États membres (Pays-Bas, Finlande, Slovaquie, Autriche, Belgique...) ont fixé des objectifs ambitieux au niveau national dans le domaine des marchés publics écologiques.

<sup>84</sup> Règlement (CE) n° 106/2008 (JO L 39 du 13.2.2008, p. 1) («règlement Energy Star de l'UE»).

- impose aux pouvoirs adjudicateurs l'obligation de tenir compte des incidences énergétiques ou environnementales dans leurs décisions de passation de marchés publics<sup>85</sup>;
- demande au secteur public de jouer un rôle exemplaire en matière d'efficacité énergétique en adoptant un nombre minimal de mesures en ce sens dans le domaine des marchés publics<sup>86</sup> et en encourageant le développement de bâtiments publics plus économes en ressources (par exemple, des bâtiments à consommation énergétique primaire faible ou nulle<sup>87</sup>);
- encourage les pouvoirs adjudicateurs à n'acheter que les produits appartenant à la classe d'efficacité énergétique la plus élevée<sup>88</sup>.

Dans sa communication récente «Énergie 2020 – Stratégie pour une énergie compétitive, durable et sûre<sup>89</sup>», la Commission indique que les critères énergétiques (concernant l'efficacité énergétique, les sources d'énergie renouvelables et l'établissement de réseaux intelligents) devraient être utilisés dans tous les marchés publics de travaux, de services ou de fournitures.

Pour les produits, une méthode de calcul des coûts comme celle élaborée pour la directive «véhicules propres»<sup>90</sup> pourrait aussi être utilisée plus largement. En effet, l'obligation de tenir compte du coût opérationnel du cycle de vie dans la décision d'achat de produit et de services (comme cela se fait déjà pour les véhicules) pourrait réduire les coûts globaux. Mais il faudrait pour cela définir une méthode générale qui serait applicable à tous les groupes de produits.

Plus généralement, l'introduction d'exigences contraignantes dans les règles européennes sur la passation des marchés publics au moyen de dispositions législatives fondées sur des actes délégués est considérée comme un moyen supplémentaire de promouvoir l'innovation ou d'autres objectifs politiques dans le cadre de la stratégie Europe 2020<sup>91</sup>.

En ce qui concerne l'inclusion sociale, la Commission indique dans sa nouvelle Stratégie européenne 2010-2020 en faveur des personnes handicapées<sup>92</sup> qu'elle étudiera l'éventuel avantage d'adopter des mesures réglementaires garantissant l'accessibilité des produits et des services, y compris des mesures destinées à accroître l'utilisation des marchés publics à cet effet.

---

<sup>85</sup> Directive 2009/33/CE relative à la promotion de véhicules de transport routier propres et économes en énergie.

<sup>86</sup> Directive 2006/32/CE relative à l'efficacité énergétique dans les utilisations finales et aux services énergétiques.

<sup>87</sup> Directive 2009/28/CE relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables (JO L 140 du 5.6.2009, p. 16) et directive 2010/31/UE sur la performance énergétique des bâtiments (JO L 153 du 18.6.2010, p. 13).

<sup>88</sup> Directive 2010/30/UE concernant l'indication, par voie d'étiquetage et d'informations uniformes relatives aux produits, de la consommation en énergie et en autres ressources des produits liés à l'énergie (JO L 153 du 18.6.2010, p. 6).

<sup>89</sup> COM(2010) 639.

<sup>90</sup> Pour faciliter la mise en œuvre de l'obligation, découlant de cette directive, de prendre en considération le coût du cycle de vie, la Commission a créé un portail «véhicules propres» qui fournit toutes les informations nécessaires pour calculer le coût du cycle de vie conformément à la directive: <http://www.cleanvehicle.eu/>; [http://ec.europa.eu/transport/urban/vehicles/directive/directive\\_en.htm](http://ec.europa.eu/transport/urban/vehicles/directive/directive_en.htm).

<sup>91</sup> Voir le rapport de Mario Monti au président de la Commission européenne du 9 mai 2010: «Une nouvelle stratégie pour le marché unique», point 3.4, p. 78.

<sup>92</sup> COM(2010) 636.

L'instauration de telles obligations peut être très efficace pour atteindre les objectifs de la stratégie Europe 2020, en encourageant la commercialisation de biens et de services à haute valeur sociétale. De plus, la centralisation des décisions sur les stratégies d'achat peut prévenir la fragmentation des politiques de passation des marchés publics et renforcer la prévisibilité, dans l'intérêt des opérateurs économiques. Par exemple, dans le domaine des marchés publics écologiques, des approches nationales divergentes pourraient être source de problèmes pour les fournisseurs, notamment les PME: ils doivent en effet s'adapter à des cadres différents dans plusieurs pays, ce qui complique la mise au point et la vente de produits et de services «verts».

Par ailleurs, des inquiétudes ont été exprimées quant à l'instauration d'obligations sur les caractéristiques des biens et des services à acheter.

Le risque que ces obligations créent une discrimination ou restreignent la concurrence sur les marchés publics, avec éventuellement une diminution du nombre de soumissionnaires et une hausse des prix, ne doit pas être négligé en cette période de difficultés économiques et de restrictions budgétaires dans de nombreux États membres. Pour atténuer ce risque, les exigences et critères imposés doivent être objectifs et non discriminatoires, et ne devraient être appliqués que lorsque le marché a atteint une maturité suffisante à l'échelle de l'Union pour garantir une concurrence effective. Il convient également de tenir compte du fait que certaines exigences en faveur d'une protection environnementale plus élevée pourraient en revanche se traduire sur le moyen ou le long terme par une réduction des coûts (notamment dans le domaine de l'efficacité énergétique).

Certains types d'obligations pourraient avoir une incidence plus forte sur la concurrence que d'autres.

- Des spécifications techniques concernant les exigences de performances devraient avoir un effet moins restrictif sur la concurrence que des spécifications détaillées sur les caractéristiques techniques des biens à fournir.
- Des prescriptions contraignantes sur les caractéristiques techniques des biens à fournir pourraient considérablement réduire le choix et la concurrence sur les marchés publics, voire les éliminer, tandis que des dispositions contraignantes sur le choix des critères d'attribution à prendre en compte (par exemple, l'efficacité énergétique, le coût du cycle de vie, l'accessibilité...) auraient probablement moins d'effets restrictifs sur la concurrence.

L'instauration d'obligations du type «quoi acheter» aurait aussi pour effet de réduire la marge de manœuvre des pouvoirs adjudicateurs dans les procédures de passation de marchés, au risque d'affecter leur capacité à acheter des biens et des services parfaitement adaptés à leurs besoins particuliers. Pour atténuer ce risque, il conviendrait de définir un niveau adéquat pour ces obligations.

Certains font aussi valoir que des obligations sur les caractéristiques des biens et services à acheter imposées au niveau central créeraient une charge administrative supplémentaire pour les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques (obligation de vérifier que les entreprises respectent bien les exigences, par exemple). Une formation complémentaire appropriée ainsi que des outils spécifiques<sup>93</sup> pourraient aider les pouvoirs adjudicateurs à faire face à cette charge de travail. De plus, en imposant des exigences normalisées au niveau de

---

<sup>93</sup> Tels que le portail «véhicules propres» précité.

l'Union européenne, par exemple l'achat de produits appartenant à la classe d'efficacité énergétique la plus élevée, les pouvoirs adjudicateurs n'auraient plus besoin de posséder des connaissances techniques particulières pour établir leurs spécifications, ce qui simplifierait dans certains cas la prise en compte de ces critères au niveau local, régional ou national.

Une solution moins radicale serait d'encourager l'achat de certains types de biens et services, sans toutefois l'imposer. Ces mesures d'incitation pourraient inclure des avantages financiers pour les pouvoirs adjudicateurs achetant des biens et services respectueux de l'environnement, favorisant l'intégration sociale ou innovants, des mécanismes d'échange de bonnes pratiques entre pouvoirs adjudicateurs ou d'autres mécanismes de soutien pour les pouvoirs adjudicateurs souhaitant poursuivre les objectifs de la stratégie Europe 2020 dans le cadre de leurs marchés publics.

#### Questions:

83. Pensez-vous que l'instauration à l'échelle de l'UE d'obligations du type «quoi acheter» soit un bon moyen d'atteindre d'autres objectifs politiques? Quels seraient les principaux avantages/inconvénients d'une telle approche? Pour quels types spécifiques de produits ou de services ou pour quelles politiques particulières serait-il utile d'instaurer de telles obligations? Veuillez motiver votre réponse. Pouvez-vous citer des exemples de pratiques nationales dans le domaine des marchés publics qui pourraient être facilement reproductibles à l'échelle de l'Union européenne?
84. Pensez-vous que des obligations supplémentaires de ce type au niveau de l'UE devraient être inscrites dans une législation particulière (dans le domaine environnemental, énergétique, social, de l'accessibilité, etc.) ou imposées par la législation générale de l'UE sur les marchés publics?
85. Pensez-vous que des obligations du type «quoi acheter» devraient être imposées au niveau national? Estimez-vous que ces obligations risquent d'entraîner un morcellement du marché intérieur? Dans l'affirmative, quel serait le meilleur moyen de réduire ce risque?
86. Pensez-vous que les obligations du type «quoi acheter» devraient plutôt porter sur la proportion de MPE (par exemple) passés par les pouvoirs adjudicateurs, sur les caractéristiques des biens/services/travaux qu'ils devraient acheter, ou sur des critères spécifiques à prendre en compte parmi les éléments de l'appel d'offres?
- 86.1. Quelle marge de manœuvre devrait être laissée aux pouvoirs adjudicateurs dans leurs décisions d'achat?
- 86.2. Les exigences contraignantes devraient-elles simplement fixer un niveau minimal, de façon à laisser à chaque pouvoir adjudicateur la possibilité de fixer des exigences plus ambitieuses?
87. Quel vous paraît être le meilleur moyen d'identifier la technologie la plus avancée (par exemple, charger une entité de surveiller quelle technologie a atteint le stade le plus avancé, ou exiger des pouvoirs adjudicateurs qu'ils se fondent sur la technologie la plus avancée en tant que critère pour l'attribution du marché, ou tout autre moyen)?
88. L'introduction de critères ou d'objectifs contraignants concernant l'objet de l'achat ne devrait pas provoquer l'élimination de la concurrence sur les marchés publics.

Comment cet objectif de préservation de la concurrence pourrait-il être pris en compte dans la définition de ces critères ou objectifs?

89. Estimez-vous que l'instauration d'obligations concernant l'objet de l'achat alourdirait la charge administrative, notamment pour les petites entreprises? Dans l'affirmative, comment réduire ce risque? Quel type de mesures de mise en œuvre et/ou quelles orientations devraient accompagner ces obligations?
90. Si vous n'êtes pas favorable à l'idée d'instaurer des obligations concernant l'objet de l'achat, quels autres instruments préconiseriez-vous (recommandations ou autres mesures d'incitation, par exemple)?

### 4.3. L'innovation

L'Europe dispose d'un potentiel considérable mais inexploité pour encourager l'innovation par l'intermédiaire des marchés publics et encourager parallèlement la concurrence transfrontalière, promouvoir une économie sobre en carbone et permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'utiliser au mieux les fonds publics. Des marchés publics de produits et de services innovants sont indispensables pour améliorer la qualité et l'efficacité des services publics en période de restrictions budgétaires.

Les directives actuelles de l'UE sur les marchés publics adoptent une approche flexible qui permet aux pouvoirs adjudicateurs d'organiser des appels d'offres orientés vers l'innovation, ce qui peut encourager les entreprises à trouver de nouvelles solutions de pointe.

Les concours<sup>94</sup> permettent au pouvoir adjudicateur d'acquérir un plan ou un projet dans les domaines, par exemple, de l'architecture, de l'ingénierie ou du traitement de données: les participants sont invités à proposer des projets hors du cadre strict du cahier des charges; ils sont par conséquent libres de proposer des idées novatrices qui pourraient être utilisées dans une procédure future d'appel d'offres.

Dans le cas de marchés particulièrement complexes, la directive prévoit que les pouvoirs adjudicateurs peuvent, s'ils estiment que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché, recourir à une autre procédure, le dialogue compétitif<sup>95</sup>. Dans cette procédure, les pouvoirs adjudicateurs peuvent engager un dialogue avec des candidats pour identifier et définir les moyens propres à satisfaire au mieux leurs besoins. Les participants sont tenus de proposer des idées et des solutions qui sont examinées avec les pouvoirs adjudicateurs.

L'objectif des règles actuelles de l'UE sur la passation des marchés publics est de protéger les solutions innovantes, même si elles ne font pas l'objet de droits de propriété intellectuelle. Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent révéler aux autres participants les solutions proposées ou

---

<sup>94</sup> Voir les articles 66 à 74 de la directive 2004/18/CE.

<sup>95</sup> Voir l'article 29 et le considérant 31 de la directive 2004/18/CE. Le dialogue compétitif n'est pas prévu par la directive 2004/17/CE. Toutefois, rien n'interdit au pouvoir adjudicateur qui a opté pour une procédure négociée avec mise en concurrence préalable de stipuler dans les spécifications que la procédure suivie sera celle du dialogue compétitif conformément à la directive 2004/18/CE.

d'autres informations confidentielles communiquées par un candidat sans l'accord de celui-ci<sup>96</sup>.

Néanmoins, certains craignent qu'une sélection («cherry picking») des droits de propriété intellectuelle ou des solutions innovantes elles-mêmes ne se mette en place, notamment en ce qui concerne le dialogue compétitif: si un participant divulgue les caractéristiques de sa solution, les autres candidats risquent d'en avoir connaissance. Même si les règles actuelles imposent la confidentialité de ces informations, le pouvoir adjudicateur est néanmoins partagé entre l'obligation de protéger ces informations confidentielles et la nécessité de divulguer certaines informations afin d'identifier les solutions propres à satisfaire au mieux ses besoins. Les pouvoirs adjudicateurs pourraient être tentés de faire pression sur les soumissionnaires pour qu'ils acceptent de divulguer ces informations. De plus, la présentation – inévitable – de la meilleure solution (celle choisie par le pouvoir adjudicateur) à tous les participants, qui sont alors invités à soumettre leurs offres sur la base de cette solution, pourrait dissuader les participants de proposer des solutions hautement innovantes, dans la mesure où ils ne sont pas certains que leur solution innovante sera «récompensée» par l'attribution du marché.

Lors de la préparation de leur appel d'offres, les pouvoirs adjudicateurs peuvent également décider d'autoriser les soumissionnaires à présenter des variantes. Dans ce cas, peuvent être proposés des biens ou des services qui ne correspondent pas à ceux identifiés par le pouvoir adjudicateur, mais qui répondent aux exigences techniques minimales contenues dans le dossier d'appel d'offres. La possibilité de présenter des offres qui diffèrent des spécifications techniques initialement fixées par le pouvoir adjudicateur encourage les opérateurs économiques à proposer des services ou des produits plus innovants. Cela peut stimuler la recherche sur les nouvelles technologies et permettre aux utilisateurs de profiter du progrès technique.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent aussi fortement encourager l'innovation en exigeant le développement de produits ou de services non encore disponibles sur le marché. En vertu du cadre juridique actuel, il s'agit des «achats publics avant commercialisation»<sup>97</sup>, qui consistent en l'achat de services de R&D pour la mise au point de nouvelles solutions<sup>98</sup>, en vue d'acheter éventuellement le produit ou le service final dans le cadre d'une procédure normale d'appel d'offres à un stade ultérieur. Cette approche permet aux pouvoirs adjudicateurs de partager avec les fournisseurs les risques et les fruits découlant de la conception, du prototypage et de l'essai d'un volume limité de nouveaux produits et services, sans aide d'État.

Les achats publics avant commercialisation peuvent aider les pouvoirs adjudicateurs à améliorer considérablement la qualité et l'efficacité des services publics, en créant des «marchés pilotes» et en stimulant le développement de nouvelles solutions innovantes qui permettent de répondre aux besoins du secteur public pour lesquels aucune solution toute faite n'existe encore sur le marché.

---

<sup>96</sup> Article 29, paragraphe 3, de la directive 2004/18/CE. Cette garantie est une règle supplémentaire ajoutée à la clause de confidentialité de l'article 6 de la même directive.

<sup>97</sup> Pour plus d'informations, voir la communication de la Commission et le document de travail de ses services qui l'accompagne «Achats publics avant commercialisation: promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe» – COM(2007) 799 et SEC(2007) 1668. Pour connaître les dernières évolutions à ce sujet, voir également: [http://cordis.europa.eu/fp7/energy/home\\_en.html](http://cordis.europa.eu/fp7/energy/home_en.html)

<sup>98</sup> Achats publics non couverts par les directives de l'Union européenne sur la passation des marchés publics en vertu de l'article 16, point f), de la directive 2004/18/CE.

Malgré ces différentes possibilités d'encourager l'innovation par l'intermédiaire des marchés publics, des parties prenantes affirment qu'un trop petit nombre de marchés publics en Europe est orienté vers l'innovation. Cette situation pourrait être due à plusieurs facteurs, notamment: des mesures d'incitation inadéquates qui favorisent les solutions peu risquées; le manque de connaissances et de capacités nécessaires à la passation de marchés portant sur des nouvelles technologies et des innovations; l'absence de lien entre les marchés publics et les objectifs politiques et l'absence de stratégie. Ainsi, pour fournir les orientations nécessaires, il conviendrait d'organiser un débat sur la manière dont l'application des règles de passation des marchés publics et d'éventuelles mesures supplémentaires pourrait aider les pouvoirs adjudicateurs à encourager l'innovation. La mesure des résultats devrait faire l'objet d'une attention particulière, car elle joue un rôle clé dans l'évaluation de l'effet des marchés publics sur l'innovation, l'amélioration des performances et la réalisation de l'objectif poursuivi: l'innovation.

#### **Questions:**

91. Pensez-vous qu'il soit nécessaire de promouvoir et de stimuler davantage l'innovation dans le cadre des marchés publics? Quelles mesures encourageraient et accéléreraient l'adoption d'innovations par les organismes publics?
92. Pensez-vous que le dialogue compétitif garantisse une protection suffisante pour les droits de propriété intellectuelle et les solutions innovantes, de nature à donner aux soumissionnaires l'assurance qu'ils ne seront pas privés des fruits de leurs solutions innovantes?
93. Pensez-vous que d'autres procédures permettraient de mieux répondre à l'obligation consistant à stimuler l'innovation par la protection des solutions innovantes? Si oui, lesquelles?
94. Pensez-vous que la stratégie axée sur les achats publics avant commercialisation (c'est-à-dire l'achat de services de R&D par les pouvoirs adjudicateurs pour le développement de produits non encore disponibles sur le marché) permette de stimuler l'innovation? Une amélioration du partage et de l'évaluation des bonnes pratiques des différents États membres en matière de marchés publics de services de R&D est-elle nécessaire pour accroître le recours aux achats publics avant commercialisation? Existe-t-il d'autres moyens non prévus expressément dans le cadre juridique actuel par lesquels les pouvoirs adjudicateurs pourraient demander le développement de produits ou de services non encore disponibles sur le marché? Par quels moyens particuliers les pouvoirs adjudicateurs pourraient-ils encourager les PME et les start-up à participer à des achats publics avant commercialisation?
95. D'autres mesures sont-elles nécessaires pour améliorer la capacité d'innovation des PME? Dans l'affirmative, quel type de mesures particulières proposeriez-vous?
96. Quel type de mesure des performances proposeriez-vous pour contrôler les progrès et les effets des marchés publics innovants? Quelles données seraient requises pour mesurer les performances et de quelle manière les recueillir sans créer une charge administrative supplémentaire pour les pouvoirs adjudicateurs et/ou les opérateurs économiques?

#### 4.4. Services sociaux

Les services sociaux sont énumérés à l'annexe II B de la directive 2004/18/CE. Par conséquent, comme nous l'avons expliqué ci-dessus, les marchés de services sociaux dont la valeur dépasse les seuils d'application des directives «marchés publics» ne sont soumis qu'à certaines de leurs dispositions (sur les spécifications techniques et la publication des résultats de la procédure de passation) et aux principes fondamentaux du droit de l'Union (par exemple, la non-discrimination et la transparence)<sup>99</sup>. Ainsi que nous l'avons expliqué ci-dessus, les marchés dont la valeur est inférieure aux seuils prévus par la directive ne sont soumis aux principes fondamentaux du droit de l'Union (non-discrimination et transparence, par exemple) que s'ils présentent un intérêt transfrontalier.

En conséquence, lorsqu'ils sous-traitent des services sociaux sur la base d'un contrat de service public, les pouvoirs publics disposent déjà d'une liberté considérable pour le choix de la procédure. Ils peuvent aussi introduire des exigences concernant – notamment – la qualité, l'exhaustivité et la continuité du service, ainsi que des exigences portant sur la participation des usagers à la fourniture et à l'évaluation du service ou garantissant que les prestataires de services se familiarisent avec les réalités locales dans le cadre de leur mission<sup>100</sup>.

Néanmoins, des parties concernées insistent sur la nécessité d'adapter les règles actuelles afin de mieux tenir compte des particularités des services sociaux. Elles demandent notamment la définition de seuils plus élevés pour ces services. Il convient de noter que, dans le cas des services sociaux, une augmentation des seuils applicables ne donnerait pas lieu à une restriction de la couverture et à d'éventuelles demandes de compensation présentées au titre de l'AMP et d'autres accords internationaux, puisque les services énumérés à l'annexe B ne sont pas couverts par ces instruments.

#### Questions:

97. Pensez-vous que la législation de l'UE sur la passation des marchés publics devrait mieux tenir compte des particularités des services sociaux? Si oui, de quelle manière?
- 97.1. Estimez-vous que certains aspects concernant l'achat public de services sociaux devraient être davantage régulés au niveau de l'UE en vue d'améliorer la qualité de ces services? Plus précisément :
- 97.1.1. les directives devraient-elles proscrire le critère du prix le plus bas pour l'attribution de marchés/limiter l'utilisation du critère du prix/limiter le poids que le pouvoir

<sup>99</sup> Les services sociaux figurent parmi les services énumérés à l'annexe II B de la directive 2004/18/CE, qui ne sont soumis qu'à un petit nombre de règles de cette directive (pour connaître la différence entre les services énumérés à l'annexe II A et à l'annexe II B, voir les articles 20 et 21 de ladite directive).

<sup>100</sup> La Commission a fourni des orientations spécifiques sur l'application des règles de passation des marchés publics aux services sociaux, en gardant à l'esprit le grand pouvoir d'appréciation dont disposent les autorités publiques dans ce domaine, dans le document intitulé «Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de «marchés publics» et de «marché intérieur» – SEC(2010) 1545), qui met à jour le document de travail de ses services «Questions fréquemment posées concernant l'application des règles de passation des marchés publics aux services sociaux d'intérêt général» – SEC(2007) 1514 du 20.11.2007.

adjudicateur peut donner au prix/prévoir un troisième critère d'attribution en plus du prix le plus bas et de l'offre économiquement la plus avantageuse?

97.1.2. les directives devraient-elles offrir la possibilité de réserver des marchés de services sociaux à des organisations à but non lucratif? ces organisations devraient-elles bénéficier d'autres privilèges dans le cadre de l'attribution de marchés de services sociaux?

97.1.3. Pensez-vous qu'une mesure visant à assouplir les critères d'attribution ou à réserver des contrats à certains types d'organisations pourrait compromettre la capacité des procédures de passation à garantir l'acquisition de services «au moindre coût pour la collectivité» et, de ce fait, faire courir le risque que ces contrats constituent une aide d'État?

97.2. Jugez-vous nécessaire d'alléger la réglementation pour d'autres aspects des marchés publics de services sociaux (par exemple, par l'application de seuils plus élevés ou de règles de minimis pour ce type de services)? Comment justifier un traitement de faveur pour les services sociaux?

## 5. GARANTIR L'INTEGRITE DES PROCEDURES

Compte tenu des enjeux financiers et de l'étroite interaction entre le secteur public et le secteur privé, les marchés publics sont particulièrement exposés aux pratiques commerciales illicites (conflits d'intérêts, favoritisme, corruption...). Dans le même ordre d'idées, le programme de Stockholm<sup>101</sup> classe les marchés publics parmi les domaines devant faire l'objet d'une attention particulière dans le cadre de la lutte contre la corruption.

Des mécanismes efficaces de prévention des pratiques commerciales illicites dans le domaine des marchés publics sont nécessaires non seulement pour garantir des conditions de concurrence homogènes et la bonne utilisation des fonds publics, mais aussi parce qu'ils seraient un atout précieux dans la lutte globale contre le crime économique.

Les exigences fixées par les directives en matière de transparence de la procédure afin de garantir l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires réduisent déjà les risques de pratique commerciale illicite. Toutefois, les directives actuelles ne prévoient pas de règles spécifiques pour prévenir et sanctionner les conflits d'intérêts, et ne comportent que quelques règles spécifiques sanctionnant le favoritisme et la corruption dans les marchés publics. Le droit national aborde plus particulièrement ces questions, mais le niveau de garanties spécifiques offert varie fortement d'un État membre à l'autre.

Un renforcement des garanties procédurales contre les pratiques commerciales illicites au niveau de l'UE pourrait améliorer la norme commune européenne de protection contre ces pratiques, accroître l'équité générale des procédures et rendre les processus de marchés publics moins vulnérables à la fraude et à la corruption. En revanche, ces garanties supplémentaires alourdiraient souvent la charge administrative des acheteurs et des entreprises, et leur valeur ajoutée dans la lutte contre les pratiques commerciales illicites doit être mise en balance avec une éventuelle incidence négative sur l'objectif général de simplification des procédures.

---

<sup>101</sup> Document 17024/09 du Conseil, adopté par le Conseil européen les 10 et 11 décembre 2009.

## 5.1. Prévention des conflits d'intérêts

La notion de conflit d'intérêts caractérise une situation dans laquelle des personnes participant à la décision d'attribution d'un marché ont des obligations professionnelles ou personnelles ou des intérêts personnels ou financiers qui pourraient les empêcher de remplir leurs devoirs équitablement et en toute impartialité, ou dans laquelle une personne est en mesure d'influencer le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur afin de servir ses propres intérêts. Une telle situation n'est pas forcément synonyme de corruption mais peut aboutir à des actes de corruption. Il importe donc d'identifier et de résoudre les conflits d'intérêts pour prévenir la fraude. Un conflit d'intérêts constitue en soi et objectivement un dysfonctionnement grave, sans qu'il soit nécessaire de tenir compte des intentions des intéressés et de leur bonne ou mauvaise foi<sup>102</sup>.

Un débat devrait être organisé pour examiner la nécessité d'élaborer des règles fondamentales au niveau de l'Union qui comprendraient par exemple une définition commune des situations inacceptables de conflit d'intérêts et des mesures de prévention ou de résolution de ces situations<sup>103</sup>, imposant notamment une déclaration d'absence de conflit d'intérêts ainsi qu'un certain degré de transparence et d'obligation, pour les responsables des marchés publics, de rendre compte de leur situation personnelle, en conformité – bien évidemment – avec les règles et normes de protection des données. Par exemple, les règles de l'Union européenne pourraient prévoir l'obligation de communiquer le nom des membres du comité d'évaluation à un organe de contrôle ou imposer aux pouvoirs adjudicateurs de vérifier l'absence de conflits d'intérêts lors de la mise en place du comité d'évaluation.

### Questions:

98. Seriez-vous favorable à l'introduction, au niveau de l'Union européenne, d'une définition du conflit d'intérêts dans les marchés publics? Quelles activités/situations présentant un risque potentiel devraient être prises en compte (relations personnelles, intérêts commerciaux telles que participations au capital, incompatibilités avec des activités externes, etc.)?
99. Pensez-vous qu'il est nécessaire d'adopter des mesures de prévention, d'identification et de résolution des situations de conflit d'intérêts au niveau de l'Union européenne? Dans l'affirmative, quel type de mesure vous semblerait utile?

## 5.2. Lutte contre le favoritisme et la corruption

Les marchés publics, et notamment les grands projets de travaux, sont souvent considérés comme des domaines privilégiés de la corruption. Il convient aussi de souligner que l'intégrité du processus est compromise non seulement en cas de corruption, mais aussi – plus généralement – dès qu'il y a favoritisme, même s'il ne s'agit pas nécessairement d'actes de corruption (favoritisme à l'égard d'un candidat local, par exemple). Les pots-de-vin (commissions occultes versées au responsable du marché qui a influencé le processus d'appel

<sup>102</sup> Voir l'arrêt du 15 juin 1999 dans l'affaire T-277/97, *Ismeri Europa Srl c/ Cour des comptes*, point 123, concernant les règles de passation des marchés publics des institutions de l'Union européenne.

<sup>103</sup> Voir, par exemple, les règles des institutions de l'Union européenne en matière de passation des marchés publics: l'article 52 du règlement n° 1605/2002 du Conseil portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes, et la jurisprudence pertinente, notamment les arrêts du 9 juillet 2002 dans l'affaire T-21/01, *Zavvos c/ Commission*, et du 17 mars 2005 dans l'affaire T-160/03, *AFCon Management Consultants c/ Commission*.

d'offres), la manipulation du dossier d'appel d'offres pour favoriser un soumissionnaire particulier et l'utilisation de sociétés écran/intermédiaires sont les pratiques de corruption les plus fréquentes dans les procédures de passation des marchés.

Les règles de passation des marchés publics de nombreux États membres prévoient des mécanismes visant tout particulièrement à prévenir et à lutter contre la corruption et le favoritisme. De la même façon que pour la question des conflits d'intérêts, il y a lieu d'examiner si certaines mesures spécifiques devraient être intégrées dans la législation européenne relative aux marchés publics, à la condition de ne pas créer de charge administrative disproportionnée. Il convient toutefois de garder à l'esprit que la corruption est un sujet très sensible pour les États membres et que les problèmes et les solutions potentielles dans ce domaine dépendent de cultures administratives et commerciales nationales très divergentes. Il pourrait donc être difficile de trouver des solutions uniformes applicables dans l'ensemble de l'Union.

Il est souvent proposé de traiter la corruption dans le domaine des marchés publics en améliorant la transparence, notamment en ce qui concerne les décisions prises par les responsables de marchés publics tout au long de la procédure. Cette mesure permettrait aux candidats et, éventuellement, au grand public de suivre de près les décisions prises et lutterait ainsi efficacement contre la corruption. Une plus grande transparence pourrait par exemple être imposée pour l'ouverture des offres ou la publication obligatoire des procès-verbaux relatifs au processus d'appel d'offres. La charge administrative supplémentaire de cette mesure serait très limitée, étant donné que les pouvoirs adjudicateurs ont déjà l'obligation d'établir ces procès-verbaux<sup>104</sup>. De la même façon, la publication des marchés conclus (expurgés des informations commerciales sensibles) pourrait permettre un meilleur contrôle démocratique des décisions prises en matière de passation des marchés publics.

Il pourrait aussi être envisagé de créer des outils spécifiques gratuits de signalement des fraudes (téléphoniques ou en ligne) afin d'encourager les participants ou d'autres personnes à fournir des informations sur les fraudes ou les irrégularités. L'avis de marché, le site web du pouvoir adjudicateur et d'autres moyens de publication pourraient contenir une référence à ce système par lequel des informations (anonymes ou non) seraient transmises au pouvoir adjudicateur ou à l'autorité de surveillance.

Il convient d'encourager le recours aux pratiques fondées, par exemple, sur des outils existants qui permettent une gestion satisfaisante et transparente du cycle de marché dans son ensemble. Dans ce contexte, l'établissement de listes d'indicateurs d'alerte pour les pouvoirs adjudicateurs pourrait être utile, malgré les limites actuellement connues<sup>105</sup>. La promotion de règles claires sur les exigences de déclaration et la protection des informateurs pourrait contribuer à la mise en œuvre de méthodes de signalement plus efficaces. Le recours à des contrôleurs externes (par exemple, des experts de la gouvernance, des ONG, etc.) pourrait apporter une valeur ajoutée aux outils de contrôle interne pour l'évaluation des contractants ainsi que la détection et le signalement des cas suspects.

---

<sup>104</sup> Article 43 de la directive 2004/18/CE.

<sup>105</sup> Document de recherche politique n° 5243 de la Banque mondiale du 29 mars 2010.

L'utilisation des mécanismes d'évaluation existants pour contrôler la conformité avec les instruments internationaux pertinents comprenant des dispositions relatives à la corruption dans le domaine des marchés publics peut également être envisagée<sup>106</sup>.

Enfin, en limitant la liberté d'appréciation des pouvoirs adjudicateurs dans certains domaines (par exemple, en matière d'annulation des procédures), on pourrait rendre plus difficile la mise en œuvre de décisions non justifiées objectivement et ainsi prévenir le favoritisme. Toutefois, ces mesures ne doivent pas entraver la marge de manœuvre nécessaire aux pouvoirs adjudicateurs pour acquérir des biens et des services adaptés à leurs besoins.

**Questions:**

100. Estimez-vous que la corruption et le favoritisme constituent un risque particulier pour les marchés publics? Appartient-il à l'Union européenne ou aux seuls États membres de prendre des mesures dans ce domaine?
101. Quels sont les principaux risques pour l'intégrité de chacune des phases du processus de passation (définition de l'objet, préparation de l'appel d'offres, phase de sélection, phase d'attribution, exécution du marché)?
102. Parmi ces risques, lesquels justifient l'introduction de règles supplémentaires/plus spécifiques dans les directives «marchés publics»? De quelle manière (quelles règles/mesures)?
103. Quels instruments supplémentaires les directives pourraient-elles prévoir pour lutter contre le crime organisé dans les marchés publics? Seriez-vous favorable, par exemple, à l'établissement d'un contrôle ex ante des sous-traitants?

### **5.3. Exclusion de soumissionnaires**

L'exclusion des soumissionnaires convaincus de corruption et, plus généralement, de faute professionnelle est une arme puissante qui permet de sanctionner et, dans une certaine mesure, de prévenir les pratiques commerciales illicites. L'article 45 de la directive 2004/18/CE prévoit déjà l'obligation d'exclure les soumissionnaires ayant fait l'objet d'une condamnation pour au moins l'une des raisons qu'il énumère (notamment la corruption), ainsi que la possibilité d'exclure des soumissionnaires pour certaines autres pratiques commerciales illicites (notamment une faute professionnelle grave).

Toutefois, les questions relatives à la portée, à l'interprétation, à la transposition et à l'application pratique de cette disposition restent ouvertes; les États membres et les pouvoirs adjudicateurs ont donc demandé des éclaircissements supplémentaires à ce sujet.

En particulier, il convient d'examiner si les motifs d'exclusion énumérés à l'article 45 sont appropriés, suffisamment clairs (notamment en ce qui concerne la «faute professionnelle») et suffisamment exhaustifs, ou s'il y a lieu d'introduire des motifs supplémentaires. Les pouvoirs adjudicateurs semblent également éprouver des difficultés pratiques pour obtenir des informations sur la situation personnelle des soumissionnaires et des candidats établis dans d'autres États membres et sur leur admissibilité en vertu de leur législation nationale.

---

<sup>106</sup> Notamment la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales et la convention des Nations unies contre la corruption.

De plus, la question de l'application de la législation nationale sur les motifs d'exclusion devra probablement être clarifiée. S'ils avaient la possibilité d'introduire des motifs d'exclusion supplémentaires dans leur législation nationale, les États membres pourraient s'attaquer plus efficacement à des problèmes spécifiques de pratiques commerciales illicites liées au contexte national. En revanche, des motifs spécifiques d'exclusion au niveau national comportent toujours un risque de discrimination à l'égard des soumissionnaires étrangers et pourraient porter atteinte au principe de l'égalité de traitement au niveau européen.

Les directives «marchés publics» actuelles restent silencieuses sur un point important: les mesures prises spontanément par l'opérateur économique concerné pour remédier à une situation compromettant son admissibilité. De telles mesures ne peuvent être efficaces que si elles sont acceptées par les États membres. Le problème qu'elles posent tient à la nécessité de trouver un équilibre entre la mise en œuvre des motifs d'exclusion et le respect de la proportionnalité et de l'égalité de traitement. La prise en compte de ce type de mesure pourrait aider les pouvoirs adjudicateurs à procéder à une évaluation objective et plus complète de la situation personnelle du candidat ou du soumissionnaire avant de se prononcer sur son exclusion de la procédure de passation.

L'article 45 autorise les États membres à tenir compte des mesures de cet ordre prises par le candidat ou le soumissionnaire pour autant qu'elles lui permettent de remédier aux incertitudes sur son honnêteté professionnelle, sa solvabilité ou sa fiabilité. Il n'existe toutefois aucune règle uniforme en la matière, même si les mesures prises par l'opérateur économique pour remédier à sa situation d'exclusion sont systématiquement prises en compte par les pouvoirs adjudicateurs dans certains États membres.

De plus, la question se pose de savoir si l'Union européenne doit imposer expressément des sanctions en cas de tentative d'atteinte à la transparence et à l'impartialité de la procédure de passation (par exemple, lorsque des candidats ou des soumissionnaires tentent d'accéder à des informations confidentielles ou d'influencer l'activité du pouvoir adjudicateur (durant les phases de sélection ou d'attribution, par exemple). Ces sanctions pourraient prendre la forme, par exemple, d'une décision de rejet de la candidature ou de l'offre, à la condition qu'elle soit dûment motivée.

Plusieurs formes graves de comportement illégal (corruption ou conflits d'intérêts délibérément passés sous silence) devraient aussi être sanctionnées plus sévèrement (par des sanctions pénales, par exemple). Les États membres sont déjà tenus de prévoir des sanctions pénales en cas de corruption de leurs fonctionnaires. Il convient d'apprécier l'opportunité de définir des normes minimales en matière de sanctions à la lumière du crime commis et des principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité<sup>107</sup>.

**Questions:**

104. Pensez-vous que l'article 45 de la directive 2004/18/CE concernant l'exclusion de soumissionnaires est un instrument utile pour sanctionner les pratiques commerciales illicites? Quelles améliorations proposeriez-vous d'apporter à ce mécanisme ou quels autres mécanismes suggèreriez-vous?

<sup>107</sup> En ce qui concerne la compétence fonctionnelle de l'Union européenne en matière de droit pénal, voir l'affaire C-440/05, *Commission c/ Conseil*, point 66.

- |      |   |
|------|---|
| 105. | Comment la coopération mise en place entre les pouvoirs adjudicateurs pour obtenir des informations sur la situation personnelle des candidats et des soumissionnaires pourrait-elle être renforcée?  |
| 106. | Pensez-vous que la question des mesures prises par l'opérateur économique pour redresser sa situation personnelle devrait être expressément traitée dans l'article 45, ou ne devrait-elle faire l'objet d'une réglementation qu'au niveau national? |
| 107. | Une décision motivée concernant le rejet d'une offre ou d'une candidature est-elle une sanction appropriée pour améliorer le respect du principe de l'égalité de traitement?  |
| 108. | Pensez-vous que, à la lumière du traité de Lisbonne, des normes minimales en matière de sanctions pénales devraient être élaborées au niveau de l'UE pour des cas particuliers (corruption ou conflits d'intérêts non déclarés, par exemple)?       |

#### **5.4. Prévention des avantages indus**

Enfin, il peut y avoir des cas dans lesquels, en l'absence de tout conflit d'intérêts ou de pratiques commerciales illicites, l'équité de la procédure peut être compromise du fait que certains soumissionnaires se trouvent dans une situation avantageuse. Par exemple, la participation préalable d'un candidat ou d'un soumissionnaire à des activités préparatoires liées à la mise au point du service faisant l'objet de l'appel d'offres (recherche et/ou conception) peut procurer à celui-ci des avantages considérables en termes d'informations privilégiées et peut donc susciter des craintes quant au respect de l'égalité de traitement<sup>108</sup>.

La question est de savoir dans quelle mesure ces avantages pourraient être compensés sans discriminer le soumissionnaire concerné. L'exclusion pure et simple des soumissionnaires qui ont participé à la préparation du projet serait probablement une mesure disproportionnée, et même irréaliste, notamment si le nombre de concurrents remplissant les conditions requises sur le marché en question est faible. Une compensation suffisante pourrait être, par exemple, l'obligation de communiquer à tous les soumissionnaires toute information privilégiée que le soumissionnaire avantageé pourrait avoir obtenue dans le cadre d'une participation précédente au projet.

Le problème des avantages naturels des soumissionnaires sortants, qui sont encore plus difficiles à identifier clairement et à compenser, est encore plus délicat. Là encore, la divulgation obligatoire de certaines informations privilégiées pourrait permettre de réduire les risques de discrimination, à la condition que les informations commercialement sensibles soient adéquatement protégées.

<b>Questions:</b>
-------------------

- |      |   |
|------|---|
| 109. | Devrait-il exister au niveau de l'Union européenne des règles spécifiques pour traiter la question des avantages procurés à certains soumissionnaires par leur participation précédente à la conception du projet qui fait l'objet de l'appel d'offres? Quelles mesures proposeriez-vous? |
|------|---|

---

<sup>108</sup> Voir les affaires jointes C-21/03 et C-34/03, *Fabricom*.

110. Pensez-vous que le problème des avantages éventuels des soumissionnaires sortants doive être traité au niveau de l'Union européenne? Si oui, de quelle manière?

## 6. ACCES DES FOURNISSEURS DE PAYS TIERS AU MARCHÉ DE L'UE

Les engagements internationaux souscrits par l'Union européenne dans le domaine des marchés publics transparaissent dans différentes dispositions des directives.

Le considérant 7 de la directive 2004/18/CE et le considérant 14 de la directive 2004/17/CE font expressément référence à la décision 94/800/CE du Conseil, qui a approuvé l'Accord de l'OMC sur les marchés publics. Il dispose que «*le régime applicable aux soumissionnaires et aux produits des pays tiers signataires est celui défini par l'Accord*». De plus, les conditions liées à l'accord de l'OMC sont contenues dans l'article 5 de la directive 2004/18/CE et l'article 12 de la directive 2004/17/CE. Par conséquent, les opérateurs économiques originaires de pays signataires de cet accord bénéficient du même traitement que les opérateurs économiques européens dans les conditions fixées par l'Accord, notamment à l'appendice I relatif à l'Union européenne qui comprend tous les engagements pris par celle-ci au titre de l'Accord.

De plus, dans les domaines à l'égard desquels l'Union européenne n'a pris aucun engagement international, l'article 58 de la directive 2004/17/CE introduit une préférence communautaire pour l'achat de biens, et l'article 59 de cette même directive autorise la possibilité de restreindre l'accès aux marchés publics de services d'utilité publique de l'Union européenne.

Récemment, de nombreuses parties concernées ont fait observer que les marchés publics de l'Union sont plus ouverts que ceux de ses partenaires commerciaux. Par conséquent, la concurrence entre les entreprises de l'UE et les entreprises étrangères n'est pas toujours loyale. Cette situation influe aussi négativement sur la capacité de l'Union à négocier, au niveau international, un meilleur accès aux marchés. Il importe donc de mener une réflexion sur la politique européenne des marchés publics à l'égard des pays tiers et sur le recours aux dispositions précitées et les éventuelles améliorations à y apporter.

Cette question est liée au débat actuel sur les moyens envisageables pour renforcer le poids de l'Union européenne dans les négociations internationales en vue d'assurer un accès plus équilibré et réciproque aux marchés publics de l'Union européenne et des pays tiers. La Commission effectue actuellement une analyse d'impact des différents scénarios possibles, dans le prolongement de la mise en œuvre des engagements internationaux de l'Union, tels que l'Accord sur les marchés publics, et par rapport aux pays tiers à l'égard desquels l'Union n'a pas encore conclu d'accords de ce type.

### Questions:

111. Quelle est votre expérience ou votre opinion en ce qui concerne les mécanismes prévus par les articles 58 et 59 de la directive 2004/17/CE?

111.1. 111.1 Ces dispositions devraient-elles être améliorées? Si oui, de quelle manière? Pourrait-il être utile d'étendre le champ de ces dispositions au-delà du domaine des marchés de services d'utilité publique?

112. Quels autres mécanismes proposeriez-vous pour améliorer la symétrie dans l'accès aux marchés publics?

\*\*\*

Le présent livre vert cherche à répondre aux questions considérées comme essentielles par la Commission dans le cadre d'une future réforme de la politique européenne en matière de marchés publics. Il se peut que d'autres thèmes essentiels n'y soient pas traités. Il serait intéressant de savoir quels thèmes, parmi ceux abordés ici, les parties concernées considèrent comme les plus importants et lesquels semblent présenter le moins d'intérêt pour une future réforme. C'est pourquoi toutes les parties concernées sont invitées à répondre aux questions ci-dessous.

**Questions:**

113. Y a-t-il d'autres questions qui, selon vous, devraient être traitées dans une future réforme des directives européennes relatives aux marchés publics? Si oui, lesquelles? Quels sont, selon vous, les problèmes à traiter et quelles solutions proposeriez-vous à cette fin?
114. Veuillez classer par ordre d'importance les sujets abordés dans le présent livre vert et indiquer les autres sujets que vous considérez comme importants. Si vous deviez choisir, quels seraient les trois thèmes à traiter en priorité? Veuillez motiver votre réponse.

\*\*\*

La Commission invite toutes les parties intéressées à soumettre leur contribution avant le 18 avril 2011, de préférence par courrier électronique et au format Word, à l'adresse suivante: [MARKT-CONSULT-PP-REFORM@ec.europa.eu](mailto:MARKT-CONSULT-PP-REFORM@ec.europa.eu).

Il n'est pas nécessaire de répondre à toutes les questions contenues dans le présent document. Votre contribution peut ne porter que sur les questions qui présentent un intérêt particulier pour vous. Indiquez clairement les aspects auxquels fait référence votre contribution.

Les contributions reçues seront publiées en ligne. L'identité de leur auteur sera mentionnée, sauf si ce dernier s'oppose à la publication de ses données à caractère personnel au motif qu'elle porterait préjudice à ses intérêts légitimes. Dans ce cas, la contribution pourra être publiée sous une forme anonyme. Si la contribution n'est pas publiée, son contenu ne sera, en principe, pas pris en considération.