



COMMISSION EUROPÉENNE

LIVRE VERT

**LES MARCHES PUBLICS
DANS L'UNION EUROPEENNE:**

PISTES DE REFLEXION POUR L'AVENIR

LIVRE VERT

LES MARCHES PUBLICS DANS L'UNION EUROPEENNE:

PISTES DE REFLEXION POUR L'AVENIR

Communication adoptée par la Commission

le 27 novembre 1996, sur proposition de Monsieur MONTI

(version non révisée)

Résumé

- 1 Mettre en oeuvre une politique efficace en matière de marchés publics est essentiel si l'on veut que le marché unique atteigne ses objectifs: générer une croissance soutenue à long terme et créer des emplois, favoriser le développement d'entreprises capables d'exploiter les possibilités offertes par le plus grand marché intégré du monde et de soutenir efficacement la concurrence sur des marchés globaux, et permettre au contribuable et à l'usager d'obtenir des services publics de meilleure qualité à un moindre coût. Les pouvoirs publics et les entreprises de services publics de l'Union européenne dépensent chaque année quelques 720 milliards d'écus en biens et services, soit presque 2 000 écus par citoyen de l'Union. Etant donné l'ampleur des marchés publics, la mise en oeuvre de systèmes d'achat efficaces peut entraîner des économies considérables pour les gouvernements et, partant, pour les contribuables. De telles considérations sont particulièrement importantes dans le cadre des politiques de réduction des déficits budgétaires dictées par les critères de convergence de Maastricht. Une politique plus ouverte en matière de marchés publics comporte, bien entendu, de nombreux autres avantages, peut-être moins évidents. En effet, des procédures loyales, non discriminatoires et transparentes de passation des marchés publics ainsi que la possibilité pour les fournisseurs de faire valoir leurs droits devant les tribunaux nationaux réduisent le risque de fraude et de corruption dans les administrations.
- 2 La politique de l'Union en matière de marchés publics a pour objectifs fondamentaux: la création des conditions de concurrence nécessaires pour que les marchés publics soient attribués sans discrimination, l'utilisation rationnelle des deniers publics réalisée au travers du choix de la meilleure offre présentée, l'accès des fournisseurs à un marché unique offrant des débouchés importants, et le renforcement de la compétitivité des entreprises européennes.
- 3 Pour ce qui est des effets de cette politique, au niveau de la transparence des procédures de passation des marchés, des résultats très encourageants ont déjà été obtenus. Néanmoins, deux problèmes majeurs subsistent: d'une part, une transposition partielle et incomplète par les Etats membres des directives marchés publics et, d'autre part, un impact économique relativement faible de cette politique, qui démontre que les résultats obtenus en termes de convergence des prix, de croissance des flux commerciaux transfrontaliers et d'augmentation du nombre de fournisseurs participant aux marchés ne sont pas encore à la hauteur des bénéfices attendus.
- 4 Pour améliorer la situation sur ces deux points la Commission présente un Livre vert destiné à servir de cadre à un large débat sur les marchés publics dans l'Union européenne. Il développe la réflexion initiale de la Commission sur un certain nombre de questions essentielles et invite toutes les parties intéressées (Conseil, Parlement européen, Comité économique et social, Comité des régions, organisations professionnelles, entités et pouvoirs adjudicateurs, fournisseurs, consommateurs) à présenter leur point de vue par écrit pour le 31 mars 1997. A

l'issue de cette phase de consultation écrite, la Commission déterminera l'opportunité d'organiser une audition avec les parties intéressées. Sur la base des contributions fournies la Commission élaborera une communication sur les marchés publics.

- 5 Les thèmes abordés dans les différents chapitres de ce Livre sont:
- les objectifs de la politique de l'Union en matière de marchés publics et l'impact à ce jour,
 - la transposition et la mise en oeuvre effective de la législation,
 - l'amélioration de l'accès au marché par le biais de l'information et de la formation ainsi que grâce au développement de procédures électroniques de passation de marchés,
 - la manière de conjuguer la politique en matière de marchés publics avec les autres politiques communautaires, notamment celles concernant les petites et moyennes entreprises (PME), la normalisation, les réseaux transeuropéens (RTE), les Fonds de cohésion et structurels, les marchés passés par les institutions communautaires ou financés par des fonds communautaires, le domaine social, l'environnement, le secteur de la défense et ,enfin,
 - l'accès aux marchés d'autres pays.

Chacun de ces chapitres est précédé d'un résumé et se termine par une liste de questions à débattre.

- 6 Un cadre législatif exhaustif pour les marchés publics a été mis en place. Une période de stabilité de ce cadre est souhaitable et il n'est donc pas envisagé de modifier ses fondements. Bien entendu, cela ne comporte pas un renoncement de la Commission à son droit d'initiative. En ce qui concerne ce cadre législatif, il est important de redoubler les efforts tant au niveau de la transposition des directives par les Etats membres qu'au niveau de l'application des règles par les pouvoirs adjudicateurs et par les entités adjudicatrices. Ce Livre vert contient une liste des problèmes au niveau de l'application de la législation et propose de possibles solutions à débattre avec les parties intéressées (v. chapitre 3).
- 7 Maintenant que le cadre législatif est en place, les pouvoirs adjudicateurs et les fournisseurs doivent exploiter les possibilités qu'il offre et en tirer le maximum d'avantages. Or, on constate que de nombreux acheteurs publics paraissent ne pas avoir une connaissance détaillée de leurs obligations légales et que les fournisseurs, les petites et moyennes entreprises en particulier, semblent souvent ignorer le potentiel offert par le marché. C'est justement à ce niveau que les possibilités offertes par la formation et l'information doivent être exploitées. Si l'on regarde vers l'avenir, le développement des procédures électroniques devrait jouer un rôle clé pour accroître la transparence et améliorer l'accès aux marchés publics (v. chapitre 4).

- 8 La politique des marchés publics a une incidence positive sur les autres politiques communautaires (v. chapitre 5) :
- En rendant plus transparent l'accès au marché, elle ouvre aux PME de nouveaux débouchés potentiels. Toutefois, ces entreprises rencontrent encore un certain nombre de difficultés pour participer efficacement aux marchés publics. Le Livre vert présente des mesures qui pourraient être susceptibles d'améliorer cette situation.
 - Dans le domaine de la normalisation, les efforts doivent être intensifiés, de concert avec les entreprises, pour que les organismes de normalisation mettent au point des normes européennes à utiliser dans les cahiers de charges et qui permettent une ouverture effective des marchés publics.
 - Les engagements financiers mixtes entre les secteurs privé et public nécessaires à la réalisation des réseaux transeuropéens sont facilités par les procédures de passation de marchés prévues par les directives garantissant aux investisseurs une rentabilité acceptable.
 - L'application correcte des règles communautaires permet aussi d'affecter plus efficacement les ressources communautaires (fonds structurels et régionaux, marchés passés par les institutions communautaires ou financés avec des ressources communautaires).
 - La réglementation des marchés publics peut également contribuer davantage à la réalisation des objectifs des politiques sociale et environnementale.
 - Dans ce Livre vert, la Commission confirme son ouverture à toute initiative visant à renforcer la concurrence dans le domaine des marchés de la défense, en vue d'assurer une identité européenne dans la politique de sécurité et de défense et d'améliorer en même temps la compétitivité de notre industrie.
- 9 L'entrée en vigueur du nouvel Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce ouvre un nombre considérable de nouveaux marchés dans les pays tiers pour les entreprises de l'Union. La mondialisation des marchés publics est en bonne voie. Les entreprises européennes doivent résolument relever ce défi. Face à une concurrence internationale de plus en plus acharnée, la réussite sera conditionnée par l'innovation et une vision internationale des enjeux. Le Livre vert invite toutes les parties intéressées à fournir des informations sur tous les problèmes qui se posent sur ces marchés. Dans ce contexte d'ouverture des marchés il est important d'aider les pays associés d'Europe centrale et orientale ainsi que ceux du bassin méditerranéen à développer leurs pratiques en matière de passation de marchés publics (v. chapitre 6).

TABLE DES MATIERES

- 1. INTRODUCTION**

- 2. LE CONTEXTE DU DEBAT**
 - I. Les objectifs de la politique de l'Union en matière de marchés publics**
 - II. L'impact à ce jour**
 - III. Questions**

- 3. L'APPLICATION DU DROIT DES MARCHES PUBLICS - SITUATION ACTUELLE ET TENDANCES**
 - I. Introduction**
 - II. L'obligation de transposer les directives dans le droit national**
 - III. L'obligation d'appliquer le droit des marchés publics correctement**
 - A Les problèmes d'application incorrecte des directives**
 - a) Définitions de base contenues dans les directives**
 - b) Recours excessif à la procédure négociée**
 - c) Qualité insuffisante des notifications**
 - d) Recours excessif à la procédure accélérée et utilisation de délais de participation trop courts**
 - e) Critères de sélection et d'adjudication**
 - B Les problèmes liés à des situations qui ne relèvent pas du champ d'application des directives**
 - a) Concessions ou contrats similaires**
 - b) Marchés publics inférieurs aux seuils prévus par les directives**
 - c) Modifications des règles en cours de procédure**
 - C Conclusions préliminaires**

IV. Contrôle de l'application du droit des marchés publics

A Les directives "Recours"

B Les sanctions appropriées

C Les plaintes

a) Au niveau communautaire

b) Au niveau national

D Les autres modes de règlement des différends

a) Attestation

b) Conciliation

V. Questions

4. L'AMELIORATION DE L'ACCES AUX MARCHES PUBLICS - SUIVI DES MARCHES, INFORMATION, FORMATION, PROCEDURES ELECTRONIQUES

I. Le suivi des marchés publics

II. L'information

a) Lisibilité accrue du cadre juridique

b) Diffusion des notifications

III. La formation

IV. Les procédures électroniques de passation des marchés

a) La situation actuelle

b) La notification électronique

c) La diffusion électronique

d) Un système de passation des marchés entièrement électronique

e) Les expériences hors de l'Union européenne

f) Conclusion

V. Questions

5. LES MARCHES PUBLICS ET LES AUTRES POLITIQUES COMMUNAUTAIRES

I. PME

II. Normalisation

III. Réseaux transeuropéens (RTE) et les transports en particulier

a) **La phase précédant l'appel d'offres**

b) **L'octroi de concessions à des consortia**

c) **L'utilisation de la procédure négociée**

IV. Marchés impliquant des fonds de l'Union

a) **Les Fonds structurels et de cohésion**

b) **Les marchés passés par les institutions européennes ou financés par des ressources communautaires**

V. Marchés publics et aspects sociaux

VI. Marchés publics et environnement

VII. Marchés publics dans le secteur de la défense

VIII. Marchés publics et politique des consommateurs

IX. Questions

6. LES MARCHES PUBLICS DANS LES PAYS TIERS

I. L'accès aux marchés à l'échelle mondiale - Obtenir une nouvelle donne avantageuse pour l'Europe

II. Poser les bases d'une ouverture des marchés dans les pays d'Europe centrale et orientale, ainsi que dans les pays méditerranéens

III. Questions

1. INTRODUCTION

1.1 Une politique efficace en matière de marchés publics est fondamentale pour le succès du marché intérieur dans son ensemble. Dans l'Union européenne, les pouvoirs publics consacrent chaque année quelques 720 milliards d'écus à l'achat de biens et de services, qui représentent 11% du produit intérieur brut de l'Union. Avec la mise en place du cadre juridique communautaire concernant les marchés publics, il importe d'engager une réflexion et un débat sur la manière de tirer le meilleur parti de toutes les potentialités qu'il offre et d'appeler les Etats membres, le Parlement européen et - leur contribution est essentielle - les entités et les pouvoirs adjudicateurs et les fournisseurs eux-mêmes à participer à ce débat.

1.2 L'Union européenne a déjà accompli des progrès considérables dans la mise en oeuvre de sa politique en matière de marchés publics. Le cadre législatif destiné à ouvrir ces marchés à la concurrence est établi et en cours de transposition dans les Etats membres. Les différents acteurs s'adaptent progressivement à la nouvelle situation. Ce cadre continuera d'être un facteur de transformation des pratiques nationales traditionnelles en matière d'achats, contribuant ainsi à la création d'un environnement propice au développement économique dans l'Europe entière. Les marchés publics sont d'ores et déjà plus ouverts à la concurrence qu'ils ne l'ont jamais été. Un accès plus large aux marchés publics dans d'autres pays, y compris en dehors de l'Union, offre dès à présent de nouveaux débouchés considérables.

1.3 Si notre politique en matière de marchés publics ouvre de nouvelles possibilités, elle constitue aussi un formidable défi. L'instauration de nouvelles règles suppose un effort d'adaptation des méthodes de travail traditionnelles. Pour une entité ou un pouvoir adjudicateur, cette évolution exige que soit prévu dès le début de traiter avec de nouvelles entreprises, appartenant souvent à un autre Etat membre. Pour un fournisseur, le changement implique l'exposition accrue à la concurrence, la nécessité de s'aventurer sur de nouveaux marchés et l'obligation absolue de rester compétitif au niveau international. Pour les gouvernements des Etats membres aussi, le défi est réel. Ils doivent suivre les règles en tant que principaux acheteurs, sont responsables de la transparence du système et doivent assurer la transposition des directives dans leur législation nationale conformément à leurs engagements politiques.

1.4 Le moment est venu de faire le point sur ce que nous avons accompli et sur ce qu'il nous reste à faire. La transformation est actuellement en cours. Grâce à l'adoption des directives communautaires en la matière et à leur transposition, même partielle, et aussi grâce à l'action de la Commission pour la sauvegarde des droits qu'elles génèrent, les éléments essentiels d'une politique d'achat efficace sont en train d'être mis en place. Mais ce processus est difficile et parfois douloureux, en particulier là où régnaient auparavant les relations fondées sur les habitudes, les liens privilégiés et les préférences nationales. Des pratiques d'achat bien ancrées mais inefficaces sont abandonnées progressivement. Certains organismes acheteurs ont déjà pu faire la preuve qu'en appliquant les règles communautaires, ils obtenaient la meilleure qualité au meilleur prix possible. Les marchés publics d'autres Etats membres commencent à s'ouvrir, la concurrence s'intensifie et nos entreprises deviennent de mieux en mieux préparées à relever les défis au niveau international. Pourtant, il nous reste encore des

efforts à accomplir si nous voulons tirer pleinement parti de notre politique en matière de marchés publics.

1.5 Certes, la responsabilité d'assurer le succès du processus en cours incombe en premier lieu aux organismes acheteurs et aux fournisseurs quelle que soit leur taille. Pourtant, la Commission et les Etats membres ont, eux aussi, un rôle important à jouer. Ils doivent coopérer pour créer les conditions propres à garantir le jeu de la concurrence dans les marchés publics et la prospérité de nos entreprises. Les retombées en termes de croissance économique et, en fin de compte, d'emplois, resteront largement inexploitées si les entraves à la fourniture transfrontalière de biens et de services ne sont pas levées. Le bon fonctionnement du marché intérieur dans le domaine des marchés publics trouve ainsi sa place dans le contexte du débat en cours sur un Pacte de confiance pour l'emploi.

1.6 Le présent Livre vert est destiné à servir de cadre à un large débat. Dans les chapitres qui suivent, sera exposée la toile de fond sur la base de laquelle la Commission développe sa réflexion initiale sur un certain nombre de questions essentielles pour la politique actuelle et future de la Communauté en matière de marchés publics. Les thèmes abordés sont les suivants: la transposition et la mise en oeuvre effective de la législation, les moyens d'améliorer l'accès au marché par l'information et la formation et grâce au développement des procédures informatisées de passation des marchés, la manière de conjuguer l'application correcte du droit des marchés publics avec la mise en oeuvre des autres politiques communautaires, notamment celles concernant les petites et moyennes entreprises (PME), les réseaux transeuropéens (RTE), la normalisation, les Fonds de cohésion et structurels, les marchés passés par les institutions européennes ou financés par des fonds communautaires, le domaine social, l'environnement, les consommateurs, et, enfin, l'accès aux marchés publics d'autres pays. Pour aider le lecteur, un bref résumé et une liste des principales questions à débattre sont fournis respectivement au début et à la fin de chaque chapitre.

1.7 La Commission invite toutes les parties intéressées (Conseil, Parlement européen, Comité économique et social, Comité des régions, organisations professionnelles, entités et pouvoirs adjudicateurs, fournisseurs, consommateurs) à présenter leur point de vue. Les réponses à l'ensemble ou à une partie des questions posées par le Livre vert doivent être adressées par écrit, pour le 31 mars 1997 au plus tard

à l'attention du
Directeur général - DG XV
Marché intérieur et services financiers
Rue de la Loi 200
B-1049 Bruxelles
Télécopieur: (+32 2) 295.65.00
Courrier électronique: John.MOGG@DG15.cec.be

A l'issue de cette phase de consultation écrite, la Commission déterminera l'opportunité d'organiser une audition avec les parties intéressées.

1.8 Sur la base des contributions au Livre vert en même temps que sur la base de l'analyse et des réflexions en matière de marchés publics suscitées par la Communication sur l'impact et l'efficacité du marché intérieur¹, la Commission élaborera une communication spécifique sur les marchés publics. Cette communication, qui comportera un plan d'action, devrait définir les mesures à prendre pour renforcer l'efficacité du cadre juridique et pour mieux réaliser les objectifs de la politique communautaire en matière de marchés publics.

¹ Document COM(96) 520.

2. LE CONTEXTE DU DEBAT

La politique de l'Union en matière de marchés publics a pour objectif d'établir dans ce secteur une concurrence loyale et ouverte, qui permette aux fournisseurs de tirer pleinement parti du Marché unique et aux pouvoirs adjudicateurs d'opérer librement un choix dans un éventail d'offres plus compétitives et plus nombreuses. Le cadre juridique communautaire de base nécessaire à la réalisation de ces objectifs a maintenant été établi: il représente un juste équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et de souplesse. Au niveau de la transparence, des résultats très encourageants ont déjà été obtenus. Au niveau de l'impact économique, par contre, les données à disposition sont moins positives et démontrent que des problèmes existent encore pour ce qui relève de l'efficacité de la législation en pratique, même si quelques évolutions positives commencent à être enregistrées.

I. Les objectifs de la politique de l'Union en matière de marchés publics

2.1 Les règles communautaires sur l'ouverture des marchés publics trouvent leurs fondements dans le Traité, et en particulier dans les dispositions qui garantissent la libre circulation des marchandises, des services et des capitaux, qui établissent les principes fondamentaux (égalité de traitement, transparence et reconnaissance mutuelle) et qui interdisent toute discrimination fondée sur la nationalité. Pour rendre ces dispositions fondamentales du Traité plus efficaces, un droit dérivé détaillé (sous forme de directives) était nécessaire. Ces directives régissent la passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services par les pouvoirs publics (secteurs classiques) et par les entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (secteurs spéciaux) et elles prévoient des moyens de recours pour les fournisseurs (pour de plus amples informations, voir l'Annexe 1).

2.2 Avant l'établissement du cadre juridique communautaire actuel, les achats publics dans les Etats membres étaient généralement centrés sur le marché national. Les fournisseurs nationaux bénéficiaient parfois d'un degré élevé de protection et une part importante des marchés publics leur étaient attribués, le plus souvent en tenant peu compte des critères visant à obtenir le meilleur rapport qualité/prix. Dans ces conditions, les fournisseurs nationaux du secteur public étaient peu incités à améliorer leur compétitivité. Trop souvent, les politiques d'achat ne tenaient donc pas suffisamment compte des considérations commerciales, de sorte que le contribuable/consommateur n'avait plus qu'à supporter, probablement à son insu, le surcoût et les inefficacités résultant de ces pratiques.

2.3 C'est dans ce contexte que s'insère l'action communautaire dans ce domaine dont les objectifs fondamentaux demeurent inchangés: créer les conditions de concurrence nécessaires pour que les marchés publics soient attribués sans discrimination, que l'objectif d'utilisation rationnelle des deniers publics soit réalisé au travers du choix de la meilleure offre présentée, que les fournisseurs aient accès à un marché unique offrant des débouchés importants, et que la compétitivité des entreprises européennes s'en trouve renforcée. Mettre en oeuvre une politique européenne efficace en matière de marchés publics est essentiel si l'on veut que ce

marché unique génère une croissance soutenue à long terme et crée des emplois, qu'il favorise le développement d'entreprises capables d'exploiter les possibilités offertes par le plus grand marché intégré du monde et de soutenir efficacement la concurrence sur des marchés globaux, et qu'il permette au contribuable et à l'utilisateur d'obtenir des services publics de meilleure qualité à un moindre coût. Les pouvoirs publics et les entreprises de services publics de l'Union européenne dépensent chaque année quelques 720 milliards d'écus en biens et services, ce qui en 1994 représentait 11,5% du PIB des 15 Etats membres ou, en d'autres termes, l'ensemble des économies belge, danoise et espagnole, soit presque 2 000 écus par citoyen de l'Union. Etant donné l'ampleur des marchés publics européens, la mise en oeuvre de systèmes d'achat efficaces peut entraîner des économies considérables pour les gouvernements et, partant, pour les contribuables. De telles considérations sont particulièrement importantes dans le cadre des politiques de réduction des déficits budgétaires dictées par les critères de convergence de Maastricht.

2.4 Une politique plus ouverte en matière de marchés publics comporte, bien entendu, de nombreux autres avantages, peut-être moins évidents. Des procédures loyales, non discriminatoires et transparentes de passation des marchés publics réduisent le risque de fraude et de corruption dans les administrations. Si la transparence ne suffit pas, en soi, à éradiquer la fraude et la corruption, un mécanisme de suivi, de contrôle des procédures et de sanction proportionnée, effective et dissuasive aide à prévenir le risque d'atteinte à l'intérêt public. Par ailleurs, il y a lieu de noter qu'en ce qui concerne la problématique de la fraude et de la corruption, des instruments établissant des standards de protection existent² lorsque des fonds communautaires sont en jeu et pourraient être des éléments de réflexion utiles à un débat approfondi.

II. L'impact à ce jour

2.5 D'après le rapport Cecchini sur le coût de la non-Europe³, les économies résultant d'une plus grande transparence et d'une ouverture accrue des marchés publics pouvaient se chiffrer aux alentours de 22 milliards d'écus. Il n'y a pas actuellement de preuves tangibles que des économies de cette ampleur aient été réalisées. Il en est de même en ce qui concerne la convergence des prix ou la croissance des flux commerciaux intra-communautaires liés aux marchés publics dans des secteurs sensibles. Une méthodologie d'enquête pour mesurer de façon comparable et harmonisée l'importance et la structure des marchés publics dans les différents Etats membres a été élaborée en coopération avec Eurostat. Cette méthodologie a déjà été

² Voir en matière de sanctions administratives communautaires, règlement relatif à la protection des intérêts financiers, n° 2988/95, JO n° L312, 8.12.1995, p.1 ; et en matière de sanctions pénales, la convention relative à la protection des intérêts financiers communautaires (contre la fraude), 26.7.1995, JO n° C316, 27.11.1995, p. 48, ainsi que le premier protocole additionnel (relatif à la corruption), 27.9.1996, JO n° C313, 23.10.1996, p.1.

³ "The cost of Non-Europe in Public Sector Procurement", WS Atkins Management Consultants, 1987.

testée avec deux Etats membres volontaires (Portugal⁴ et Grèce⁵) et a permis de quantifier l'importance des marchés publics dans ces deux pays à travers la collecte de différentes informations (montant et nombre de contrats passés par les entités publiques, type de procédure de passation, produits achetés, caractéristiques des entreprises ayant obtenu les marchés...). Un exercice similaire devrait être engagé avec l'Allemagne d'ici la fin de l'année.

2.6 La Commission a présenté une communication sur l'impact et l'efficacité de la législation relative au marché intérieur ("1996 Review")⁶. La libéralisation des marchés publics est l'un des thèmes couverts. Il s'agit de déterminer si certains des bénéfices escomptés ont été obtenus dans le secteur, en analysant notamment les effets de la législation sur l'offre et la demande, la pénétration des importations, l'évolution des prix et les estimations des économies réalisées. Les résultats montrent que, même si la politique en matière de marchés publics n'a pas encore porté tous ses fruits, en raison notamment du manque de transposition des directives par les Etats membres, les marchés publics connaissent, dans l'Europe entière, une évolution importante.

2.7 Ainsi, l'effet le plus visible des directives est sans nul doute une transparence beaucoup plus grande des procédures de passation des marchés. Le nombre d'avis de marché publiés dans le Supplément au Journal officiel (et dans sa version électronique, Tenders Electronic Daily) n'a cessé d'augmenter. Le nombre total d'avis de marché publiés est passé de 12 000 en 1987, à près de 95 000 en 1995. Les projections pour les deux prochaines années indiquent de nouvelles augmentations, qui devraient porter le nombre annuel d'avis à près de 200 000. Ces chiffres sont en soi un indicateur utile de l'impact des directives marchés publics sur la transparence des procédures de passation de marchés. En outre, une enquête auprès de 1 600 fournisseurs a montré des taux de réponse élevés aux nouvelles opportunités d'affaires (90% pour des marchés locaux et 70% pour des marchés hors des frontières). Néanmoins, il faut ajouter que, parmi les quelque 110 000 entités et pouvoirs adjudicateurs soumis aux directives sur les marchés publics environ 85%, surtout au niveau des autorités locales, ne se conforment pas aux exigences de ces directives en matière de publicité et de transparence.

2.8 Les entreprises qui fournissent des équipements destinés aux transports, aux télécommunications, au secteur de l'électricité et aux services de santé - qui comptent tous de gros clients dans le secteur public - ont connu des transformations structurelles dues à différents facteurs, parmi lesquels on peut penser que les règles concernant la passation des marchés publics entrent en ligne de compte. On a assisté à des créations d'entreprises communes et à des fusions, opérations qui permettent de mener en commun des activités de recherche et de développement. Le résultat global en est sans aucun doute une industrie européenne plus performante, mieux placée pour tirer parti

⁴ Instituto Nacional de Estatística, Portugal, mars 1995.

⁵ National Statistical Service of Greece, février 1995.

⁶ Voir note no. 1 ci-dessus.

des économies d'échelles rendues possibles par le marché intérieur et mieux préparée pour soutenir la concurrence au niveau mondial.

2.9 Malgré ces quelques signes encourageants, un problème majeur de non-observation des règles demeure: le manque de transposition des directives par les Etats membres. En effet, seulement trois Etats ont transposé pleinement tous les textes. Faut-il souligner que la Commission a engagé 39 procédures d'infraction contre les Etats membres concernés pour non transposition des directives? Il s'agit là d'un problème lié aux moyens de faire mieux respecter la législation qui sera examiné au chapitre suivant.

2.10 En outre, il semble que dans un certain nombre de secteurs, les entités et les pouvoirs adjudicateurs ne perçoivent pas les bénéfices justifiant les efforts requis pour s'acquitter des obligations imposées par les directives et remarquent une réticence de la part des fournisseurs potentiels (en particulier d'autres Etats membres) à soumissionner pour leurs marchés. Cela indique peut-être que les opérateurs économiques mettent un certain temps à adapter leur comportement pour tenir compte des nouvelles règles et profiter des nouveaux débouchés. Certains opérateurs économiques ont sans doute réagi aux menaces concurrentielles dont ils ont constaté ou perçu l'existence, d'une manière défensive, plutôt qu'en cherchant, par une stratégie de développement, à s'introduire et à se tailler une part de marché dans d'autres Etats membres.

2.11 Enfin, la part importée dans les achats publics en Europe est restée modeste passant de 1,4% en 1987 à 3% en 1995 pour les transactions directement transfrontalières et de 4% à 7% pour les achats réalisés via des importateurs ou des filiales locales.

III. Questions

1. Disposez-vous d'autres données économiques chiffrées utiles à l'appréciation de l'impact des directives et de leur incidence sur l'emploi?
2. Pourquoi les opérateurs économiques hésitent-ils à soumissionner à des marchés dans d'autres Etats membres?

3. L'APPLICATION DU DROIT DES MARCHES PUBLICS

SITUATION ACTUELLE ET TENDANCES

Un cadre législatif pour les marchés publics a été mis en place. La Commission reconnaît la nécessité d'une période de stabilité de ce cadre et donc n'envisage pas de modifications fondamentales. Bien entendu, elle ne renonce pas à son droit d'initiative et est prête à prendre ou à proposer les mesures les plus adaptées dans le cas où cela devait s'avérer nécessaire.

La Commission souligne qu'il convient de redoubler d'efforts en ce qui concerne aussi bien la transposition que l'application du cadre juridique pour permettre à tous les opérateurs de l'Union de participer à armes égales aux marchés publics.

Dans l'exercice du contrôle de l'application du droit communautaire qui lui est confié, la Commission a constaté un certain nombre de problèmes tant au niveau de la transposition des directives qu'au niveau de l'application des règles par les pouvoirs adjudicateurs et par les entités adjudicatrices. Il s'agit des premiers éléments à intégrer dans l'examen spécifique de l'application des règles en vigueur auquel elle est tenue conformément aux obligations prévues par les directives.

Pour garantir la bonne application du droit des marchés publics, le bon fonctionnement des moyens de recours rapides et efficaces tant au niveau communautaire que national est nécessaire. Les méthodes de mise en application des recours ne remplissent pas toujours ces conditions. Maintenant que les directives "Recours" sont en place, la plupart des problèmes devraient être réglés au niveau national. Encourager la pratique de l'attestation et rendre la procédure de conciliation plus accessible figurent également parmi les questions fondamentales à aborder.

I. Introduction

3.1 Un cadre législatif pour les marchés publics, à l'échelle de l'Union, a maintenant été mis en place (voir Annexe 1). Au stade actuel, la Commission reconnaît la nécessité d'une période de stabilité de ce cadre, alors même qu'il n'a pu produire tous ses effets. Cette stabilité devrait donner à tous les acteurs intéressés le temps nécessaire pour s'adapter aux nouvelles règles et pratiques en matière de marchés publics. C'est pourquoi, sans renoncer pour autant à son droit d'initiative, la Commission n'envisage pas de modifications fondamentales du régime existant et confirme la volonté de poursuivre son action dans ce secteur en se fondant sur les principes déjà établis quant à la méthode choisie et à la substance de la réglementation. Bien entendu, si des problèmes devaient apparaître dans des secteurs particuliers ou si certaines carences du dispositif en vigueur devaient être mises en lumière, la Commission n'hésiterait pas à prendre les mesures les plus adaptées pour faire en sorte que les acheteurs européens continuent à profiter d'une offre ouverte et concurrentielle et que les fournisseurs continuent à bénéficier d'un véritable accès aux marchés publics, tout en renforçant leur compétitivité. Dans le secteur des télécommunications, ainsi que dans d'autres secteurs dits "spéciaux" une libéralisation est en cours. Pour ce qui est de l'application

des directives marchés publics, la Commission vérifiera si cette libéralisation aboutit à instaurer des conditions de concurrence effective dans ce secteur. Dans cette hypothèse, elle examinera les moyens de répondre à cette situation. Il convient également de noter que la Commission est soumise à une obligation de réexamen de l'application de la législation en vertu de la plupart des directives. Elle devra procéder à un examen détaillé de leur mise en oeuvre dans un avenir proche. Le débat généré par le présent Livre vert devrait fournir des éléments utiles à cet exercice.

3.2 Les directives communautaires doivent être transposées dans le droit national. Il ne faut pas que leur application - que ce soit par des administrations nationales, régionales ou locales ou par des entités adjudicatrices dans les secteurs spéciaux - compromette l'objectif global consistant à appliquer à tous les mêmes règles en matière de marchés publics dans l'ensemble de l'Union. L'idée que les règles du jeu ne sont pas les mêmes pour tout le monde peut être un frein puissant à l'ouverture des marchés publics.

II. L'obligation de transposer les directives dans le droit national

3.3 Les directives constituent l'instrument essentiel de notre système de marchés publics. Elles permettent d'améliorer l'efficacité économique et le bon fonctionnement du marché intérieur. Des rapports sur l'état d'avancement de la mise en oeuvre de la législation sur le marché intérieur sont publiés régulièrement par la Commission et examinés avec les Etats membres, y compris au niveau ministériel. La Commission a exprimé à maintes reprises sa préoccupation au sujet du niveau encore insuffisant de transposition des directives sur les marchés publics (V. tableau 1). Les marchés publics sont l'un des secteurs du marché intérieur où se posent les plus grandes difficultés en ce qui concerne aussi bien la notification des mesures de transposition que la qualité de la transposition. La directive "Services" et les directives remaniées "Fournitures" et "Secteurs spéciaux" sont celles qui posent le plus de problèmes.

3.4 Bien que la plupart des dispositions des directives aient un effet direct sur le plan juridique, l'absence de transposition et/ou la mauvaise transposition empêchent les citoyens et les entreprises de la Communauté de bénéficier pleinement comme ils le devraient de la réalisation du marché intérieur dans le domaine des marchés publics. Ainsi, à titre d'exemple, on peut constater qu'il y a des disparités importantes entre, d'un côté, la part relative dans le produit national brut de la Communauté de certains des Etats membres qui n'ont pas correctement transposé les directives et, de l'autre, le nombre d'avis qui sont publiés par rapport au volume total des avis dans la Communauté. En d'autres termes, dans ces Etats membres, le volume d'avis publié apparaît faible par rapport à leur importance économique. En conséquence, la Commission appelle une nouvelle fois les Etats membres à veiller à ce que la législation sur les marchés publics soit, en premier lieu, transposée. En effet, l'absence totale de mesures de transposition peut constituer une justification facile laissée aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices pour se soustraire à l'application des règles en vigueur.

3.5 Ensuite, il est essentiel que les Etats membres prêtent le maximum d'attention à la formulation des dispositions nationales, de façon que le niveau qualitatif de la transposition soit suffisamment élevé pour assurer la pleine réalisation des objectifs poursuivis par la législation communautaire. En effet, une mauvaise transposition peut, dans certains cas, d'une part affaiblir les droits découlant des directives en faveur des opérateurs et, d'autre part, placer les organismes appelés à appliquer les règles dans une situation où il y a conflit entre les législations communautaire et nationale et, de ce fait, les amener à appliquer de manière incorrecte la réglementation communautaire en vigueur. Cette situation est tout aussi grave que l'absence de transposition car l'effet en pratique est équivalent. Aussi faut-il que, quelle que soit la méthode d'incorporation des dispositions des directives dans les ordres juridiques internes, les Etats membres s'efforcent de supprimer toute contradiction entre les normes nationales préexistantes et les principes et dispositions communautaires, de manière à assurer une bonne interprétation et application de la part des opérateurs. De même, la Commission invite les Etats membres à faire en sorte que, dans toute la mesure du possible, les cadres législatifs nationaux dans lesquels les directives s'insèrent, soient rendus plus clairs, par exemple en limitant les renvois à d'autres textes normatifs et en essayant d'incorporer dans un seul texte toutes les dispositions pertinentes. De cette manière, l'application des règles de la part des organismes acheteurs et l'accès aux marchés pour les opérateurs intéressés seraient plus aisés.

3.6 La Commission est consciente de la complexité des textes communautaires. Cette complexité est peut être à l'origine de certaines difficultés de transposition et, surtout, d'application. Il s'agit toutefois d'une conséquence directe du fait que les questions à résoudre pour atteindre les objectifs poursuivis sont elles aussi complexes. La Commission est prête à offrir aux Etats membres qui le lui demanderaient toute l'assistance nécessaire pour faciliter la compréhension et la simplification des textes existants dans le cadre de la transposition des directives.

3.7 De toute manière, selon certaines informations dont la Commission dispose, l'adoption de textes de transposition, dont les projets ont pourtant été préparés à temps, est différée sans raison apparente. Dans d'autres cas, on constate qu'il y a refus de transposer certaines dispositions du droit communautaire. La Commission s'interroge sur les justifications de telles situations et, en tout cas, serait intéressée de connaître toutes autres raisons éventuelles à l'origine des difficultés rencontrées.

3.8 La Cour de justice des Communautés européennes a statué dans plusieurs affaires concernant la protection des droits des particuliers dans le cadre du droit communautaire, lorsque les Etats membres manquent à leurs obligations, notamment en matière de transposition des directives. Dans l'arrêt Francovich⁷, la Cour a établi le principe selon lequel les Etats membres sont responsables des dommages subis par les particuliers du fait de la non-transposition d'une directive dont les dispositions peuvent être invoquées par les particuliers, même si ces dispositions n'ont pas nécessairement d'effet direct. Dans l'arrêt Brasserie du Pêcheur-Factortame⁸, la Cour est allée encore

⁷ Arrêt du 19.11.91, affaires jointes C-6/90 et C-9/90, Rec. 1991-I, 5403.

⁸ Arrêt du 5.3.96, affaires jointes C-46/93 et C-48/93 [1996] ECR I-1029. Voir également l'arrêt British Telecom, du 26.3.96, affaire C-392/93 [1996] ECR I-1631

plus loin, en reconnaissant que dans certaines conditions, la responsabilité de l'Etat peut être engagée en cas de dommages causés du fait de toute infraction au droit communautaire, quel que soit l'organisme public dont l'acte ou l'omission est à l'origine de l'infraction. Il est donc probable que les particuliers invoquent cette jurisprudence devant les juges nationaux pour obtenir réparation pour les dommages subis, y compris le manque à gagner, et puissent par conséquent bénéficier d'une protection effective de leurs droits.

III. L'obligation d'appliquer le droit des marchés publics correctement

3.9 S'il est essentiel que le cadre législatif soit bien en place grâce à une transposition fidèle des directives, il est également fondamental que l'application qui en est faite par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices soit correcte.

3.10 En accomplissant sa mission de gardienne du respect du droit communautaire en application de l'article 155 du traité CE, la Commission a identifié un certain nombre de cas qui mettent en évidence des problèmes d'application des règles par les organismes acheteurs. Sans prétendre à l'exhaustivité, les développements qui suivent présentent sous forme regroupée certains cas exemplatifs de ces problèmes de mauvaise application du droit communautaire.

A Les problèmes d'application incorrecte des directives

a) Définitions de base contenues dans les directives

3.11 Un premier type de problème rencontré concerne l'interprétation correcte de la portée des différentes notions figurant dans les directives. Par exemple, la Cour de justice est intervenue pour mieux définir le concept de "pouvoir adjudicateur" contenu dans les directives (arrêt Beentjes⁹), en affirmant la nécessité d'en faire une interprétation fonctionnelle. De plus, la pratique a démontré qu'il est difficile de tracer les limites de la notion d' "entité adjudicatrice" aux termes de la directive sur les secteurs spéciaux, étant donné qu'elle fait référence à la fois à la nature subjective des entités et à l'activité exercée dans l'un des secteurs spéciaux. Cette directive prévoit, en effet, toute une série de cas particuliers dans lesquels les organismes acheteurs tout en étant couverts par la notion d'entité adjudicatrice ne sont pas soumis aux règles de cette directive.

3.12 De même, dans plusieurs cas, il ne s'est pas révélé facile de circonscrire la notion de "marché public". En effet, elle est définie dans les directives par des termes ayant une portée assez large, de façon à soumettre au régime communautaire toute sorte de contrats conclus par écrit et à titre onéreux entre un pouvoir adjudicateur et un entrepreneur. Malgré cette large définition, certains pouvoirs adjudicateurs ont tenté d'échapper aux procédures des directives.

⁹ Arrêt du 20.9.88, affaire 31/87, Rec. 1987, 4635.

3.13 Des considérations similaires peuvent également être formulées pour d'autres notions des directives, notamment la notion d' "ouvrage", pour laquelle certains éléments d'interprétation se trouvent dans le texte législatif, mais apparaissent, dans certains cas d'espèce, susceptibles d'interprétations diverses. S'agissant d'autres notions, telles que celle de "fourniture" et de "services", la Commission constate que, en s'appuyant sur leur fluidité, des organismes acheteurs essaient de se soustraire aux règles des directives, par le biais de la scission artificielle de différents marchés constituant pourtant un ensemble.

3.14 Le caractère quelque peu générique de ces notions découle nécessairement du fait qu'elles doivent s'appliquer dans des situations et des ordres juridiques nationaux très divers. Le législateur communautaire a dû faire un effort pour tenir compte de cette variété. Il faut donc veiller à interpréter les notions en cause de manière à rester fidèle à l'intention du législateur et à atteindre les objectifs fixés par celui-ci.

b) Recours excessif à la procédure négociée

3.15 Un deuxième type de problème concerne le choix des procédures de passation, et notamment le recours à la procédure négociée. S'agissant des directives relatives aux secteurs classiques, la procédure négociée, notamment celle sans publication préalable d'avis, est une procédure à caractère exceptionnel, dont l'utilisation est possible uniquement dans des cas énumérés de façon exhaustive. La Cour de justice a précisé (arrêt Commission c. Italie¹⁰) que les dispositions réglementant cette procédure devaient faire l'objet d'une interprétation stricte et que c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement. Or, plusieurs procédures d'infraction menées par la Commission et d'arrêts prononcés par la Cour témoignent que les pouvoirs adjudicateurs ont eu recours à cette procédure bien au-delà des limites rigoureuses existantes, notamment en invoquant des raisons d'urgence impérieuse inexistantes ou qui leur étaient imputables ou des arguments non fondés sur l'existence d'un seul entrepreneur capable d'exécuter les marchés en question.

3.16 Dans les cas où elle est admise, la procédure négociée semble permettre d'aboutir à un résultat économiquement plus satisfaisant que la mise en concurrence traditionnelle, se révélant ainsi un moyen rationnel pour diminuer les coûts de l'acheteur public, tout en réalisant les objectifs poursuivis. Il n'en reste pas moins que la procédure en cause est moins favorable à l'objectif de transparence des marchés.

c) Qualité insuffisante des notifications

3.17 Un troisième type de problème concerne la publicité des marchés publics. Dans un nombre important d'avis de marché publiés au Journal officiel des Communautés européennes, ne figurent pas certaines informations requises par les modèles d'avis contenus dans les directives. En outre, des contrôles croisés des avis publiés ont permis de mettre en évidence que l'obligation de publier les avis de pré-information et les avis de marchés passés reste largement non respectée.

¹⁰ Arrêt du 10.3.87, affaire 199/85, Rec. 1987, 1039.

3.18 Pourtant, la transparence implique des avis de marchés complets et est nécessaire pour réaliser l'ouverture des marchés publics. L'absence de publicité rend impossible toute concurrence effective et les bénéfices qui en découlent. Chaque catégorie d'avis prévus par les directives répond à une logique bien précise. Les avis de pré-information (ou les avis périodiques indicatifs de la directive secteurs spéciaux) visent à permettre aux entreprises, notamment aux PME, de connaître suffisamment à temps les besoins des organismes acheteurs et de s'organiser en conséquence pour présenter des offres de meilleure qualité. Les appels d'offres proprement dits ont pour objectif de faire connaître l'ensemble des informations nécessaires aux opérateurs économiques pour décider si et comment participer à un marché donné. Les avis de marché passé permettent, d'une part, aux entreprises qui ont participé à une procédure de vérifier, d'une certaine façon, si leurs droits ont été respectés et fournissent, d'autre part, des informations utiles afin d'analyser les tendances du marché dans les différents secteurs.

d) Recours excessif à la "procédure accélérée" et utilisation de délais de participation trop courts

3.19 Un quatrième type de difficulté concerne l'utilisation de délais raccourcis, par voie de procédure accélérée. L'examen des avis publiés au supplément S du Journal officiel des Communautés européennes au titre de la directive 92/50/CEE démontre qu'une proportion importante des marchés objet de ces avis est passée selon la procédure accélérée et donc que les délais de réception des demandes de participation et de réception des offres sont raccourcis de manière sensible. Ces délais étant alors respectivement de 15 jours et de 10 jours minimum, il devient très difficile pour les entreprises des autres Etats membres, de participer à ces procédures. Les directives relatives aux secteurs classiques, à la différence de celle concernant les secteurs spéciaux, ne permettent, dans le cadre des procédures restreintes et négociées, de raccourcir les délais que dans le cas où l'urgence rend impraticable les délais normaux. Ceci signifie donc que la procédure accélérée présente un caractère exceptionnel. A la lumière du constat dressé ci-dessus, elle ne semble pas considérée comme telle par les pouvoirs adjudicateurs.

3.20 Un problème similaire, mais encore plus grave, se présente dans les cas, assez nombreux, où les organismes acheteurs fixent des délais de participation aux procédures inférieurs aux délais minimaux prévus par les directives. Il est clair qu'un tel comportement, qui est en contradiction avec le cadre législatif en vigueur, limite sensiblement, voire empêche totalement une véritable concurrence parmi tous les fournisseurs intéressés.

e) Critères de sélection et d'adjudication

3.21 Un cinquième type de problème concerne les critères utilisés par les pouvoirs adjudicateurs pour vérifier l'aptitude des candidats dans les procédures de passation de marchés, à savoir les critères de sélection, et pour attribuer les marchés, à savoir les critères d'adjudication.

3.22 Dans un certain nombre de cas la Commission a contesté et la Cour de justice a condamné (arrêt Transporoute¹¹) le fait que des pouvoirs adjudicateurs fixent des critères concernant la capacité technique des candidats autres que ceux qui étaient exhaustivement énumérés par les directives. En outre, il a été constaté que, dans certaines procédures de passation de marchés, l'aptitude des candidats était testée sur la base de clauses ne pouvant pas être considérées comme des critères de sélection.

3.23 Par ailleurs, même si la Cour s'est déjà clairement prononcée sur le fait qu'il y a une différenciation nette entre la phase de sélection et celle d'adjudication d'un marché et que, par conséquent, les règles et les critères utilisés dans ces deux phases ne doivent pas être confondus (arrêt Beentjes¹²), la pratique nous montre que de nombreux pouvoirs adjudicateurs continuent à prendre en compte des éléments ayant trait aux critères de sélection dans la phase d'adjudication, ce qui peut conduire, dans certains cas, à ce qu'un marché ne soit pas attribué à l'offre qui apparaît comme la meilleure en relation au marché en question, mais à l'offre du candidat ayant plus d'expérience ou de poids financier que les autres. Des problèmes similaires se présentent lorsque les organismes acheteurs, parfois sur la base de dispositions nationales non conformes au droit communautaire, utilisent des critères d'adjudication fondés sur des éléments étrangers à ceux qui sont prévus par les directives et, donc, inacceptables. Les cas où les critères d'adjudication reposent, sans trop de précisions, sur des aspects régionaux, sociaux ou environnementaux permettent d'illustrer le problème en cause¹³.

B Les problèmes liés à des situations qui ne relèvent pas du champ d'application des directives

3.24 Le droit des marchés publics est fondé sur un ensemble de règles et de principes, parmi lesquels figurent notamment les principes de non-discrimination, d'égalité de traitement, de transparence et de reconnaissance mutuelle. Les directives, ainsi que la Cour de justice l'a souligné (arrêt Commission c. Italie¹⁴), ne visent qu'à garantir l'effectivité de ces principes, mais il est évident que, étant donné leur nature, ces derniers s'appliquent dans toutes les situations se référant aux marchés publics et aux contrats similaires, notamment à celles qui ne sont pas couvertes par les directives. Sont citées ci-après, à titre d'exemple, certaines situations qui paraissent particulièrement significatives.

¹¹ Arrêt du 10.2.82, affaire 76/81, Rec. 1982, 471.

¹² Voir note en bas de page n° 9.

¹³ Ces questions sont examinées plus avant au chapitre 5.

¹⁴ Voir note en bas de page n° 10.

a) Concessions ou contrats similaires

3.25 Pour la réalisation et/ou la gestion de grandes infrastructures, ainsi que pour la fourniture de certains services, les entités adjudicatrices et les pouvoirs adjudicateurs ont de plus en plus souvent recours à des mécanismes juridiques tels que les concessions ou des contrats similaires, ou à d'autres modes d'octroi de droits spéciaux ou exclusifs. Si le recours à ces instruments résulte, dans de nombreux cas, des contraintes budgétaires auxquelles les pouvoirs adjudicateurs sont soumis, il répond aussi à leur souci d'assurer une meilleure gestion des services concernés. De nombreux projets concernant les réseaux transeuropéens en sont une illustration¹⁵. En tout état de cause, de nombreuses plaintes reçues par la Commission concernent des concessions, des contrats similaires ou d'autres mécanismes d'octroi de droits spéciaux ou exclusifs.

3.26 Les pouvoirs adjudicateurs semblent considérer que le droit communautaire n'est pas applicable à l'attribution de ce type de contrats ou de droits et, dans de nombreux cas, ils n'appliquent pas les mesures nécessaires pour garantir la transparence et l'ouverture à la concurrence. En réalité, dans ce type de situation, les pouvoirs adjudicateurs doivent respecter les dispositions du traité CE, en particulier les règles régissant la libre circulation des biens et des services, ainsi que les principes fondamentaux que sont la non-discrimination, l'égalité de traitement, la transparence et la reconnaissance mutuelle. En outre, en vertu de la directive "Travaux", les Etats membres sont également tenus par les règles de publicité en cas de recours à la concession de travaux publics. La Commission considère que le manque de respect de ces principes fondamentaux du traité n'est pas acceptable, car il a pour effet d'entraver le bon fonctionnement du marché intérieur. Il ne permet pas l'ouverture à la concurrence de marchés (ou de droits) mettant en jeu d'importants intérêts économiques.

3.27 Dans une perspective future et en vue de renforcer encore davantage cette ouverture à la concurrence, pourraient être envisagées des règles relatives à des formes de mise en concurrence pour l'attribution des droits exclusifs de prestation des services publics, à travers un système de concessions. L'introduction de telles règles aurait pour objectif, tout en préservant la possibilité de recours à l'octroi de droits exclusifs lorsque ceux-ci sont nécessaires pour le maintien d'un service d'intérêt économique général, de faciliter l'accès aux marchés des services publics de nouveaux opérateurs, publics ou privés, ainsi que d'introduire chez les opérateurs existants une dynamique d'entreprise plus proche des demandes des usagers. Une telle approche permettrait aux Etats membres de pouvoir choisir pour les citoyens les opérateurs de services publics les plus efficaces, aussi bien en termes de rentabilité que de qualité. En ce qui concerne les services de transport terrestre, la Commission a déjà présenté cette approche dans le Livre vert "Un réseau pour les citoyens"¹⁶.

¹⁵ Voir également le chapitre 5, point III.

¹⁶ COM (95) 601 fin., du 29.11.95

b) Marchés publics inférieurs aux seuils prévus par les directives

3.28 Les procédures prévues par les directives communautaires sont exclusivement applicables aux marchés publics dont le montant estimé est supérieur aux seuils fixés. Certains pouvoirs adjudicateurs considèrent que les marchés publics n'atteignant pas ces seuils ne sont soumis à aucune disposition communautaire, de sorte que ces marchés sont parfois attribués sans avoir été mis en concurrence. Ces marchés sont souvent d'une importance considérable, en particulier pour les petites et moyennes entreprises. A l'instar de l'octroi des concessions et des contrats similaires, la passation de ces marchés doit se faire dans le respect des dispositions du traité CE concernant la libre circulation des marchandises et des services, ainsi que des principes fondamentaux de non-discrimination, d'égalité de traitement et de transparence qui en forment la trame.

c) Modifications des règles en cours de procédure

3.29 Plusieurs cas soumis à la Commission permettent d'illustrer la situation dans laquelle les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, dans le cadre de marchés publics dont les montants dépassent les seuils des directives, adoptent des comportements ou prennent des décisions qui sont contraires au droit communautaire, même si la règle à suivre ou l'interdiction ne figure pas expressément dans les directives. Il s'agit, par exemple, des modifications substantielles apportées au cahier des charges en cours de procédure. Ainsi, un pouvoir adjudicateur avait changé l'emplacement de l'ouvrage à réaliser tout en poursuivant la procédure de passation. Dans un autre cas, il avait supprimé une partie importante des travaux initialement prévus. Une autre affaire faisait apparaître une modification des conditions relatives au financement. La Commission a soutenu que ces différents changements étaient substantiels et devaient entraîner l'annulation de la procédure en cours et le lancement d'une nouvelle procédure, par le biais de la publication d'un nouvel avis de marché. Certains cas ont mis en évidence un autre problème, concernant le recours à la négociation avec un ou plusieurs candidats, dans le cadre de procédures ouvertes ou restreintes. La Commission a soutenu qu'une telle négociation n'était pas permise, car contraire au principe d'égalité de traitement. Il est à signaler que ces interprétations fournies par la Commission sont confirmées par la jurisprudence de la Cour de justice¹⁷. Pour ces situations, les considérations développées ci-dessus à propos des concessions et des marchés en dessous des seuils valent également, car, même si ces situations ne sont pas réglementées par les directives, elles n'en sont pas moins soumises aux principes généraux du droit communautaire.

¹⁷ Voir les arrêts Commission c. Danemark, du 22.6.93, aff. C-243/89, Rec. 1993-I, 3385, et Commission c. Belgique, du 25.4.96, aff. C-87/94, non encore publié.

C Conclusions préliminaires

3.30 Les exemples cités plus haut montrent que l'application du cadre juridique communautaire dans les Etats membres manque encore de cohérence. Il apparaît donc nécessaire d'expliquer et d'éclairer davantage les règles applicables. À cet effet, la Commission considère que le moment est venu d'intervenir pour clarifier certains des points mentionnés précédemment, à l'aide de communications interprétatives et/ou de lignes directrices, sans exclure d'autres moyens appropriés ou de nouvelles règles.

3.31 Cette situation n'est évidemment pas satisfaisante car le souci d'obtenir une transposition complète et de qualité des directives serait vain si l'application en pratique n'est pas satisfaisante. La Commission n'entend pas rester passive face à ces problèmes. Dans la suite de ce Livre vert (et plus particulièrement dans ce chapitre et dans le suivant), un certain nombre d'options sont envisagées afin de permettre une meilleure application des règles relatives aux marchés publics. Pour la Commission, il est important de savoir si les milieux intéressés considèrent que ces options sont susceptibles d'apporter des solutions satisfaisantes aux problèmes mentionnés ci-avant ou s'il y a d'autres solutions envisageables.

IV. Contrôle de l'application du droit des marchés publics

3.32 Pour faire face aux problèmes au niveau de la transposition et de l'application du droit communautaire et pour atteindre ainsi les objectifs poursuivis, il est indispensable que toutes les instances intéressées jouent leur rôle et adoptent les initiatives les plus appropriées, tout d'abord en ce qui concerne les systèmes de surveillance et de contrôle des comportements des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices et les moyens d'intervention rapide pour le rétablissement de la conformité juridique. Ces systèmes et moyens existent déjà tant au niveau communautaire qu'au niveau national, mais ils méritent d'être renforcés.

3.33 Les Etats membres et la Commission européenne doivent assumer leurs responsabilités. Les Etats membres doivent assurer l'exécution des obligations découlant de la législation communautaire, au moyen notamment de systèmes de contrôle et de sanctions qui soient efficaces en pratique et exercent un effet dissuasif (article 5 du traité CE). Pour sa part, la Commission est tenue, en vertu de l'article 155 du traité CE, de veiller à ce que les Etats membres respectent et exécutent ces obligations—en prenant en considération non seulement la lettre de la loi, mais aussi les objectifs visés par celle-ci. Les mesures d'exécution doivent améliorer le respect des règles et asseoir la confiance des fournisseurs dans le bon fonctionnement du système.

A Les directives "Recours"

3.34 Les réactions des fournisseurs sont à l'évidence le moyen le plus sûr de s'assurer que les pouvoirs adjudicateurs recourent à des pratiques ouvertes et concurrentielles de passation des marchés. Les fournisseurs sont les mieux placés pour constater si les règles applicables aux marchés publics sont ou non respectées et ils peuvent, le cas échéant, signaler rapidement aux organismes acheteurs les infractions commises. Parfois, les infractions sont immédiatement corrigées lorsqu'elles sont signalées à l'entité ou au pouvoir adjudicateur. Dans le cas contraire, des moyens de recours formels peuvent être utilisés, y compris l'action en justice.

3.35 Avec la mise en place des directives "Recours", les opérateurs économiques ont, dans chaque Etat membre, la possibilité d'introduire un recours devant une instance nationale de nature juridictionnelle -ou une instance dont les décisions peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel- pour la violation des dispositions des directives de la part des organismes acheteurs. Les directives "Recours" exigent que les instances en question aient le pouvoir de prendre des mesures provisoires (destinées, par exemple, à suspendre la procédure de passation du marché), de se prononcer sur la compatibilité des procédures de marché avec les règles et, le cas échéant, d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, d'exiger le retrait de certaines conditions contenues dans les appels d'offres et d'accorder des dommages-intérêts. En raison de l'ampleur des moyens mis à la disposition des fournisseurs, le recours à ceux-ci devrait être la voie la plus sûre pour protéger les droits des participants aux marchés publics.

3.36 Les fournisseurs doivent recevoir toutes les informations nécessaires concernant les droits que les directives "Recours" leur permettent d'exercer à l'égard des procédures de passation de marchés ayant lieu dans d'autres Etats membres. La Commission publiera des guides destinés à informer les opérateurs économiques des moyens de recours possibles en cas de violation présumée des règles dans d'autres Etats membres, y compris les procédures disponibles, la manière d'y recourir et les droits éventuels à réparation des fournisseurs lésés. À ce propos, une référence devrait être également faite aux possibilités offertes par la récente jurisprudence de la Cour de justice en cas de lésion des droits des particuliers suite aux violations du droit communautaire commises par les Etats membres (voir ci-avant, le paragraphe 3.8).

B Les sanctions appropriées

3.37 Un élément essentiel de la mise en place du cadre juridique relatif aux marchés publics par les autorités nationales est l'établissement de sanctions appropriées. Dans sa communication au Conseil et au Parlement européen sur le rôle des sanctions¹⁸, la Commission a déjà mis en avant les marchés publics comme l'un des secteurs où la possibilité d'instaurer un système de sanctions communes pourrait être envisagée en vue de maintenir l'intégrité de la législation, la disparité des sanctions appliquées par différents Etats membres en cas d'infraction au droit communautaire pouvant nuire à l'efficacité de cette politique. Pour sa part, dans sa résolution du 29 juin 1995 sur les sanctions applicables aux violations du droit communautaire¹⁹, le Conseil a également reconnu l'importance de cette question. Il a encouragé la Commission à veiller à une mise en oeuvre effective de la législation communautaire, y compris en matière de sanctions et, le cas échéant, à inclure des dispositions relatives aux sanctions dans ses futures propositions. En outre, le Conseil a demandé aux Etats membres de soutenir activement l'action de la Communauté dans ce domaine.

¹⁸ COM(95) 162 fin du 3.5.95.

¹⁹ JOCE n° C 188 du 22.7.95, p.1.

3.38 La Commission est préoccupée par le fait que, dans la pratique, l'application des directives "Recours" peut varier considérablement d'un Etat membre à l'autre, et parfois même à l'intérieur d'un Etat membre. Son attention a également été attirée sur les différences considérables qui existent entre Etats membres en ce qui concerne, notamment, l'obligation pour le plaignant de fournir la preuve de l'infraction en vue d'obtenir réparation, ainsi que le montant des dommages-intérêts accordés. Dans certains cas, les tribunaux n'ont attribué à la partie gagnante qu'un montant purement symbolique. Dans d'autres, les plaignants se sont vus accorder un montant correspondant aux coûts exposés pour l'établissement de leur offre (ces coûts peuvent être substantiels, mais leur remboursement ne constitue en aucune façon une réparation intégrale du préjudice que représente la perte d'un marché). La Commission invite les Etats membres et les autres parties intéressées à présenter leurs observations sur l'efficacité des recours existant dans les Etats membres et sur toute disparité éventuelle des sanctions appliquées. Outre l'obligation de prévoir dans tous les cas une indemnisation complète des préjudices subis, la Commission souhaiterait également obtenir des réactions sur la question de savoir si l'octroi, à titre de dommages-intérêts, d'un montant dissuasif allant au-delà du seul préjudice subi serait souhaitable.

C Les plaintes

a) Au niveau communautaire

3.39 La Commission, en tant que gardienne du traité, instruit les plaintes qu'elle reçoit de la part des opérateurs qui s'estiment lésés et s'efforce de parvenir à un règlement des problèmes soulevés. De nombreux cas ont ainsi été réglés grâce à l'intervention de la Commission, sans que la Cour de justice n'ait été saisie. Toutefois, lorsque la Commission se trouve dans les conditions de devoir saisir la Cour, l'expérience montre que la procédure en manquement prévue à l'article 169 du traité CE ne peut garantir une correction rapide et efficace. Alors que la Commission s'est engagée à accélérer ses procédures internes, les différents stades de la procédure conduisant à un arrêt de la Cour (qui comprend, en premier lieu, l'envoi d'une lettre de mise en demeure aux autorités de l'Etat membre concerné et, en second lieu, un avis motivé) peuvent durer jusqu'à trois ans et, dans certains cas, plus longtemps encore du fait, notamment, de la difficulté d'obtenir les informations nécessaires à temps. Dans le domaine des marchés publics, des procédures aussi longues risquent souvent d'être inefficaces.

3.40 Comme elle l'a indiqué dans son avis sur la conférence intergouvernementale "Renforcer l'Union politique et préparer l'élargissement", la Commission considère que les moyens d'assurer l'application du droit communautaire devraient être rendus plus efficaces, notamment pour ce qui concerne le marché intérieur. La Commission a également estimé que le rôle de la Cour de justice devrait être renforcé, en particulier en ce qui concerne l'exécution de ses arrêts.

3.41 Dans cette perspective, certains auteurs ont considéré que des possibilités pourraient être explorées pour atteindre ces objectifs. Une de ces possibilités consisterait à attribuer à la Commission des pouvoirs d'enquête plus effectifs que ceux dont elle dispose actuellement, qui limitent considérablement l'efficacité et la rapidité de son action dans le domaine des marchés publics. Le système fondé sur le Règlement n° (CEE) 17/62 en matière de concurrence pourrait constituer un exemple valable de

cette approche. De même, certains observateurs ont envisagé d'élargir à l'ensemble des marchés publics les procédures et moyens de contrôle prévus dans le règlement (Euratom, CE) 2185/96²⁰ pour la protection des intérêts financiers des Communautés européennes. En effet, ces dispositions sont d'application aux marchés publics impliquant des financements communautaires, comme par exemple, les adjudications dans le cadre des réseaux transeuropéens (RTE), des Fonds structurels et de cohésion ou des marchés passés avec les pays tiers (voir chapitre 5).

b) Au niveau national

3.42 La Commission ne dispose ni des ressources ni des informations nécessaires pour déceler et régler chaque cas d'infraction aux règles communautaires sur tout le territoire de l'Union européenne. D'un point de vue pratique, les problèmes rencontrés par les opérateurs économiques devraient, dans leur grande majorité, être réglés au niveau national. Il va sans dire, cependant, que la Commission n'hésitera pas à intervenir chaque fois que ce sera nécessaire pour maintenir l'intégrité du droit communautaire en matière de marchés publics. La Commission confirme également sa détermination à jouer pleinement son rôle dans la mise en application de la législation, en particulier dans le règlement des affaires mettant en jeu des intérêts économiques et/ou des questions juridiques importantes.

3.43 La volonté de la Commission de mettre l'accent sur l'application pleine et effective des règles sur les marchés publics au niveau national a déjà trouvé un écho dans certains Etats membres. Ainsi, par exemple, la Suède a confié le contrôle de ses pouvoirs adjudicateurs à une autorité indépendante. L'expérience semble indiquer que non seulement cette autorité traite des plaintes, mais qu'elle a aussi le mérite d'empêcher, par son existence même, la survenance de faits débouchant sur des plaintes, et donc de réduire la charge potentielle pour les juridictions nationales et les institutions communautaires. En vue de l'amélioration du contrôle de l'application des règles au niveau national, il pourrait être intéressant de reproduire cette expérience dans d'autres Etats membres.

3.44 Pour être efficaces (et reconnues comme telles), des autorités de ce type devraient être véritablement indépendantes et avoir le pouvoir d'obliger les organismes acheteurs à corriger toute erreur au niveau des procédures. Toutefois, leur contribution éventuelle ne devrait pas être évaluée, dans un premier temps, en termes d'erreurs décelées, mais d'améliorations apportées aux procédures de passation des marchés publics. Ces autorités pourraient jouer un rôle de tout premier plan pour améliorer les systèmes de passation: elles pourraient conseiller utilement les organismes acheteurs, vérifier les pratiques de passation des marchés dans un souci d'efficacité et veiller à ce qu'il existe un système de déclarations obligatoires permettant aux Etats membres de fournir à la Commission toutes les données statistiques nécessaires. En outre, il pourrait être utile de prévoir un échange régulier d'informations entre organismes analogues. Un réseau administratif permanent pourrait ainsi se former entre les Etats membres. L'institution de telles autorités ne peut pas porter atteinte au système actuel de répartition des pouvoirs, que ce soit ceux de la Commission, gardienne du traité, ou

²⁰ JOCE du 15/11/1996

ceux des juridictions nationales chargées, notamment grâce aux directives "Recours", de protéger les droits des entreprises. Tout conflit éventuel pouvant surgir entre la Commission et ces autorités devrait être résolu par la Cour de justice, qui, aux termes de l'article 164 du traité CE, assure l'interprétation univoque et l'application correcte du droit communautaire.

3.45 La Commission invite les Etats membres à envisager la création ou la désignation d'une autorité indépendante de ce type. La Commission considère que, dans certains cas, des organismes existants pourraient remplir cette fonction. Les tâches que cette autorité aurait à accomplir pourraient, en effet, s'inscrire dans le cadre des fonctions assumées par la cour des comptes de L'Etat membre ou une autorité équivalente jouissant d'une indépendance réelle et incontestable. La Commission prêtera une attention particulière aux réactions de toutes les parties intéressées à l'égard de l'idée de désigner des autorités nationales indépendantes pour les marchés publics. Elle invite tous les Etats membres intéressés à mettre en oeuvre un projet pilote pour établir la faisabilité du système.

D Les autres modes de règlement des différends

a) Attestation

3.46 Dans l'examen des mesures qui pourraient assurer une meilleure application des règles en vigueur, la Commission estime qu'il faudrait exploiter davantage les deux procédures de l'attestation et de la conciliation, qui sont déjà prévues par la directive "Recours" pour les secteurs spéciaux, mais qui, jusqu'à maintenant, n'ont pas été utilisées.

3.47 Les entités adjudicatrices qui appliquent la meilleure pratique en matière de marchés publics et établissent des procédures internes saines ont le plus de chance de tirer le meilleur parti possible du régime communautaire en vigueur. Telle est la raison pour laquelle la directive "Recours" pour les secteurs spéciaux prévoit la création d'un système d'attestation dans le cadre duquel les entités adjudicatrices peuvent faire examiner leurs procédures de passation des marchés par un attestateur indépendant, chargé de vérifier qu'elles sont conformes à la directive et qu'elles sont axées sur une utilisation rationnelle des deniers publics. À l'instar d'un contrôle financier, cet examen est réalisé par un organisme indépendant, qualifié et agréé à cet effet. La directive "Recours" applicable aux secteurs classiques ne contient pas de disposition similaire.

3.48 Pour obtenir un certificat de bonne pratique en matière de marchés publics, les entités adjudicatrices doivent démontrer qu'elles appliquent des procédures qui, au vu de l'expérience, sont conformes aux règles. Si l'examen de ce qui s'est fait dans le passé ne fournit pas une garantie absolue en ce qui concerne les marchés à venir, il donne à l'entité adjudicatrice une certaine confiance dans la validité de ses procédures. La publication de l'attestation au Journal officiel des Communautés européennes pourrait contribuer à convaincre les fournisseurs potentiels que cela vaut la peine de soumissionner puisque l'entité titulaire a pu démontrer qu'elle recourait à des pratiques ouvertes et concurrentielles de passation des marchés publics. Les entités adjudicatrices qui acceptent les normes imposées et s'y conforment pourraient dès lors bénéficier d'un choix plus large de fournisseurs et d'offres plus concurrentielles et obtenir ainsi la meilleure qualité possible pour le prix payé.

3.49 Conformément au mandat donné par la Commission aux organismes européens de normalisation CEN et CENELEC, une norme européenne concernant l'attestation a été approuvée en juin 1995.²¹ Les Etats membres doivent maintenant prendre les dispositions nécessaires pour que des attestateurs soient désignés et puissent se mettre au travail. La Commission tient beaucoup à ce que les entités des secteurs spéciaux sollicitent l'attestation. En outre, eu égard aux avantages que comportent les procédures d'attestation, la Commission considère qu'il serait utile de rendre de telles dispositions également applicables aux pouvoirs adjudicateurs en dehors des secteurs spéciaux et souhaiterait qu'un débat ait lieu sur cette question. De même, la Commission envisage, à titre prioritaire, l'application d'un régime d'attestation aux pouvoirs adjudicateurs qui attribuent des marchés en partie financés par les fonds communautaires (voir chapitre 5 ci-après).

b) Conciliation

3.50 Régler les litiges à l'amiable est toujours préférable. La directive "Recours" pour les secteurs spéciaux prévoit à ce propos une procédure de conciliation, en application de laquelle les fournisseurs et les entités adjudicatrices peuvent convenir d'examiner et de régler les litiges survenant entre eux à propos de l'application du droit communautaire en faisant appel à des conciliateurs indépendants. Toutefois, en trois années d'existence, cette procédure n'a jamais été utilisée. Cela peut s'expliquer en partie par un manque d'informations parmi les fournisseurs et les entités adjudicatrices concernant le mode de fonctionnement de la procédure. La Commission souhaiterait qu'un débat ait lieu avec les Etats membres, des conciliateurs expérimentés, des entités adjudicatrices et des entreprises sur les améliorations à apporter à la procédure de conciliation et sur la façon de la rendre plus accessible et opérationnelle.

V. Questions

1. Avez-vous des observations à faire sur l'efficacité de la transposition des directives par les Etats membres? Quelles sont, à votre avis, les raisons à l'origine des difficultés de transposition rencontrées par les Etats membres ?
2. Approuvez-vous la liste des problèmes d'application de la législation communautaire qui est présentée ? D'autres types d'applications erronées méritent-ils d'être retenus ? Estimez-vous qu'il y a d'autres raisons que celles qui sont évoquées dans le texte à l'origine des problèmes rencontrés ?
3. Quelles sont, à votre avis, les points sur lesquels des communications interprétatives ou des lignes directrices seraient utiles afin d'expliquer et d'éclairer davantage les règles applicables ?

²¹ Norme E N 45503: 1996, publiée par CEN/CENELEC le 24.1.1996

4. Quel est le degré d'efficacité des moyens de recours existant dans les Etats membres? Constatez-vous l'existence de divergences dans l'application de moyens de recours et de sanctions à l'intérieur d'un même Etat membre et d'un Etat membre à l'autre de nature à affecter le bon fonctionnement du marché intérieur dans ce domaine? Si tel est le cas, des mesures doivent-elles être prises?
5. Des dommages-intérêts allant au-delà du simple préjudice subi seraient-ils utiles?
6. Pensez-vous que, pour accomplir plus efficacement et plus rapidement sa mission de contrôle du respect du droit communautaire, la Commission doit disposer de pouvoirs d'enquête plus efficaces que ceux dont elle dispose actuellement, comme ceux prévus par le règlement 17/62 en matière de concurrence ?
7. L'établissement d'une autorité indépendante de contrôle dans chaque Etat membre pourrait-il améliorer les systèmes de passation des marchés publics et favoriser la mise en oeuvre effective des règles? La Commission devrait-elle mettre en place au niveau communautaire des mécanismes de coopération entre de telles autorités indépendantes, de nature à favoriser une application homogène des règles de passation des marchés publics et un accès plus équitable pour tous à la commande publique ?
8. Etes-vous d'accord pour considérer que le système de l'attestation devrait être encouragé comme un moyen efficace de garantir des procédures saines de passation des marchés publics? L'attestation devrait-elle être étendue aux pouvoirs adjudicateurs en dehors des secteurs spéciaux? Dans l'affirmative, quelle serait la meilleure façon de l'introduire (par exemple, cela pourrait-il se faire sur une base volontaire)?
9. Quelle est votre opinion sur les raisons pour lesquelles la procédure de conciliation prévue par la directive "Recours" pour les secteurs spéciaux n'a-t-elle pas encore été utilisée?

4. L'AMELIORATION DE L'ACCES AUX MARCHES PUBLICS - SUIVI DES MARCHES, INFORMATION, FORMATION, PROCEDURES ELECTRONIQUES

Maintenant que le cadre réglementaire est en place, les pouvoirs adjudicateurs et les fournisseurs doivent exploiter les possibilités qu'il offre et en tirer le maximum d'avantages. Le suivi du marché doit servir, d'une part, à collecter les informations nécessaires pour évaluer l'impact économique du régime appliqué et pour permettre aux fournisseurs d'analyser les spécificités de la demande en matière de marchés publics dans l'ensemble de l'Union. D'autre part, ce suivi constitue le préalable pour que la Commission puisse exercer un contrôle cohérent sur l'application des règles. L'information et la formation peuvent contribuer de manière décisive à assurer des conditions optimales, en termes d'efficacité et de coût, aux procédures d'achat public. Or, on constate que de nombreux acheteurs publics paraissent ne pas avoir une connaissance détaillée de leurs obligations légales et que les fournisseurs, les petites et moyennes entreprises en particulier, semblent souvent ignorer le potentiel offert par le marché. C'est justement à ces niveaux que les possibilités offertes par la formation et l'information doivent être pleinement exploitées. Grâce à la formation, les vieilles habitudes de penser et d'agir peuvent être modifiées afin de s'ouvrir à une culture appliquant, en matière de marchés publics, tant la transparence et l'ouverture dans le choix des fournisseurs que les critères commerciaux les plus exigeants. L'information, est le nerf de l'efficacité: si sa qualité est améliorée, les pouvoirs adjudicateurs, comme leurs fournisseurs, pourront plus facilement exploiter les possibilités qui s'offrent. Si l'on regarde maintenant vers l'avenir, le développement des procédures électroniques devrait jouer un rôle clé pour accroître la transparence et améliorer l'accès aux marchés publics.

I. Le suivi des marchés publics

4.1 Le contrôle de la bonne application de la réglementation en vigueur doit être complété par un suivi permanent des marchés publics, de manière à disposer d'une connaissance approfondie des réalités économiques qui sous-tendent la passation de ces marchés. En effet, le dispositif réglementaire communautaire, relativement homogène, s'applique à des marchés qui sont de plus en plus hétérogènes. Ce suivi est particulièrement nécessaire pour les marchés publics de services, qui ne font l'objet de règles communautaires que depuis peu. Un tel suivi pourrait avoir pour objet, par exemple, l'obtention d'informations régulières sur la classification de ces marchés suivant les annexes IA et IB de la directive 92/50/CEE et sur le comportement des pouvoirs adjudicateurs dans ce domaine. Pour que ce suivi permette d'apprécier l'impact économique de la réglementation communautaire en matière de marchés publics, il conviendra de s'appuyer, d'une part, sur une analyse de la concurrence et des prix payés par les pouvoirs adjudicateurs et, d'autre part, sur une meilleure compréhension de la taille et de la structure de la demande et des besoins d'information de l'offre. Sur cette base, il sera possible d'évaluer dans quelle mesure le système actuel correspond aux besoins des pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques.

4.2 La Commission se propose de mettre en place un dispositif de suivi de l'impact économique des marchés publics et elle étudie actuellement les moyens susceptibles d'assurer un usage optimal à cette fin des données collectées auprès de différentes sources (bulletin quotidien des appels d'offres - TED, Eurostat). Concrètement, cet exercice de suivi devrait déboucher sur l'élaboration d'indicateurs de prix applicables à un panier représentatif de biens achetés par les entités soumises à nos règles. Comme on l'a déjà signalé, c'est seulement en retenant les fournisseurs les plus qualifiés et les plus compétitifs que les pouvoirs adjudicateurs seront en mesure d'offrir au public un meilleur service.

4.3 La Commission réaffirme son engagement à veiller en permanence au respect des directives communautaires conformément aux principes consacrés par le traité. À cet égard, le suivi économique doit aussi permettre de procéder à des analyses de marché portant sur certains secteurs spécifiques dans tous les Etats membres. Sur cette base, la Commission sera en mesure de repérer systématiquement les secteurs à problèmes et d'exercer son contrôle d'une manière plus cohérente qu'en se limitant à réagir aux plaintes individuelles. Les bases de données (y compris le bulletin quotidien des appels d'offres - TED) sont des instruments précieux de collecte, d'analyse et de diffusion de l'information et peuvent jouer un rôle utile dans l'exercice du contrôle de l'application du droit. Un système de contrôles périodiques visant à détecter les cas les plus significatifs de non-publication d'avis de marché a également été mis en place. Toutefois, en raison de la quantité énorme de marchés publics qui sont passés (et du nombre et de la diversité des acheteurs publics), la Commission n'est pas en mesure, à elle seule, d'exercer un suivi détaillé. Cela est tout particulièrement vrai lorsqu'il s'agit de vérifier si les acheteurs publics publient bien des informations sur tous les marchés publics. Dans ce contexte, la Commission serait intéressée à recevoir toute suggestion visant à améliorer le suivi des procédures de marchés publics, tant au niveau communautaire que national. Elle souhaiterait également recueillir des observations sur l'opportunité éventuelle d'un réexamen du problème du fonctionnement de l'observatoire européen. Cet observatoire a été créé dans le cadre du comité consultatif pour les marchés publics pour veiller à la bonne application des règles sur les marchés publics par les pouvoirs adjudicateurs des Etats membres, mais il n'a encore jamais été pleinement opérationnel. Pour autant, cette initiative n'a nullement vocation à évoluer vers un bureau d'assistance technique ou une agence. L'idée de mettre en place des procédures de vérification croisée pourrait aussi être utilement exploitée dans ce contexte.

II. L'information

4.4 L'information, qu'elle porte sur les règles juridiques applicables ou sur les données concernant les différents marchés publics ou sur les irrégularités ou dysfonctionnements constatés, est un élément vital qui permet d'assurer que les procédures de marchés se déroulent dans des conditions optimales de loyauté, d'efficacité et de coût.

a) Lisibilité accrue du cadre juridique

4.5 Il est essentiel que les efforts visant à améliorer les pratiques en matière de marchés publics soient soutenus par des progrès au niveau de la transparence et de la diffusion de l'information. La Commission a déjà pris un certain nombre de mesures destinées à améliorer, à la fois qualitativement et quantitativement, l'information portant sur les règles communautaires définissant les droits des fournisseurs et les obligations des pouvoirs adjudicateurs. Bien que toutes les directives communautaires relatives aux marchés publics aient été regroupées et publiées en un volume unique, les règles elles-mêmes seraient plus faciles à comprendre si chaque directive faisait l'objet d'une codification regroupant toutes les dispositions applicables aux marchés publics dans un secteur déterminé. Pour les marchés publics de fournitures et de travaux, ainsi que pour ceux concernant les secteurs spéciaux, l'adoption des directives 93/36/CEE, 93/37/CEE et 93/38/CEE a permis d'aboutir à une codification formelle. Toutefois, il n'est pas certain qu'une telle codification formelle puisse être opérée chaque fois qu'une directive "marchés publics" est modifiée: en cas d'impossibilité, d'autres moyens doivent être envisagés.

4.6 Pour faciliter la compréhension des règles sur les marchés publics, la Commission s'est engagée à publier plusieurs vade-mecum (communications interprétatives) qui fourniront un certain nombre d'explications et d'éclaircissements sur des questions liées à l'application des directives. Certains de ces vade-mecum actualiseront celui qui a été publié pour la première fois en 1987 (directives "Travaux" et "Fournitures") et les autres fourniront des textes équivalents pour les directives applicables aux services et aux secteurs spéciaux. La Commission réaffirme également son intention de publier des guides informant sur les procédures nationales de recours et les moyens dont disposent les fournisseurs pour faire valoir leurs droits.

b) Diffusion des notifications

4.7 S'il est important de fournir des informations éclairant le cadre réglementaire applicable, il est tout aussi important de faire en sorte que les fournisseurs disposent des informations et des données nécessaires pour pouvoir soumissionner. Pour pouvoir exploiter les possibilités offertes par les marchés publics, il est essentiel de disposer de données fiables et aisément accessibles. Or, plus de 130 000 avis de marché sont publiés chaque année au supplément S du Journal officiel des Communautés et les fournisseurs n'ont pas la tâche facile pour sélectionner les appels d'offres susceptibles de les intéresser dans cette masse. La Commission est consciente qu'il est difficile de diffuser un tel volume d'informations de manière transparente au moyen du supplément papier au Journal officiel. Le réaménagement à terme du système de publication dans un sens qui ferait l'économie du support papier est envisagé.

4.8 La Commission a déjà réalisé une étude de marché auprès des abonnés au supplément au Journal officiel et à la base TED afin d'avoir une idée plus exacte des améliorations qui pourraient être apportées au contenu et à la présentation des informations. L'étude a montré que seule une petite partie des abonnés préfère les modalités actuelles de publication aux autres options envisageables. Dans leur majorité, ils préféreraient que l'information soit disponible sur le World Wide Web ou sur un CD-ROM doté d'aides à la recherche. On peut également envisager des abonnements sélectifs au supplément, de manière à ce que les utilisateurs ne reçoivent des

informations que sur les marchés publics qui les intéressent. Même si de telles améliorations sont susceptibles de rendre les marchés publics plus ouverts aux entreprises, il convient d'être plus ambitieux et de faire en sorte que chaque pas en avant de la technologie se traduise par une amélioration de l'accès à l'information.

4.9 En outre, aujourd'hui, la qualité des avis de marché pose souvent un problème. Bien que plusieurs directives portent l'obligation de décrire la nature du marché concerné en recourant à la nomenclature de la CPA (classification des produits associée aux activités) ou de la CPC (classification centrale des produits), les pouvoirs adjudicateurs qui les utilisent sont peu nombreux. Cela a des conséquences onéreuses pour le contribuable européen. La Commission a élaboré un vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV) qui prend la forme d'une liste de codes inspirée de la CPA mais adaptée aux besoins spécifiques des procédures de passation de marchés publics. Une version révisée du CPV a été récemment publiée²² en même temps qu'une recommandation²³ incitant les pouvoirs adjudicateurs à l'utiliser, de manière à ce que l'objet du marché puisse être défini, au niveau compétent, en termes issus du CPV. Si l'utilisation du CPV pouvait être étendue à l'ensemble des entités et pouvoirs adjudicateurs, les procédures de passation des marchés publics dans l'Union gagneraient en transparence et le contribuable profiterait des économies significatives qu'engendrerait la simplification du processus de publication, en particulier au niveau de la traduction dans les 11 langues officielles. À cet égard, la Commission souhaiterait connaître l'avis de toutes les parties intéressées sur l'opportunité de rendre l'usage du CPV obligatoire. Une autre solution pourrait consister à facturer aux pouvoirs adjudicateurs n'utilisant pas le CPV et les formulaires électroniques standardisés pour décrire l'objet de leurs marchés, des frais dont le montant serait proportionnel aux coûts supplémentaires entraînés par le traitement de leurs avis de marché.

III. La formation

4.10 Les pratiques traditionnelles en matière de marchés publics ne pourront être modifiées que si l'on parvient à faire évoluer la culture administrative en la libérant des relations trop étroites avec les fournisseurs nationaux, pour la faire accéder à un environnement transparent et véritablement commercial, dans lequel les portes sont ouvertes aux autres soumissionnaires et où la motivation première est d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix. Il n'est pas impossible que la meilleure façon - et la moins coûteuse - d'opérer cette mutation soit de privilégier un effort de formation portant sur les règles de passation des marchés publics et sur les pratiques recommandées en la matière. Certains gouvernements semblent pourtant considérer qu'il s'agit là d'un luxe coûteux et les budgets affectés à ces types de formation sont les premiers à pâtir des périodes d'austérité budgétaire. Or, les nouvelles techniques dans le secteur des marchés publics, par exemple les procédures électroniques de notification et de passation des marchés, ne pourront donner tout leur potentiel, en termes d'efficacité et

²² J O S 169 du 3.9.96

²³ J O L 222 du 3.9.96

de réduction des coûts, qu'à la condition que les responsables de la passation des marchés sachent les utiliser.

4.11 Des signes encourageants de changement sont visibles. Les discussions actuelles sur l'amélioration de la compétitivité européenne mettent de plus en plus l'accent sur l'importance de la formation continue et de l'application des connaissances acquises. Dans le secteur des marchés publics, cela suppose des efforts encore plus soutenus pour assurer une formation systématique et rigoureuse du personnel concerné, afin de lui donner les outils nécessaires pour assurer l'efficacité des procédures de passation.

4.12 Quelle que soit l'urgence des besoins, il serait illusoire de croire que des pratiques traditionnelles bien ancrées peuvent être changées du jour au lendemain. Pour pouvoir mettre en oeuvre une politique optimale en matière de marchés publics, il convient d'être pleinement conscient de ce que suppose véritablement la recherche des critères commerciaux les plus élevés. C'est pourquoi la Commission considère que le moment est venu de prendre des mesures d'encouragement à la formation des responsables chargés des marchés publics, pour les doter des nouvelles compétences évolutives dont ils ont besoin et les aider à mieux comprendre le nouveau rôle qu'ils seront amenés à jouer. Toutefois, si l'on veut susciter un véritable changement, il conviendra de mettre en oeuvre un programme assurant la diffusion de cette formation dans toute la Communauté, centré sur l'apprentissage des meilleures pratiques en matière de marchés publics et ne se limitant pas à prévoir une simple formation ponctuelle. Des domaines comme l'application des technologies de l'information au secteur des marchés publics et les échanges d'informations portant sur les meilleures pratiques pourraient être couverts. L'élaboration d'un tel programme supposerait la participation de nombreux intervenants comme la Commission, les Etats membres, les organismes nationaux du secteur, les entreprises, les universités et d'autres parties intéressées.

IV. Les procédures électroniques de passation des marchés

4.13 Les procédures actuelles de passation des marchés publics sont fondées sur le recours à des pratiques administratives et à des moyens de communication traditionnels: il s'agit essentiellement d'un système de notification/diffusion des avis et de présentation des offres sur support papier. Or, grâce aux progrès de l'informatique et des télécommunications, il n'est plus nécessaire de procéder comme par le passé: il est temps d'orienter la politique communautaire des marchés publics vers le futur et de la faire bénéficier de toutes les possibilités offertes par les progrès des technologies de l'information. À court terme, ces nouvelles technologies vont permettre d'introduire des procédures électroniques pour la notification des avis de marché et la diffusion de l'information aux fournisseurs. À plus long terme, les télécommunications et les systèmes informatisés devraient permettre de révolutionner la manière dont les marchés publics sont attribués. On pourrait envisager de développer un "marché électronique" sur lequel les fournisseurs pourraient afficher la gamme et les prix des produits qu'ils proposent dans des catalogues électroniques, ce qui permettrait aux organismes acheteurs de comparer les prix et les conditions avant de commander les articles recherchés aux prix les plus intéressants. En fin de compte, tout le monde bénéficiera

de cette diffusion de l'électronique dans le secteur des marchés publics: par rapport au système actuel sur support papier, les procédures seront plus transparentes, plus ouvertes au dialogue avec les fournisseurs et beaucoup plus efficaces.

4.14 L'Union européenne ne peut pas se permettre d'accumuler des retards dans ce domaine. Dans les recommandations au Conseil européen émises dans le rapport du groupe présidé par M. Bangemann²⁴, les marchés publics figuraient au nombre des applications prioritaires des technologies de l'information dans le secteur public. Le rapport proposait comme objectif qu'au moins 10 % de tous les pouvoirs adjudicateurs se dotent de procédures électroniques de passation des marchés dans un délai de deux à trois années. Deux ans plus tard, il apparaît clairement que des efforts soutenus sont nécessaires à tous les niveaux pour atteindre cet objectif. En 1995, lors de la conférence du G 7 sur la société de l'information, les participants ont appelé le secteur privé à prendre des initiatives dans ce domaine et se sont engagés à soutenir ses efforts pour développer des réseaux d'information et pour fournir de nouveaux services liés à l'information.

a) La situation actuelle

4.15 Dans le secteur des marchés publics, c'est au niveau des procédures de notification et de diffusion des avis de marché qu'il est le plus approprié d'introduire les technologies de l'information. En vertu des directives communautaires, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de publier des avis de marché dans le supplément au Journal officiel des Communautés. Ce supplément (S) comporte déjà plus de 300 pages chaque jour et l'on s'attend à ce qu'il gagne encore en volume dans les 12 mois qui viennent. Il n'est donc pas surprenant que les fournisseurs aient quelque difficulté à sélectionner les avis qui les intéressent. Il convient, tout simplement, de rendre le système plus efficace et plus simple à utiliser.

4.16 Des progrès considérables ont déjà été réalisés. La base de données TED a été introduite il y a dix ans et a connu récemment une mise à jour, avec l'introduction d'un logiciel plus convivial, du vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV) et d'un accès à Internet. D'autres améliorations sont actuellement à l'étude²⁵.

b) La notification électronique

4.17 Les technologies actuelles multiplient les possibilités d'accroître la transparence, de réduire les coûts de fonctionnement et d'écourter les délais. C'est pour les concrétiser que la Commission a lancé un programme ambitieux, appelé SIMAP ("Système d'information pour les marchés publics"), qui se nourrit de l'expérience acquise dans le cadre de TED et inclut plusieurs projets différents. Son objectif le plus immédiat est d'augmenter la capacité du système actuel de publication, de manière à ce qu'il puisse traiter sans problème le nombre croissant d'avis de marchés qui doivent être

²⁴ L'Europe et la Société de l'information planétaire - recommandations présentées au Conseil européen de Corfou, Bruxelles, 26.5.94.

²⁵ Voir également les paragraphes 4.7 à 4.9.

publiés. SIMAP devrait en fait permettre de fournir une meilleure information sur les appels d'offres dans des délais plus courts - il s'agit là d'un progrès qui, outre qu'il est devenu urgent (compte tenu de la croissance rapide du nombre des avis publiés), apparaît comme essentiel si l'on veut améliorer la transparence des procédures de passation des marchés publics en Europe. SIMAP permet d'envisager une amélioration des procédures de suivi et d'analyse des marchés concernés, ainsi que l'échange d'une grande variété d'autres informations utiles qui permettront aux fournisseurs de repérer plus facilement les marchés qui les intéressent.

4.18 Dans le cadre de SIMAP, un certain nombre de projets pilotes ont déjà été lancés avec la participation d'un nombre limité d'acheteurs publics et de fournisseurs d'informations. Ils portent essentiellement sur la communication électronique des avis de marché au Journal officiel et à TED par les acheteurs publics et sur la fourniture aux fournisseurs d'un accès en ligne aux informations. Si ces projets pilotes sont couronnés de succès - les premiers résultats sont encourageants - ils pourront faire l'objet d'un développement ultérieur et donner naissance à un système électronique de notification et de diffusion des informations véritablement opérationnel auquel toutes les parties intéressées de l'Union auraient accès (par l'intermédiaire d'un kiosque électronique sur les avis de marchés publics couvrant toute la Communauté).

4.19 Grâce à ce système, les pouvoirs adjudicateurs seraient en mesure de transmettre leurs avis électroniquement et non plus sur support papier. Il reste à résoudre la question, essentielle, des modalités de passage du support papier à la transmission électronique. Les dernières modifications apportées aux textes législatifs ont déjà permis des aménagements visant à autoriser la transmission électronique des avis de marchés. Au départ, et pour plusieurs années, les systèmes "papier" et électronique coexisteront. Il convient maintenant d'apprécier si ces changements pourront être apportés sur une base volontaire ou s'il y a lieu de prévoir une obligation légale contraignant les acheteurs publics à transmettre leurs avis sous forme électronique. Dans ce dernier cas, il convient aussi de décider si cette obligation ne doit concerner, dans un premier temps, que les administrations centrales et les secteurs spéciaux, avant d'être étendue par la suite. La notification électronique des avis de marchés pourrait aussi permettre de raccourcir les délais nécessaires à la diffusion de l'information et peut-être, à terme, les délais de présentation des offres. La Commission souhaiterait recevoir des observations sur cette question.

c) La diffusion électronique

4.20 Du fait de la croissance continue des avis de marché publics publiés et des progrès des techniques de publication électroniques, il est clair que la version papier du supplément au JOCE sera, à terme, supplantée par des versions électroniques. L'étude de marché réalisée auprès des abonnés a confirmé que la majorité d'entre eux préféreraient que l'information soit disponible sur le World Wide Web et que beaucoup seraient intéressés par un CD-ROM. Un projet de CD-ROM est déjà à l'étude et il est indéniable que certaines améliorations à la base de données TED, par exemple l'introduction d'un accès par Internet, renforceraient son attrait.

4.21 Le nombre actuel des abonnés au supplément du Journal officiel est d'environ 13 000: on peut affirmer qu'il ne s'agit là que d'une faible partie des fournisseurs potentiellement intéressés. Il convient donc de concevoir des versions électroniques ou en ligne pour attirer de nouveaux abonnés, ainsi que pour remplacer la version papier que reçoivent les abonnés actuels et dont l'utilisation devient de plus en plus malaisée.

4.22 Une fois que ces systèmes de remplacement seront opérationnels et auront été acceptés par les abonnés, les dispositions prévoyant une obligation de publication dans le supplément papier du JO pourraient être modifiées par l'introduction d'une référence aux moyens électroniques, de manière à ce que la version papier puisse être progressivement abandonnée au fur et à mesure de la désaffectation à son égard.

4.23 Sur la base des résultats de l'étude de marché, la Commission envisage de ne publier que des courts résumés des avis de marchés dans un supplément au JOCE beaucoup moins épais, les informations complètes n'étant disponibles que sur une base de données, proposée également sous forme de CD-ROM ou accessible via Internet. Elle examine également la possibilité de ne produire que la version base de données ou de ne fournir l'information que par l'intermédiaire de tiers agréés à cet effet.

4.24 La Commission souhaiterait que toutes les parties intéressées, Etats membres, pouvoirs adjudicateurs et fournisseurs, lui fassent connaître leurs réactions ou commentaires aux diverses options envisagées.

d) Un système de passation des marchés entièrement électronique

4.25 Les possibilités offertes par la technologie sont beaucoup plus vastes que les applications, relativement simples, concernant la transmission et la diffusion électroniques des avis de marché. À long terme, l'avenir de l'informatisation des marchés publics passera inévitablement par la mise en place d'un système de passation des marchés entièrement électronique. L'emploi des procédures électroniques pourrait non seulement être étendu pour satisfaire à toutes les obligations actuellement requises par les directives (par exemple l'obligation de publication), mais aussi, de manière beaucoup plus radicale, à toutes les autres étapes de la passation et de l'exécution des marchés publics. C'est ainsi qu'un système entièrement électronique pourrait prendre en charge la communication des cahiers des charges et la présentation des offres des candidats, ainsi que les échanges d'informations en cours d'exécution du contrat (y compris les factures et les paiements). On notera toutefois que de telles applications, contrairement à la publication des avis de marché, ne relèvent pas directement du domaine de compétence de la Commission: ces questions sont laissées à la libre appréciation commerciale des pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques. La Commission entend, bien entendu, rester étroitement associée au développement de ces applications: elles affecteront certainement de manière significative la réglementation communautaire dans le secteur des marchés publics et il convient de ne pas négliger le danger, réel, que des systèmes nationaux incompatibles ne viennent à créer de nouveaux obstacles majeurs aux échanges internes (et externes).

4.26 Le système à mettre en place doit être doté de la flexibilité lui permettant de relever le défi que constitue l'évolution permanente du secteur des marchés publics. Les directives sur les marchés publics ne contenant pas de dispositions traitant spécialement de la technologie de l'information, les règles existantes seront, chaque fois que

possible, interprétées d'une manière permettant d'adapter leur application aux innovations éventuelles. Même si la Commission est partie de l'hypothèse qu'aucune modification au cadre réglementaire des marchés publics ne sera proposée, il n'est pas exclu que, dans certains domaines, des évolutions de nature technique ne remettant pas en cause les principes fondamentaux du système actuel, rendent néanmoins nécessaire la présentation de propositions législatives spécifiques. Les procédures électroniques de passation des marchés publics pourraient être un de ces domaines.

e) Les expériences hors de l'Union européenne²⁶

4.27 Même si l'on ne dispose d'aucune certitude sur la manière dont les technologies de l'information seront intégrées au secteur des marchés publics dans les années à venir, on peut néanmoins se référer à quelques exemples importants. C'est ainsi que l'administration américaine a confié la diffusion de l'information sur les avis de marché à une douzaine de sociétés privées, agréées à cet effet, qui ont développé des réseaux dits à valeur ajoutée (ou RVA). Ces réseaux fournissent des informations d'excellente qualité sur les possibilités offertes par les marchés publics aux Etats-Unis et à l'étranger. Une participation similaire du secteur privé peut être constatée au Canada. Compte tenu de la valeur commerciale des données sur les marchés publics, le secteur privé pourrait, également en Europe, être intéressé par leur diffusion, même si le multilinguisme dans l'Union pourrait constituer un frein à cette évolution. À cet égard, la Commission accueillera favorablement toute manifestation d'intérêt de la part des opérateurs du secteur privé. Il convient de réfléchir aux moyens d'améliorer les informations disponibles sur les fournisseurs potentiels de produits et services, ainsi que sur la façon dont le secteur privé pourrait être incité à fournir l'infrastructure nécessaire pour que les relations commerciales avec les pouvoirs adjudicateurs s'opèrent par voie électronique. Ces questions exigent une réflexion approfondie de la part de toutes les parties intéressées, notamment pour définir les modalités d'une coopération au niveau de la conception des outils et services nécessaires.

4.28 L'introduction de l'électronique dans le secteur des marchés publics est un phénomène mondial. Tous nos principaux partenaires commerciaux ont déjà lancé des programmes ambitieux pour mettre au point des modes d'accès électroniques intégrés aux informations sur leurs marchés publics et pour généraliser, pour leurs achats, le recours aux procédures électroniques de mise en concurrence. Comme nombre d'innovations récentes et passionnantes, ces évolutions sont à la fois riches de possibilités et lourdes de menaces. Au nombre des possibilités, on citera notamment la plus grande disponibilité des informations concernant les marchés publics: des logiciels perfectionnés permettent maintenant aux fournisseurs d'obtenir toutes les informations qu'ils souhaitent en poussant un simple bouton, quelle que soit leur localisation géographique. Du côté des menaces, il est à craindre que les considérations de politique nationale et les intérêts nationaux pèsent trop lourdement sur les gouvernements. Cela pourrait entraîner la mise en place de systèmes techniquement incompatibles qui rendraient la communication plus difficile, ce qui empêcherait de récolter les bénéfices attendus des procédures électroniques de passation des marchés. Avec le soutien de la Commission, le comité des marchés publics de l'organisation

²⁶ Voir également chapitre 6.

mondiale du commerce (OMC) - qui traite des questions concernant l'application de l'accord sur les marchés publics (AMP) - a commencé à examiner la question de l'application des technologies de l'information dans le secteur des marchés publics. Il y a aussi des invitations de l'industrie pour examiner la possibilité d'établir un système d'achat public par voie électronique compatible entre l'Union européenne et les Etats Unis. Les discussions entreprises au sein du comité AMP visent aussi à dégager un consensus sur les systèmes compatibles entre tous les pays signataires de l'AMP. Les questions essentielles touchant à la définition de normes et de procédures techniques internationalement acceptées seront donc traitées.

f) Conclusion

4.29 Après avoir analysé les réactions au présent Livre vert, la Commission se propose de publier un document d'orientation sur les procédures électroniques en matière de marchés publics qui tiendra notamment compte des réflexions sur le commerce électronique et sur la société de l'information. L'objectif est d'élaborer, avec l'aide des Etats membres, un programme d'action qui préciserait les modalités selon lesquelles ces procédures électroniques pourraient être développées au cours des cinq années à venir.

V. Questions

1. Une importance suffisante a-t-elle été accordée au suivi de la bonne application des règles de passation des marchés publics en tant qu'instrument permettant de prévenir les problèmes ou de détecter des infractions éventuelles? Y a-t-il des suggestions visant à améliorer les systèmes de suivi de la Communauté et des Etats membres? L'idée d'un suivi transfrontalier mérite-t-elle d'être exploitée plus avant, par exemple sous la forme d'un observatoire européen qui évaluerait dans quelle mesure les marchés sont dévolus conformément à la réglementation sur les marchés publics?
2. Il est essentiel de disposer de mesures d'incitation pour promouvoir l'efficacité des procédures de suivi dans le secteur. Quels sont les types de mesures (vérifications croisées, publication des résultats obtenus, primes, etc.) qui pourraient être appliquées au niveau national?
3. Etes-vous satisfaits des informations fournies par la Commission ou les Etats membres sur les questions concernant les marchés publics? Quelle serait, à votre avis, l'utilité d'un bulletin d'information qui ferait régulièrement le point sur les évolutions récentes du secteur et stimulerait les échanges de vues et d'expériences au niveau européen?
4. Quelles sont les autres sources d'information existantes? Quelles sont les informations à caractère statistique qui pourraient répondre à un besoin d'information et de transparence?

5. Il existe aujourd'hui dans le cadre de la réglementation en matière de protection des intérêts financiers, des dispositions réglementaires prévoyant l'obligation pour les Etats de communiquer régulièrement à la Commission les cas de fraude ou irrégularité. Ces obligations sont déjà d'application dans les dossiers des marchés publics avec financement communautaire. Ce système d'informations pourrait-il être étendu à l'ensemble des marchés publics ?
6. Votre Etat membre a-t-il pris des initiatives en matière de formation (dans l'affirmative, donnez des détails)? Consacre-t-on suffisamment d'attention aux formations portant sur l'application des technologies de l'information aux marchés publics?
7. Est-il nécessaire de mettre en place un programme communautaire pour promouvoir les activités de formation et assurer la généralisation des pratiques les plus adaptées en matière de passation des marchés publics? Quelle forme devrait-il revêtir et quelle devrait être sa durée? Comment faire en sorte que les Etats membres, les professionnels du secteur, les universités et les entreprises participent pleinement à un tel programme?
8. Quelles sont les améliorations qu'il convient d'apporter au supplément au Journal officiel et au bulletin quotidien des appels d'offres (TED)?
9. Les procédures électroniques de notification et de diffusion des avis sont-elles de nature à renforcer l'efficacité des procédures de passation des marchés publics et à rendre ces derniers plus accessibles aux fournisseurs? Peuvent-elles contribuer à l'ouverture des marchés publics?
10. Quel est le meilleur moyen pour inciter les pouvoirs adjudicateurs à transmettre leurs avis de marché par voie électronique (volontariat ou obligation légale)? Quelles mesures incitatives peuvent-elles être envisagées à ce niveau?
11. Quels sont les facteurs que vous considérez comme essentiels pour exploiter tout le potentiel des procédures électroniques en matière de marchés publics? Quels doivent être les rôles respectifs de la Commission, des Etats membres, des pouvoirs adjudicateurs, des fournisseurs et des concepteurs de logiciels?
12. Le secteur privé est-il intéressé par la prestation de services d'information sur les marchés publics dans l'Union?
13. Doit-on donner une priorité particulière aux discussions visant à parvenir à un consensus avec nos principaux partenaires commerciaux sur la compatibilité technique des systèmes électroniques de passation des marchés publics?

5. LES MARCHES PUBLICS ET LES AUTRES POLITIQUES COMMUNAUTAIRES

La politique des marchés publics a une incidence positive sur les autres politiques communautaires. Par exemple, en rendant plus transparent l'accès au marché, elle ouvre aux PME de nouveaux débouchés potentiels. Toutefois, ces entreprises rencontrent encore un certain nombre de difficultés pour participer efficacement aux marchés publics. La Commission présente ici des mesures qui pourraient être susceptibles d'améliorer cette situation.

Dans le domaine de la normalisation, la Commission songe à intensifier les efforts, de concert avec les entreprises, pour que les organismes de normalisation mettent au point des normes européennes à utiliser dans les cahiers de charges et qui permettent une ouverture effective des marchés publics.

Les engagements financiers considérables nécessaires à la réalisation des réseaux transeuropéens sont encouragés par les procédures de passation des marchés prévues par les directives garantissant aux investisseurs une rentabilité acceptable. La Commission est prête à clarifier le cadre législatif si cela s'avérait nécessaire pour assurer le partenariat public-privé dans ce domaine.

L'application correcte des règles communautaires permet aussi d'affecter les ressources communautaires provenant des fonds structurels et régionaux de la manière la plus efficace. Dans cette perspective, la Commission propose un certain nombre de mesures susceptibles d'améliorer le respect de ces règles dans les procédures de passation de marchés cofinancés par ces fonds. Le Livre vert décrit la situation pour ce qui concerne les marchés passés par les institutions communautaires ou par des pays tiers bénéficiaires de ressources communautaires.

La réglementation des marchés publics peut contribuer à la réalisation des objectifs des politiques sociale et environnementale. Une description des possibilités offertes à ces fins par les directives figure dans ce chapitre. A la suite du débat lancé par le Livre vert, la Commission examinera comment intégrer davantage les aspects sociaux et environnementaux dans l'application de cette réglementation.

Enfin, la Commission accueillera favorablement toute initiative visant à renforcer la concurrence dans le domaine des marchés de la défense, en vue d'assurer une identité européenne dans la politique de sécurité et de défense et d'améliorer en même temps la compétitivité de notre industrie.

I. PME

5.1 La plupart de nos grandes entreprises ont maintenant acquis une expérience considérable dans l'adjudication de marchés publics à l'étranger. Elles sont généralement bien placées pour se procurer des informations sur tel ou tel appel d'offres et suffisamment expérimentées pour y participer. Elles continuent souvent à

introduire des offres à travers leurs filiales ou des consortia dont le chef de file est issu du même Etat membre que celui de l'organisme acheteur. L'obtention directe d'un marché dans un autre Etat membre reste limitée. Ce dernier constat est également vrai pour les petites et moyennes entreprises (PME), qui ont davantage de difficultés en raison de leur taille. En effet, même si une enquête réalisée en 1994 par les Euro Info Centres concernant les PME²⁷ a permis d'identifier des entreprises ayant obtenu des contrats dans d'autres Etats membres, il ne s'agit que de cas isolés qui ne permettent pas une généralisation.

5.2 Pourtant, une participation plus large des PME aux marchés publics serait nécessaire étant donné leur importance dans l'économie européenne: ces entreprises réalisent en effet plus de 65 % du chiffre d'affaire généré par le secteur privé dans l'Union. Cette participation accrue conduirait à la constitution d'un noyau de PME capables de saisir les occasions offertes par l'ouverture des marchés publics, non seulement au sein de l'Union européenne, mais aussi dans les pays couverts par l'accord du GATT sur les marchés publics (voir chapitre 6) et, en même temps, permettrait à terme à ces entreprises de contribuer davantage à la croissance, à la compétitivité et à l'emploi. Les objectifs fondamentaux d'un marché intérieur dans le domaine des marchés publics (élargissement de l'éventail de fournisseurs valables auxquels peuvent faire appel les pouvoirs adjudicateurs et renforcement de la compétitivité de l'industrie communautaire) ne pourront être atteints que si les PME elles aussi disposent d'un accès réel aux marchés européens.

5.3 À partir des travaux engagés sur la base de différentes communications ou résolutions consacrées aux PME et au Marché intérieur²⁸, il a été possible d'identifier toute une série d'obstacles rencontrés par les PME, non seulement durant la procédure de passation des marchés, mais également en amont et en aval de celle-ci.

5.4 Ainsi, déjà dans la phase de programmation de leur activité d'entreprise, les PME ont des difficultés à s'organiser en vue d'une participation efficace aux marchés qui les intéressent. Cela est dû aux difficultés d'adaptation de leurs activités aux besoins

²⁷ Enquête sur les effets du marché intérieur réalisée auprès de plus de 140 PME dans douze États membres. Voir communiqué de presse de la Commission IP(95) 364 du 10.4.95.

²⁸ Voir, par exemple, les communications de la Commission: COM(90)166, du 7.5.90, "Promotion de la participation des PME aux marchés publics dans la Communauté"; SEC(92)722, du 1.6.92, "La participation des PME aux marchés publics dans la Communauté"; SEC(92)1052, du 3.6.92, "Communication de la Commission au Conseil relative aux orientations pour des mesures en faveur des industries fournissant les secteurs dits exclus dans les régions de la Communauté en retard de développement"; SEC(92)2214, du 18.11.92, "Le problème des délais de paiement dans les transactions commerciales"; COM(93)632, du 22.12.93, "Tirer le meilleur parti du Marché intérieur: Programme stratégique"; COM(94)207, du 3.6.94, "Programme intégré en faveur des PME et de l'artisanat"; les résolutions du Conseil du 22.11.93, JOCE n° C 326/1, "sur le renforcement de la compétitivité des entreprises notamment des petites et moyennes entreprises et de l'artisanat, et le développement de l'emploi" et du 22.4.96, JOCE n° C 130/1, "sur la coordination des activités communautaires en faveur des petites et moyennes entreprises et de l'artisanat"; la résolution du Parlement, du 21.4.93, JOCE n° C 150/71, sur les communications de la Commission au Conseil "Vers un marché européen de la sous-traitance" et sur "la participation des PME aux marchés publics dans la Communauté".

du marché, au manque de renseignements pratiques sur les marchés existant dans leur secteur, au manque de personnel formé et d'assistance technique nécessaire à la maîtrise des procédures de pré-qualification, notamment dans les secteurs spéciaux, et, le cas échéant, à la préparation des offres, aux problèmes rencontrés pour satisfaire aux exigences imposées en matière de certification de qualité, au fait qu'il y a souvent une trop grande disproportion entre la taille de ces entreprises et celle des marchés couverts par les directives et pour lesquels il y a une mise en concurrence communautaire. A ce dernier problème s'associe la difficulté de réaliser des formes de partenariat efficaces et avantageuses entre PME.

5.5 Dans la phase de passation des marchés, les PME se trouvent également confrontées à un certain nombre de problèmes. Par exemple, la difficulté d'accéder rapidement aux informations nécessaires pour préparer les offres, notamment en ce qui concerne l'identification et l'interprétation des avis de marchés potentiellement intéressants, de l'objet du marché, des réglementations applicables (règles nationales y compris), des normes et spécifications techniques à respecter. En particulier, il résulte d'une étude récente²⁹ que l'envoi tardif des cahiers des charges de la part des pouvoirs adjudicateurs constitue une entrave réelle à la participation des PME, car il entraîne dans des nombreux cas (plus de 50% des cas examinés) l'impossibilité de présenter une offre valable dans les délais. Les coûts de présentation des offres de même que la recherche de garanties financières à des taux concurrentiels constituent également des obstacles non négligeables pour ces entreprises.

5.6 Même dans la phase d'exécution des marchés, les PME rencontrent des difficultés particulières, par exemple, pour répondre aux exigences des garanties de bonne exécution qu'elles ont acceptées lors de la conclusion des contrats, pour obtenir le paiement de leurs prestations ou de leurs fournitures sans retard, pour régler les litiges éventuels suivant des procédures rapides et peu coûteuses ou pour disposer d'une protection adéquate en tant que sous-traitants.

5.7 Devant ces problèmes, des actions ont déjà été entamées au plan communautaire. En ce qui concerne l'aspect "information", certains réseaux parrainés par la Communauté (y compris un noyau d'Euro Info Centres spécialisés dans les marchés publics) proposent déjà des services d'information et d'appui, en coopération avec des consultants privés. Ces réseaux, auxquels s'ajoutent un certain nombre de services locaux, sectoriels ou nationaux, fournissent des informations même sur les marchés d'un montant inférieur aux seuils des directives ainsi que des renseignements supplémentaires sur les projets de marchés publics de certains pouvoirs adjudicateurs. En outre, la nouvelle présentation des avis d'appels d'offres publiés chaque jour dans le Journal officiel facilite certainement la tâche des PME qui y ont accès pour se procurer des informations suffisantes sur les possibilités de marchés, en particulier dans les autres Etats membres.

²⁹ Euro Info Centre Aarhus County, "Analysis of irregularities occurring in tender notices published in the Official Journal of the European Communities 1990-1993", étude présentée à la Commission en 1996.

5.8 La Commission a également adopté un certain nombre de mesures visant à fournir des informations et une assistance technique aux PME des régions défavorisées pour leur permettre de prendre part aux marchés publics européens. Parmi ces mesures figurent l'initiative PRISMA³⁰ (Préparation des entreprises dans la perspective du marché intérieur) jusqu'en 1994 et les nouvelles initiatives PME³¹ et INTERREG II³² qui couvrent aussi la promotion du partenariat entre PME de différents Etats membres ainsi que la formation spécialisée.

5.9 La Commission considère que d'autres initiatives devraient être prises. Les commentaires sont les bienvenus sur les possibilités d'action qui sont envisagées dans cette perspective et décrites ci-après.

5.10 Au niveau de l'information générale, la rédaction d'un guide pratique expliquant aux PME les moyens de se préparer à la participation aux marchés publics, ainsi que l'élaboration de documents interprétatifs sur des aspects de l'application des directives intéressant plus particulièrement ces entreprises, tels que la division des marchés en lots, la publication des avis indicatifs, le problème des délais pour la diffusion de la documentation concernant les marchés, pourraient s'avérer utiles.

5.11 Quant à l'information sur les marchés spécifiques, on pourrait envisager l'adaptation de TED aux besoins particuliers des PME. Une autre possibilité serait de profiter de la popularité croissante du réseau Internet et du World Wide Web pour permettre à un public beaucoup plus large d'accéder à ces informations. Rien ne s'y oppose vraiment sur le plan technique mais le succès de telles initiatives exigera sans doute une certaine coordination au niveau européen. Par ailleurs, il pourrait s'avérer utile de requérir davantage de transparence de la part des pouvoirs adjudicateurs, en encourageant l'utilisation du vocabulaire commun pour les marchés (CPV) et de formulaires standardisés pour les documents de la procédure, dans les limites du possible, ce qui faciliterait l'échange de données informatisées³³.

5.12 S'agissant de la préparation des procédures de marché, l'ouverture et la simplification des pratiques des pouvoirs adjudicateurs par le biais de la formation des agents travaillant dans le domaine des marchés publics, de l'échange de fonctionnaires et de l'échange d'informations sur les bonnes pratiques en la matière, ne pourraient que rendre plus aisée la participation des PME.

5.13 Etant donné leur taille, une participation effective des PME dans un marché qui s'internationalise toujours davantage serait plus facile si des formes de coopération entre ces entreprises étaient instaurées. C'est pourquoi il pourrait être utile d'approfondir la question de l'adéquation du Groupement européen d'intérêt

³⁰ PRISMA (91/C 33/05), JOCE n° C 33/9, du 8.2.91.

³¹ Initiatives PME (94/c 180/13), JOCE n° C 180/10, du 1.7.94.

³² INTERREG II (94/C 180/13), JOCE n° C 180/60, du 1.7.94.

³³ A ce propos, voir les arguments développés au chapitre 4.

économique (GEIE) pour promouvoir la coopération entre PME, surtout dans les marchés publics transfrontaliers.

5.14 Un aspect très important pour les PME, que les directives ne visent pas directement, est celui de la sous-traitance. Il faut rappeler que la Commission est appelée "à poursuivre, en concertation avec les Etats membres, son rôle général d'impulsion, d'initiative et de coordination de mesures visant à la création d'un environnement favorable à la sous-traitance"³⁴. Dans cette perspective, des actions pourraient être lancées dans ce domaine, comme par exemple, améliorer le réseau des bases de données qui existent actuellement et qui donnent des informations sur la sous-traitance ou encourager l'élaboration de codes agréés de bonne pratique et de clauses contractuelles types. Afin de mesurer l'importance économique du phénomène de la sous-traitance en Europe, des enquêtes pilotes ont été réalisées dans 10 Etats membres sur la base d'une méthodologie commune élaborée par Eurostat. Ces enquêtes ont été menées auprès d'entreprises sous-traitantes ou donneurs d'ordre de trois secteurs économiques (automobile, électronique, textile/habillement) et les résultats seront publiés d'ici la fin 1996.

5.15 Un autre aspect qui intéresse de près les PME est celui des délais de paiement. A ce sujet, la Commission, après avoir procédé à de larges consultations, a adopté une recommandation aux Etats membres³⁵. Celle-ci les invite à garantir le respect, par leurs pouvoirs adjudicateurs, d'une certaine discipline en matière de paiement. Sont ainsi prévus, par exemple, un délai au terme duquel les paiements devront être effectués ainsi que le paiement d'intérêts de retard. Les Etats membres doivent remettre un rapport sur la mise en oeuvre de cette recommandation pour la fin de 1997. La Commission serait d'ores et déjà intéressée à recevoir les réactions des acteurs concernés sur cette question.

5.16 Plus généralement, la Commission considère que l'accès effectif des PME aux marchés publics pourrait être réalisé grâce à une série de mesures concrètes basées sur une analyse approfondie des besoins et des opportunités pratiques de ces entreprises, et notamment grâce au développement de réseaux de services qui soutiennent leur activité en fournissant les informations nécessaires, une assistance technique ainsi qu'une formation appropriée. A la suite de la consultation lancée par ce Livre vert, la Commission a l'intention de présenter une communication sur les mesures qu'elle propose dans ce domaine.

³⁴ Voir Résolution du Conseil du 26 septembre 1989, relative au développement de la sous-traitance dans la Communauté, JOCE n° C 254/1, du 7.10.89.

³⁵ Recommandation de la Commission sur les délais de paiement dans les transactions commerciales, JOCE n° L 127/19 du 10.6.95 et n° C 144/3, du 10.6.95.

II. Normalisation

5.17 Les normes et les spécifications techniques qui désignent les caractéristiques des ouvrages, des fournitures ou des services faisant l'objet des marchés jouent un rôle crucial dans les efforts d'ouverture des marchés publics. L'utilisation de normes nationales peut fortement restreindre l'accès des fournisseurs non nationaux à ces marchés. A cet égard, les directives prévoient que les pouvoirs adjudicateurs aient recours à une définition des spécifications techniques par référence aux normes ou agréments techniques européens sans préjudice des règles techniques nationales obligatoires pour autant que celles-ci soient compatibles avec le droit communautaire. On s'est efforcé, dans les directives, de résoudre ce problème en obligeant les pouvoirs adjudicateurs à se référer à des normes européennes lorsqu'elles existent. Munis de mandats donnés par la Commission, dans le cadre de la résolution du Conseil de 1985 concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation³⁶, les organismes européens de normalisation (CEN, CENELEC, ETSI) ont mis au point de nombreuses normes européennes qui sont ensuite transposées au niveau national. En outre, des mandats ont été confiés dans un certain nombre d'occasions en relation avec les marchés publics. Cet effort doit s'intensifier car on constate encore aujourd'hui un cloisonnement *de facto* de certains marchés, essentiellement attribuable à l'insuffisance des efforts de normalisation. La Commission examine actuellement, de concert avec les entreprises, dans quels domaines de nouveaux mandats seraient nécessaires. Elle accueillera avec intérêt toute observation des parties intéressées sur la question générale de la normalisation et des spécifications techniques dans le domaine des marchés publics, ainsi que toute remarque tendant à identifier les secteurs dans lesquels l'absence de norme européenne rend problématique l'ouverture des marchés publics.

III. Réseaux transeuropéens (RTE) et les transports en particulier

5.18 Le traité de Maastricht dispose que l'Union européenne doit promouvoir la mise en place d'un ensemble de réseaux transeuropéens (RTE) dans les secteurs du transport, de l'énergie et des télécommunications. En menant à bien cette tâche, on contribuera à une exploitation optimale des occasions qu'offre le marché intérieur: investir dans les RTE c'est investir dans notre avenir. Cette politique est capitale pour la compétitivité générale de l'économie de l'Union et, à la fois directement et indirectement, pour la création d'emplois. Plusieurs grands projets sont déjà en cours, tels que la construction du tronçon ferroviaire et routier de l'Øresund reliant le Danemark et la Suède, la modernisation de l'aéroport de Malpensa à Milan et la construction d'une liaison ferroviaire entre Cork et Stranraer. Cependant, les progrès ont été lents concernant d'autres projets prioritaires.

5.19 Dans un contexte de budgets nationaux toujours plus serrés, le Conseil européen a souligné toute l'importance des financements privés dans les efforts que l'Union déploie pour accroître les investissements dans les infrastructures RTE. Il est de

³⁶ Résolution du 7.4.85, JO C 136/1, du 4.6.85

plus en plus improbable que des projets d'investissement soient uniquement financés par les subventions des administrations locales ou nationales. Ces projets exigeant des engagements financiers massifs, il faut trouver de nouvelles manières de se procurer des capitaux. De nombreuses organisations du secteur privé ont clairement indiqué qu'elles étaient de plus en plus disposées à investir de façon importante dans les projets RTE et qu'elles sont prêtes à le faire par l'apport de capital-risque, mais un certain nombre d'obstacles doivent encore être surmontés.

5.20 Dans son rapport au Conseil européen de Madrid (décembre 1995), la Commission décrivait divers moyens de lever les obstacles au financement privé des projets RTE. Outre la difficulté de garantir une rentabilité acceptable, était aussi mentionné le problème des risques non commerciaux liés au changement de politique des pouvoirs publics. La Commission examine actuellement cette question. Pour sa part, le secteur privé s'est montré préoccupé par l'application des règles communautaires en matière de marchés publics, et l'on considère dans certains milieux que les directives peuvent gêner la participation du secteur privé.

5.21 L'objectif final des directives communautaires relatives aux marchés publics est de créer les conditions d'une concurrence loyale et ouverte pour l'obtention de ces marchés dans le marché intérieur. Leur but est de faciliter, et non pas de gêner, la participation du secteur privé aux projets. La Commission considère que les règles communautaires concernant les marchés publics sont de nature à faciliter la participation de ce secteur aux réseaux transeuropéens, sans qu'il soit nécessaire, en l'état actuel des choses, de modifier le cadre juridique existant. Dans le cas où il s'avérerait nécessaire de clarifier ce cadre, la Commission est prête à aborder les différentes questions qui se posent avec les parties intéressées pour faire en sorte que la collaboration des secteurs publics et privés ne soit nullement entravée. En outre, comme elle l'indique dans son rapport au Conseil européen de Madrid, la Commission a mis en place un guichet d'information spécial "RTE" capable de répondre à toutes les questions de partenaires privés participant aux RTE.

5.22 À l'heure actuelle, les entreprises ont identifié trois grands problèmes qui, sans être exclusivement liés aux projets RTE, sont certainement d'une très grande importance dans ce domaine particulier. Ils portent respectivement sur la phase préalable à l'émission de l'appel d'offres, sur l'octroi de concessions à des consortia et sur l'usage de la procédure négociée³⁷.

a) La phase précédant l'appel d'offres

5.23 Le secteur privé, craignant une infraction potentielle au principe de l'égalité de traitement, a fait part de sa réticence à s'engager dans une quelconque étude ou discussion avant la publication de l'appel d'offres sans avoir l'assurance qu'il ne sera pas exclu par la suite des procédures de passation. La Commission reconnaît qu'étant donné la complexité de la plupart des projets - dont certains peuvent exiger des solutions jamais envisagées auparavant -, un dialogue technique entre pouvoirs adjudicateurs et partenaires privés intéressés peut s'avérer nécessaire avant la

³⁷ Voir discussion au chapitre 3.

publication de l'appel d'offres. Si les pouvoirs adjudicateurs, par la mise en place de garde-fous spécifiques - concernant aussi bien le fond que la procédure - évitent de solliciter ou d'accepter des informations qui auraient pour effet de restreindre la concurrence, le principe de l'égalité de traitement ne sera pas enfreint.

b) L'octroi de concessions à des consortia

5.24 Comme indiqué précédemment, l'octroi d'une concession de travaux publics est la voie habituelle par laquelle le secteur privé est amené à participer, à ses risques, à la construction et à l'exploitation d'infrastructures en collaboration avec le secteur public. La Commission observe que, conformément aux règles communautaires applicables en la matière, il est essentiel que les consortia, participant à leurs propres risques, puissent soumissionner pour des concessions en sachant qu'ils pourront passer des contrats avec leurs associés pour les fournitures ou les prestations de services et de travaux nécessaires. Les dispositions de la directive "Travaux" applicables à l'octroi de concessions pour la construction d'infrastructures publiques de transport autorisent le consortium ayant remporté le marché à procéder de la sorte.

c) L'utilisation de la procédure négociée

5.25 L'attribution de marché de travaux et de services complexes peut justifier dans certains cas le recours à la procédure négociée. Dans la directive "Secteurs spéciaux", les entités adjudicatrices peuvent déjà librement choisir entre trois procédures (ouverte, restreinte ou négociée), qui impliquent une mise en concurrence préalable. En revanche, pour ce qui concerne les secteurs classiques, comme cela a déjà été souligné (voir chapitre 3), il n'est possible de recourir à la procédure négociée que dans des hypothèses bien déterminées et énumérées de façon exhaustive. Par exemple, la directive "Services" permet d'attribuer un marché par la voie de la procédure négociée lorsqu'un service est complexe et ne peut être spécifié avec suffisamment de précision, en particulier dans le domaine des services intellectuels. La directive "Travaux" quant à elle, autorise l'emploi de la procédure négociée dans certains cas exceptionnels lorsque, par exemple, il s'agit de travaux dont la nature ou les aléas ne permettent pas de fixer d'emblée un prix global.

IV. Marchés impliquant des fonds de l'Union

a) Les Fonds structurels et de cohésion

5.26 Au cours des deux dernières années, les fonds structurels et de cohésion ont participé pour plus de 50 milliards d'euros aux investissements des pouvoirs publics dans les Etats membres. Trente-quatre milliards d'euros supplémentaires ont été fournis par l'intermédiaire d'autres instruments financiers (dont les prêts de la Banque européenne d'investissement et les subventions provenant d'autres sources communautaires). Par ailleurs, l'Union envisage de dépenser 57 milliards d'euros sur les

ressources des fonds communautaires dans les deux années qui viennent. Il est clair que les Etats membres doivent avoir confiance dans le respect des règles, être convaincus que l'argent du contribuable est dépensé de la manière la plus efficace possible, et que le risque de fraude est réduit au minimum. Les règles communautaires en matière de marchés publics et celles relatives à la protection des intérêts financiers de la Communauté ont un rôle essentiel à jouer à cet égard, étant entendu qu'il ne peut y avoir discrimination dans leur application selon qu'il s'agit de marchés financés par des ressources nationales et des marchés pour lesquels une participation des fonds structurels et de cohésion est requise.

5.27 Le système actuel de contrôle des Fonds structurels repose sur une communication de 1989 de la Commission au Conseil³⁸, qui précise l'obligation faite aux Etats membres de vérifier systématiquement que les règles en matière de marchés publics ont été respectées et de confirmer, pour chaque demande de versement adressée à la Commission, que tel a bien été le cas. Toutefois, les Etats membres sont très peu nombreux à s'être dotés d'un mécanisme de contrôle systématique et complet en la matière. Pour sa part, la Commission ne peut débloquer les fonds qu'après avoir reçu expressément la confirmation que ces règles ont été respectées. Dans la négative (par exemple, si les appels d'offres n'ont pas reçu la publicité qui convenait), les financements peuvent être suspendus puis, le cas échéant, retirés et des procédures d'infractions peuvent être engagées. Il convient de préciser que, dans le cas du Fond de Cohésion ainsi que pour les grands projets au titre du Feder, une vérification ex-ante est systématiquement opérée lors de l'instruction des dossiers d'octroi des cofinancements.

5.28 La Commission doit s'en remettre de plus en plus aux Etats membres pour qu'ils s'acquittent de leurs obligations, étant donné en particulier l'augmentation constante du nombre de projets individuels. Le problème est devenu plus aigu et requiert une solution. En effet, depuis la réforme des fonds structurels, la gestion des ressources (notamment la sélection et le suivi des projets financés) incombe à chaque Etat membre. Or, il est clair que cette maîtrise accrue de la gestion des fonds doit s'accompagner d'une plus grande responsabilité vis-à-vis du respect des règles en matière de marchés publics. Il est donc capital d'améliorer les systèmes actuels de contrôle au niveau des Etats membres. Il convient de rappeler qu'une réflexion importante a été engagée dans le cadre de l'exercice SEM 2000 sur la nécessité de plus de transparence et de rigueur au travers de l'utilisation des fonds structurels. Des propositions concrètes dans ce sens seront soumises au Conseil européen de Dublin, visant à la fois à clarifier certains critères tout en privilégiant la coopération et le dialogue entre les Etats et la Commission dans le cadre du partenariat et l'intérêt des bénéficiaires. Les conditions d'application de correction financière en cas de fraudes et d'irrégularités sont également abordées, y compris dans le cas ultime de correction nette lorsqu'un Etat persisterait à ne pas remplir ses obligations de contrôle. Les travaux se poursuivront en 1997. Il faut en parallèle rappeler et souligner les obligations réglementaires de transparence en cas d'irrégularités ou de fraudes par la communication à la Commission des cas constatés.

³⁸ COM(88)2510, JOCE n° C22, du 28.1.89.

5.29 Bien que, finalement, ce soit aux Etats membres qu'incombe la responsabilité d'améliorer les procédures, la Commission fera tout ce qui est en son pouvoir pour que de meilleurs systèmes de contrôle soient mis en place dès que possible. Toute solution doit aller au-delà de la simple identification des problèmes particuliers posés par des projets précis. L'objectif doit être de créer un régime qui apporte une plus-value. Justification de l'emploi des fonds, efficacité et résultats doivent devenir des maîtres mots dans la gestion des fonds structurels. Les avantages en sont évidents: des économies considérables à tous les niveaux, une utilisation plus efficace de ressources limitées, l'amélioration de la situation de l'emploi dans les régions concernées, des citoyens davantage confiants que les deniers communautaires sont bien dépensés, des projets dont les utilisateurs sont satisfaits. Afin de prouver le souci que nous avons de la bonne utilisation de l'argent public et pour gagner l'adhésion du public, la Commission pense que les Etats membres devraient, dans le cas de chaque projet, faire savoir qu'il a été fait le meilleur usage possible des fonds dépensés.

5.30 Des modifications relativement légères des procédures permettraient d'améliorer le régime lui-même. On pourrait par exemple, pour chaque projet, prévoir que le fonctionnaire national responsable signe une déclaration précisant que les règles en matière de marchés publics ont été respectées. Ce type de déclaration engageant la responsabilité personnelle a déjà été utilisé dans d'autres domaines, de même que dans d'autres pays non communautaires, notamment aux Etats-Unis: il s'est avéré l'un des moyens les plus efficaces pour obtenir le meilleur rapport qualité-prix et pour prévenir la fraude. D'une manière plus générale, on pourrait envisager la mise au point d'un code de bonne conduite que les fonctionnaires nationaux s'engageraient à respecter. Bien entendu, la faisabilité de telles mesures devrait être étudiée à la lumière des différentes dispositions nationales relatives au statut des fonctionnaires.

5.31 L'idée de la responsabilisation individuelle est inspirée par la notion de prévention. Pour la gestion des Fonds structurels, notre politique doit être d'anticiper: mieux vaut en effet prévenir que guérir. L'application du système d'attestation (voir chapitre 3) aux pouvoirs adjudicateurs qui reçoivent des fonds communautaires permettrait d'améliorer considérablement la situation et donnerait l'assurance que chez les bénéficiaires il existe des mécanismes qui permettent tout aussi bien que dans le secteur privé, de justifier que le meilleur usage a été fait de l'argent dépensé. Il y va de notre intérêt commun. La certification, au moyen d'une attestation, de l'existence d'un système efficace de passation de marchés n'appelle qu'un léger effort des pouvoirs publics au regard de l'avantage que représentent les économies considérables réalisées sur les deniers communautaires.

5.32 Recourir à des autorités indépendantes (voir chapitre 3) pour veiller au respect de la réglementation en matière de marchés publics en ce qui concerne les fonds communautaires serait une proposition de plus grande envergure. Sans empiéter sur les compétences de la Commission, de tels organismes pourraient jouer un rôle majeur non seulement en surveillant le comportement des pouvoirs publics mais aussi en les conseillant. Ces fonctions pourraient aussi être imparties à une Cour des comptes nationale ou à une autorité indépendante analogue.

5.33 Des propositions au niveau de la simple application du régime ne permettront pas de résoudre tous les problèmes qui se posent. On ne parviendra à transformer - d'une manière permanente et structurelle - la passation de marchés publics dans lesquels interviennent des financements communautaires que si ces solutions spécifiques s'accompagnent d'un processus d'adaptation permanente en coopération étroite avec les Etats membres. Pour obtenir des changements réels et durables il sera peut-être nécessaire d'officialiser ces initiatives (par exemple pour instaurer le principe de la responsabilisation). Ceci est d'ailleurs conforme à l'esprit et aux objectifs poursuivis dans le cadre de l'exercice de "bonne et saine gestion financière" (SEM 2000) mené par la Commission et par les Représentants personnels des Etats membres, suite à l'impulsion donnée sur ce sujet par le Conseil européen de Madrid en 1995. Les conclusions de ce groupe confortent ces préoccupations de rigueur, de transparence dans la bonne utilisation des crédits et de partage des responsabilités, et seront présentées au Conseil européen de Dublin en décembre 1996.

5.34 Avec la mise en place, au niveau national, d'un système de contrôle amélioré, la Commission, pour sa part, pourrait concentrer ses efforts sur un contrôle *ex post* des projets (par exemple en collaboration étroite avec l'organisme indépendant désigné dans chaque Etat membre). Elle pourrait également être invitée à effectuer un audit des systèmes de contrôle institués dans chaque pays. En outre, la Commission s'efforcera d'améliorer, notamment par un recours aux technologies de l'information, les flux d'informations entre ses services et les Etats membres au sujet des projets en cours.

b) Les marchés passés par les institutions européennes ou financés par des pays tiers bénéficiaires de ressources communautaires

5.35 Pour l'attribution des marchés qu'elles passent pour leur fonctionnement, ainsi que pour la mise en oeuvre des différentes politiques dont la Communauté a la responsabilité, les institutions européennes sont tenues de se conformer aux mêmes obligations que celles qui incombent aux entités des Etats membres en vertu des directives "marchés publics", conformément aux dispositions de l'article 56 du Règlement financier³⁹. En outre, seuls les marchés passés par le Conseil et par la Commission sont soumis aux dispositions de l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce (voir chapitre 6). Les exceptions aux obligations découlant de ces textes concernent: a) pour l'accord AMP, les marchés passés dans le cadre de l'aide alimentaire; b) pour les obligations découlant de l'article 56 du Règlement Financier, les cas de dérogations prévus par les directives, auxquels il convient d'ajouter, conformément au Titre IX du Règlement financier, les marchés attribués dans le domaine des aides extérieures financées sur les budgets des Communautés, à l'exception des marchés publics de services passés dans l'intérêt de la Commission, auxquels le régime ordinaire s'applique. Bien entendu, pour tous ces marchés financés par le biais de ressources communautaires (Budget général, FEOGA), dans le cadre de programmes communautaires (tels que PHARE, TACIS, MEDA, etc.) et dans le cadre du FED, qui échappent à l'application des directives, des

³⁹ Règlement financier du 21.12.77, applicable au budget général des Communautés européennes. Dernière modification: règlement (CEE-Euratom-CECA) n° 2335/95 du Conseil, du 18.09.95 (JOCE n° L 240, du 7.10.95).

règles spécifiques ainsi que les principes fondamentaux en matière de passation de marchés, notamment ceux de transparence et d'égalité de traitement, restent applicables.

5.36 Ces obligations, de portée générale très large, ont été précisées par des modifications récentes du Règlement financier et le seront encore, par d'autres modifications que la Commission compte proposer en vue de cerner les dérogations précitées, et ceci dans le but d'en assurer une interprétation restrictive. Les démarches de la Commission s'intègrent dans son souci d'amélioration de la gestion financière, conformément aux orientations de l'opération SEM 2000.

5.37 Ce cadre législatif vise, en favorisant le recours à la concurrence, à permettre une meilleure utilisation du budget général des Communautés et des Fonds de coopération. Par conséquent, les services concernés doivent s'efforcer de l'appliquer de la manière la plus complète. La Commission voudrait savoir si les mesures prévues sont suffisantes pour assurer un accès équitable tant aux marchés passés par les institutions européennes qu'aux marchés passés par d'autres organismes ou par des pays tiers sur la base des programmes et avec des ressources communautaires. A cet égard, les pays tiers bénéficiant d'aide financée par le budget des Communautés devraient par ailleurs être invités à s'engager à respecter certaines obligations, notamment en matière de contrôle sur place en vue de déceler les irrégularités et les détournements, de récupérer des montants détournés et de sanctionner des agissements irréguliers

V. Marchés publics et aspects sociaux

5.38 La politique sociale de l'Union européenne contribue à promouvoir un niveau d'emploi et de protection sociale élevé (article 2 du traité CE), la libre circulation des travailleurs, l'égalité des chances entre hommes et femmes, le renforcement de la cohésion économique et sociale, l'amélioration des conditions de vie et de travail, un niveau élevé de protection de la santé, la promotion d'une éducation et d'une formation de qualité et l'insertion sociale de personnes handicapées et d'autres catégories désavantagées.

5.39 Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent être appelés à mettre en oeuvre les différents aspects de la politique sociale lors de la passation de leurs marchés, les achats publics pouvant constituer en effet un moyen significatif d'orientation de l'action des opérateurs économiques. Parmi les exemples illustrant cette situation, on peut citer les obligations légales en matière de protection de l'emploi et de conditions de travail dont l'application est obligatoire sur le lieu où est exécuté un marché de travaux ou encore ce que l'on appelle les "actions positives", c'est-à-dire le fait d'utiliser un marché public comme moyen pour atteindre l'objectif recherché, par exemple la constitution d'un marché captif pour un atelier protégé, dont on ne pourrait raisonnablement pas s'attendre à ce qu'il soutienne la concurrence d'entreprises commerciales classiques ayant un niveau de productivité normal.

5.40 Dans ces situations, le cadre légal résultant à la fois du traité CE et des directives reste applicable. C'est la raison pour laquelle depuis l'entrée en vigueur des directives sur les marchés publics, la question s'est constamment posée de savoir si et jusqu'à quel point ces objectifs sociaux pouvaient ou devraient être poursuivis, compte tenu des limites spécifiques qu'imposent les directives pour éviter la remise en cause de leur raison d'être.

5.41 Certaines dispositions, contenues dans toutes les directives, offrent une première possibilité en permettant l'exclusion des entrepreneurs qui ont été condamnés pour tout délit affectant leur moralité professionnelle ou qui, dans leur activité, ont commis une faute grave. Cela vaut évidemment aussi quand le délit ou la faute grave résultent de la violation d'une législation visant à promouvoir des objectifs sociaux. Donc, dans ces cas, les dispositions susmentionnées permettent indirectement aux pouvoirs adjudicateurs de poursuivre des objectifs sociaux, en excluant des procédures de passation de marché les candidats qui n'auraient pas respecté une telle législation.

5.42 Une deuxième possibilité consiste à poser comme condition d'exécution des marchés publics adjugés le respect d'obligations à caractère social, visant par exemple à promouvoir l'emploi des femmes ou à favoriser la protection de certaines catégories désavantagées. A cet égard, la vérification d'une telle condition devrait avoir lieu en dehors de la procédure de passation de marché (voir l'arrêt Beentjes, précité, ainsi que la Communication de la Commission sur les aspects sociaux et régionaux des marchés publics⁴⁰). Bien entendu, seules sont autorisées les conditions d'exécution qui n'ont pas d'incidence discriminatoire, directe ou indirecte, à l'égard des soumissionnaires provenant d'autres Etats membres. En outre, une transparence adéquate doit être assurée par la mention de ces conditions dans les avis de marché ou dans les cahiers des charges.

5.43 En revanche, les dispositions des directives ne permettent pas, au stade actuel, de prendre en compte les préoccupations d'ordre social dans la phase de vérification de l'aptitude des soumissionnaires ou des candidats sur la base des critères de sélection, concernant la capacité économique, financière ou technique, ni dans la phase de l'attribution des marchés sur la base des critères d'adjudication, qui doivent correspondre aux qualités économiques inhérentes à la prestation faisant l'objet du marché. Par contre, il faut ajouter que, en ce qui concerne les marchés en dessous des seuils d'application des directives, les organismes acheteurs peuvent introduire dans les critères d'adjudication des préférences de caractère social, pourvu qu'elles soient étendues, sans discrimination, à tous les sujets communautaires présentant les mêmes caractéristiques.

5.44 Dans ce contexte, la question se pose de savoir tout d'abord s'il existe un besoin d'éclaircissement, par le biais d'une communication interprétative, des possibilités offertes pour les différentes catégories concernées par le droit des marchés publics en vue de réaliser les objectifs communautaires et nationaux de politique sociale et ensuite, de savoir si ces possibilités sont suffisantes pour répondre aux besoins ou si d'autres mesures s'imposent pour assurer la réalisation de ces objectifs dans l'application des règles communautaires sur les marchés publics, tout en sauvegardant une concurrence loyale.

⁴⁰ Communication de la Commission du 22.9.89, COM(89)400 final, JOCE n° C311, du 12.12.89.

VI. Marchés publics et environnement

5.45 La politique de protection de l'environnement est devenue l'une des politiques les plus importantes au niveau communautaire, d'abord à la suite des modifications du traité CE en vertu de l'Acte Unique, puis du traité de Maastricht. Plus de 200 actes législatifs ont été adoptés concernant, entre autres, la lutte contre la pollution de l'atmosphère, des eaux et de la terre, la gestion des déchets, les normes de sécurité des produits, l'évaluation de l'impact sur l'environnement, ainsi que la protection de la nature. En outre, l'article 130R du traité CE prévoit que les exigences en matière de protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en oeuvre des autres politiques de la Communauté. Un certain nombre d'Etats membres ont, pour leur part, développé des politiques très avancées de sauvegarde de l'environnement.

5.46 Dans ce secteur particulier, on observe que les Etats membres (et leurs émanations) intègrent de plus en plus des considérations environnementales dans leurs pratiques en matière de marchés publics. En raison de leur taille, ces marchés peuvent en effet avoir des répercussions très importantes sur certaines activités économiques, voire même s'avérer déterminants pour le développement commercial de certains produits. Le gouvernement danois vient ainsi d'adopter récemment un "Plan d'action pour une politique "verte" dans le domaine des marchés publics". D'autres Etats membres étudient également les mesures susceptibles d'être prises pour promouvoir l'achat de produits et services "verts". En outre, l'OCDE a récemment adopté une Recommandation sur l'amélioration des résultats des gouvernements en vue de la protection de l'environnement⁴¹, selon laquelle les pays membres, et notamment les gouvernements, devraient établir et mettre en oeuvre des politiques d'achat de biens et de services respectueux de l'environnement.

5.47 Certes, l'application des directives en matière de marchés publics laisse aux pouvoirs publics une marge de manoeuvre pour promouvoir la défense de l'environnement. A ce propos, il est sans doute opportun d'éclaircir les possibilités offertes par les dispositions à caractère général prévues par la législation actuelle pour prendre en compte des soucis environnementaux et, en même temps, de préciser les limites de ces possibilités.

5.48 En premier lieu, de même que pour les aspects sociaux, la sauvegarde de l'environnement peut être assurée par le biais de législations spécifiques dont la violation entraîne la condamnation de l'entrepreneur pour un délit affectant sa moralité professionnelle ou la reconnaissance d'une faute grave de sa part en matière professionnelle. Dans ces cas, les directives permettent aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices d'exclure des procédures de passation de marchés tout entrepreneur coupable de la violation de ces règles.

⁴¹ Recommandation du Conseil de l'OCDE C(596)39 fin, du 20.2.96.

5.49 En deuxième lieu, la protection des valeurs environnementales peut trouver sa place dans les prescriptions techniques concernant les caractéristiques des ouvrages, des fournitures ou des services faisant l'objet des marchés, à savoir les spécifications techniques que les organismes acheteurs doivent indiquer dans les documents généraux des marchés et auxquelles les soumissionnaires doivent se conformer, selon les directives. Des efforts devraient être faits pour développer des normes européennes ou des spécifications techniques communes visant à incorporer et à valoriser les aspects environnementaux tout en évitant des implications négatives pour le marché intérieur résultant de l'établissement de critères trop différenciés. Un exemple d'une telle spécification pourrait être un éco-label européen, conforme au droit communautaire. En tout état de cause les organismes acheteurs peuvent d'ores et déjà encourager le développement d'une approche active des entreprises vis-à-vis de l'environnement, en évitant de refuser dans leurs marchés -comme cela est arrivé- les offres de produits contenant des pièces reconditionnées ou des matériaux recyclés, alors que les performances techniques de ces produits répondent aux exigences définies dans les cahiers des charges.

5.50 En troisième lieu, les dispositions des directives permettent dans certaines conditions l'intégration de l'objectif de la protection de l'environnement dans les critères de sélection des candidats aux marchés. Ces critères visent à tester les capacités économiques, financières et techniques des candidats et, par conséquent, peuvent incorporer des préoccupations environnementales en fonction de la capacité exigée à l'occasion de marchés spécifiques.

5.51 En quatrième lieu, en ce qui concerne la phase de l'attribution des marchés, des éléments environnementaux pourraient jouer un rôle dans l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse, mais uniquement dans le cas où la référence à ces éléments permet de mesurer un avantage économique, propre à la prestation faisant l'objet du marché, au bénéfice direct du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice. Pour les marchés en dessous des seuils d'application des directives, les préférences environnementales peuvent constituer le critère d'adjudication, à la condition qu'elles ne soient pas discriminatoires, mais ouvertes à tous les soumissionnaires communautaires, sur la base du principe de la reconnaissance mutuelle.

5.52 En cinquième lieu, les organismes acheteurs peuvent assurer la protection de l'environnement par le biais des conditions d'exécution imposées aux adjudicataires des marchés sur une base contractuelle. En d'autres termes, un pouvoir adjudicateur peut demander au fournisseur dont l'offre a été retenue que l'exécution de la prestation qui fait l'objet du contrat se fasse dans le respect de certaines contraintes visant à sauvegarder l'environnement. Bien entendu, ces conditions d'exécution ne doivent pas présenter un caractère discriminatoire, ni affecter en rien le bon fonctionnement des mécanismes du marché intérieur. En outre, il faut assurer que les participants aux marchés disposent d'une connaissance adéquate de l'existence de ces conditions, au travers de la publication dans les avis de marché ou dans les cahiers des charges. Finalement, la vérification de la capacité de l'adjudicataire d'assurer l'exécution du marché dans le respect de ces conditions devrait avoir lieu en dehors de la procédure de passation de marché.

5.53 Dans le cadre des possibilités rappelées ci-dessus, la Commission souhaiterait vivement recevoir des informations sur l'expérience acquise par les Etats membres ou par les pouvoirs adjudicateurs eux-mêmes sur la manière dont ils prennent en considération les préoccupations environnementales dans leurs achats. La Commission, dans sa proposition de décision sur la révision du 5e Programme d'action pour l'environnement, a déjà indiqué que des actions complémentaires pourraient être nécessaires pour mieux intégrer les considérations environnementales dans l'application des règles communautaires sur les marchés publics, tout en sauvegardant le respect de la concurrence.

VII. Marchés publics dans le secteur de la défense

5.54 En 1990, les dépenses engagées par les ministères de la défense, dans l'Union européenne, au titre des marchés de défense se sont élevées à un chiffre de 65 à 70 milliards d'écus au total. Bien qu'une grande partie (environ un tiers) de ces achats soient déjà couverts par les directives sur les marchés publics, les avantages de l'ouverture des marchés dans ce secteur ne sont pas encore pleinement exploités. Une étude effectuée pour la Commission en 1992 sur les coûts de la non-Europe pour les marchés de défense, y compris les marchés d'équipement militaire, montrait que des économies majeures (de l'ordre -en 1990- de 5 à 11 milliards d'écus, suivant les différentes situations envisageables) pouvaient être réalisées dans ce secteur. La Commission accueillera favorablement toute initiative visant à renforcer la concurrence dans le domaine des marchés de défense, ce qui permettra non seulement des économies directes, mais également des économies d'échelle, grâce à l'allongement des séries de production et débouchera à terme sur un renforcement de la compétitivité de l'industrie européenne dans le domaine de la défense. Afin de contribuer au débat, la Commission a récemment publié une communication intitulée "Les défis auxquels sont confrontées les industries européennes liées à la défense - contribution en vue d'actions au niveau européen"⁴². Etant donné que l'industrie de la défense est presque exclusivement tributaire de la commande publique, cette communication traite de manière extensive du problème des marchés publics. Néanmoins, étant donné qu'une industrie européenne compétitive dans le secteur de la défense est aussi une condition indispensable pour assurer une identité européenne dans la politique de sécurité et de défense, il est nécessaire de prendre en compte la nature particulière de ce secteur. Cela pourrait entraîner quelques modifications des procédures prévues dans les directives "marchés publics". En outre, les initiatives de l'Union de l'Europe Occidentale (UEO) et d'autres organisation similaires opérant dans le domaine de la coopération en matière d'armement ne peuvent pas être négligées.

⁴² Communication de la Commission COM(96)10 fin., du 24.1.96.

VIII. Marchés publics et politique des consommateurs

5.55 La mise en oeuvre d'une politique efficace des marchés publics qui améliore l'accès aux marchés et la transparence dans le cadre d'une intégration croissante du marché unique peut apporter des bénéfices importants pour les consommateurs en terme de meilleure qualité des services et des infrastructures mises à leur disposition et d'une plus grande efficacité économique. A ce sujet, il apparaît important d'avoir une meilleure intégration de la politique des consommateurs dans la politique de l'Union en matière de marchés publics. En particulier, il serait souhaitable de promouvoir plus de transparence et de dialogue avec les organisations de consommateurs.

IX. Questions

1. Estimez-vous que sur le plan de l'information générale, il serait utile d'envisager la rédaction d'un guide pratique expliquant aux PME les moyens de se préparer à la participation aux marchés publics, ainsi que l'élaboration de documents interprétatifs sur des aspects de l'application des directives intéressant plus particulièrement ces entreprises? Quels devraient être, à votre avis, les thèmes à approfondir particulièrement dans ces documents?
2. Etant donné que certains réseaux parrainés par la Communauté fournissent déjà des informations complémentaires sur les marchés publics, notamment à l'intention des PME, convient-il de renforcer leur rôle et, dans l'affirmative, comment?
3. Quelle est votre opinion sur les options envisagées (adaptation de TED, utilisation d'Internet, du CPV et de formulaires standardisés) en vue d'améliorer l'information des PME sur les marchés spécifiques? Estimez-vous qu'il y a d'autres possibilités à explorer à cette fin?
4. Le GEIE est-il un instrument adéquat pour promouvoir la coopération entre PME, surtout dans les marchés publics transfrontaliers?
5. Estimez-vous que pour promouvoir une participation plus large des PME aux marchés publics, il est nécessaire de lancer d'autres actions au niveau communautaire, notamment pour ce qui concerne les questions de la sous-traitance et des délais de paiement? Dans l'affirmative, quel type d'actions? Par exemple, pourrait-on prendre en considération l'établissement de délais de paiement obligatoires après lesquels des intérêts de retard et, le cas échéant, des dommages et intérêts seraient dûs?
6. Quels sont à votre avis les moyens les plus adaptés pour développer des réseaux de services de soutien aux PME? Quel type de services en particulier devraient être rendus par ces réseaux?
7. À votre avis, dans quelle mesure la politique de normalisation menée par les organismes de normalisation européens (CEN, CENELEC, ETSI) sur la base

de mandats de la Commission a-t-elle permis d'éliminer les obstacles à l'ouverture des marchés publics?

8. À quels secteurs de produits conviendrait-il de donner la priorité pour décider de nouveaux mandats de normes européennes?
9. Un certain nombre de préoccupations exprimées par le secteur privé ont été traitées dans la partie du présent chapitre consacrée aux RTE. Les éclaircissements apportés au sujet des dispositions en question sont-ils suffisants pour répondre à ces préoccupations ou conviendrait-il de prévoir de nouvelles orientations écrites sur l'application des directives aux marchés concernant les RTE ou d'autres grands projets (par le biais, par exemple, d'une communication interprétative)?
10. Avez-vous connaissance d'autres questions touchant aux procédures de passation des marchés qui appelleraient des éclaircissements ou des solutions afin de faciliter la participation d'entreprises privées aux RTE ou d'autres partenariats entre le secteur public et le secteur privé?
11. Afin d'inciter à une gestion plus efficace des fonds structurels, pensez-vous que les Etats membres et les pouvoirs adjudicateurs devraient donner une assez large publicité au fait que dans les marchés portant sur des projets cofinancés par l'Union européenne, le meilleur rapport qualité/prix a été obtenu?
12. Serait-il utile d'exiger des personnes responsables qu'elles signent une déclaration personnelle attestant que pour un projet donné le meilleur rapport qualité/prix a été obtenu et que les règles de passation des marchés publics ont été respectées?
13. Quelles autres solutions pourrait-on envisager pour rendre plus efficace l'application des règles de passation des marchés publics lorsqu'il y a intervention des fonds structurels?
14. Estimez-vous qu'il conviendrait d'inciter les pouvoirs adjudicateurs qui reçoivent des fonds de l'Union à se soumettre à une procédure d'attestation pour garantir l'existence d'un système efficace de passation de marchés?
15. Pensez-vous qu'il pourrait être utile et efficace que lors de marchés bénéficiant de financements communautaires et en coopération étroite avec la Commission, une autorité nationale indépendante assiste les pouvoirs adjudicateurs ?
16. Estimez-vous que les dispositions prévues en matière de marchés passés par les institutions communautaires ainsi que celles concernant les marchés passés par d'autres organismes ou par des pays tiers sur la base des programmes et avec des ressources communautaires sont suffisantes pour assurer un accès équitable de tous les intéressés à ces marchés?

17. Existe-t-il, à votre avis, un besoin d'éclaircissement, par exemple par le biais d'une communication interprétative, des possibilités offertes par le droit des marchés publics en vue de réaliser les objectifs communautaires et nationaux de politique sociale?
18. Estimez-vous que ces possibilités sont suffisantes pour répondre aux besoins existants? Si cela n'était pas le cas, quelles mesures pourraient, à votre avis, être prises en vue de mieux assurer la réalisation des objectifs de la politique sociale dans l'application des règles communautaires sur les marchés publics, tout en sauvegardant le déroulement d'une concurrence loyale ?
19. A votre avis, les obligations en matière de sécurité et santé sur le lieu de travail sont-elles suffisamment prises en compte au stade de la préparation des avis de marché et des cahiers de charges ? Quelles améliorations suggérez-vous ?
20. Quelle expérience avez-vous de l'incitation à passer des marchés relevant des directives communautaires et portant sur des produits et des services "verts"? Jugez-vous nécessaire que la Commission apporte des éclaircissements quant aux possibilités d'intégrer la protection de l'environnement dans l'application des directives "marchés publics" (par exemple sous la forme d'une communication)?
21. Estimez-vous que les possibilités offertes sont suffisantes pour atteindre les buts visés? Si tel n'était pas le cas, quelles mesures pourraient, à votre avis, être prises en vue de mieux assurer la protection de l'environnement dans l'application des règles communautaires sur les marchés publics, tout en sauvegardant le déroulement d'une concurrence loyale ? Est-ce que, dans cette perspective, l'inclusion de l'eco-label parmi les spécifications techniques figurant dans le documents généraux des marchés publics ou la demande d'enregistrement à l'Environmental Management and Audit Scheme parmi les critères de sélection pourraient être considérés comme des mesures appropriées?
22. Compte tenu de l'absence de concurrence dans le secteur des équipements militaires, ne faudrait-il pas prévoir un régime marchés publics ainsi que certains Etats membres le souhaitent?

6. LES MARCHES PUBLICS DANS LES PAYS TIERS

Depuis l'entrée en vigueur du nouvel Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce, la mondialisation des marchés publics est en bonne voie. Les entreprises communautaires doivent résolument relever ce défi. Face à une concurrence internationale de plus en plus acharnée, la réussite sera conditionnée par l'innovation et une vision internationale des enjeux. L'ouverture des marchés doit être activement poursuivie: un dialogue permanent et constructif avec les milieux communautaires concernés doit impérativement s'instaurer afin de découvrir de nouveaux débouchés commerciaux et permettre de définir des objectifs en vue de négociations ultérieures. À cette fin, la Commission invite les Etats membres et les milieux concernés à lui fournir des informations sur tous les problèmes qui pourraient se poser sur certains marchés et à lui proposer des solutions, notamment sur les marchés pour lesquels des accords d'ouverture sont en cours de négociation.

La préparation des pays associés d'Europe centrale et orientale à leur adhésion à l'Union reste l'une des principales priorités. Le Livre blanc de la Commission présente les grandes lignes des politiques menées dans le cadre du marché intérieur, notamment en matière de marchés publics. La Commission et les Etats membres ont déjà beaucoup oeuvré afin de jeter les bases d'un système efficace de passation des marchés publics. Il convient de multiplier ces efforts. Il est de la plus haute importance qu'une formation sur les meilleures pratiques en matière de passation des marchés publics et un accès facile à des conseils juridiques utiles soit assurée. De même, dans la lignée des efforts qu'elle déploie pour renforcer les liens avec les pays du pourtour méditerranéen et conformément à ce qui est prévu dans les accords conclus avec la Turquie, le Maroc et la Tunisie, la Commission explorera les moyens d'aider ces pays à développer des pratiques concurrentielles en matière de passation de marchés publics.

I. L'accès aux marchés à l'échelle mondiale - Obtenir une nouvelle donne avantageuse pour l'Europe

6.1 La libéralisation accrue des marchés de l'Union européenne doit servir de modèle, autant que possible, dans tous les autres pays de manière à maximiser les avantages que les entreprises communautaires retireront de marchés publics ouverts à la concurrence. L'Union européenne a contribué à une libéralisation poussée des marchés publics avec ses principaux partenaires commerciaux, tout d'abord en signant le premier Accord relatif aux marchés publics du GATT de 1979, puis avec l'accord sur l'Espace économique européen (EEE), les accords européens et, dernièrement, l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'OMC, dans le cadre des négociations du cycle de l'Uruguay.

6.2 L'AMP est entré en vigueur le 1er janvier 1996. Outre l'Union européenne, les Etats-Unis, le Canada, le Japon, Israël, la Corée du Sud, la Norvège et la Suisse comptent parmi les parties à l'accord. Aruba et le Liechtenstein ont récemment adhéré à l'accord. L'accession de Singapour est en cours. Le champ d'application de l'AMP s'étend aux marchés passés par les échelons inférieurs de l'administration (tels que les

Etats fédérés dans le cas des pays fédéraux, les provinces et les villes), ainsi que par les entités opérant dans un certain nombre de secteurs spéciaux (à savoir l'électricité, les transports urbains, l'eau, les ports et aéroports). Alors que l'Accord relatif aux marchés publics de 1979 était limité aux marchés publics de fournitures, les marchés publics de travaux et de services entrent également dans le champ d'application de l'AMP. Autre fait révélateur, les fournisseurs auront également le droit de contester l'attribution de marchés dans le cadre desquels ils ont le sentiment d'avoir été victimes d'une discrimination. La Commission estime que, globalement, le nouvel accord ouvrira à la concurrence internationale des marchés publics représentant quelque 450 milliards d'écus par an, montant à peu près dix fois supérieur à la valeur des marchés ouverts à la concurrence en vertu de l'accord de 1979.

6.3 Nombre de dispositions discriminatoires des pays tiers, qui écartaient les entreprises communautaires de procédures de passation de marchés publics portant sur d'énormes montants, ont été supprimées au début de cette année. De nouveaux débouchés se sont ouverts dans des secteurs tels que les services bancaires et l'ingénierie lourde. Aux Etats-Unis, la plupart des dispositions discriminatoires de la législation sur la préférence nationale "Buy American", dont certaines remontent aux années 1930, ont été abrogées par le gouvernement fédéral ainsi que par 39 des 50 Etats fédérés (notamment la Californie, New York, le Texas, l'Illinois et la Floride). De nouveaux débouchés seront ainsi ouverts aux entreprises de l'Union européenne, pour une valeur annuelle d'environ 100 milliards d'écus. L'AMP marque également une importante avancée sur la voie de l'ouverture des marchés publics de l'Asie du sud-est. Le Japon a ainsi accepté que l'accord couvre les marchés passés par ses 47 préfectures qui sont à l'origine de la majeure partie des achats publics, en particulier dans le domaine du bâtiment et du génie civil. En Corée du Sud, qui appliquera l'AMP à compter de 1997, les entreprises communautaires pourront soumissionner dans l'ensemble du secteur public sans devoir se soumettre aux accords obligatoires de transfert de technologie, d'échanges de compensation ou d'utilisation des ressources locales qui étaient applicables par le passé.

6.4 Mais nous ne pouvons en rester là. Malgré les importantes avancées obtenues à ce jour, toutes les restrictions aux possibilités de soumissionner n'ont pas été supprimées: il en subsiste encore d'importantes dans les pays signataires de l'AMP, (ce qui a conduit la Communauté à appliquer le principe de la réciprocité). En outre, l'AMP, qui est pour l'instant un accord plurilatéral, est appelé à devenir un accord multilatéral, ce qui implique qu'un grand nombre de pays doivent encore y adhérer. Dans la mesure où le marché de l'Union européenne est, en règle générale, ouvert aux fournisseurs des pays tiers, il est de l'intérêt des entreprises communautaires que l'Union européenne s'efforce, dans le cadre des négociations menées avec ces pays, de conclure des accords qui assurent une libéralisation totale et réciproque des marchés.

6.5 Notre premier objectif restera donc d'obtenir une plus grande ouverture des marchés publics à l'échelle mondiale et ce, tout d'abord dans le cadre multilatéral de l'OMC, par un élargissement du champ d'application de l'AMP entre les parties déjà signataires de l'accord et par l'adhésion d'autres pays. Il conviendrait de poser comme principe que les futurs candidats à l'adhésion à l'OMC, tels que la Chine et Taiwan, doivent adhérer à l'AMP, si nécessaire après une période de transition (Taiwan a déjà présenté sa candidature). La Commission encourage fortement les actuels membres de

l'OMC à adhérer à l'AMP, en particulier ceux auxquels l'accord confère le statut d'observateurs. L'approche multilatérale au sein de l'OMC reste le cadre prioritaire de nos efforts. Un processus parallèle de négociations devrait s'ouvrir pour atteindre un accord sur la transparence, l'ouverture, et les mécanismes de recours dans les marchés publics. L'objectif final reste le traitement national et l'application effective de la clause de la nation la plus favorisée pour tous les marchés publics de tous les membres de l'OMC. Pour favoriser ce processus, l'Union européenne propose également une révision anticipée de l'AMP de 1994 qui incluerait l'extension de l'accord, l'élimination des mesures et des pratiques discriminatoires ainsi que la simplification et l'amélioration de l'accord. Néanmoins, il ne faut pas négliger les négociations bilatérales. Sur ce plan, la Commission a déjà entamé des négociations avec la Suisse et la Corée du Sud. De même, la Commission s'efforce d'obtenir, pour les fournisseurs de l'Union européenne, un accès aux marchés méditerranéens. Dans le prolongement de la déclaration de Barcelone, qui vise à l'établissement, pour le début du XXIème siècle, d'une zone de libre-échange entre la Communauté et les pays méditerranéens, un accord euro-méditerranéen d'association, relevant de l'article XXIV de l'accord OMC, a été conclu avec Israël. Cet accord est complété par deux autres accords sur les marchés publics, qui ne sont pas encore ratifiés mais dont l'objet est d'élargir les offres présentées sur la base de la réciprocité en vertu de l'AMP et d'ouvrir les marchés des télécommunications des deux parties signataires. Un accord sur l'achèvement d'une union douanière a aussi été conclu avec la Turquie, qui prévoit l'ouverture future des marchés publics sur une base réciproque. Les deux accords euro-méditerranéens d'association conclus avec le Maroc et la Tunisie s'inspirent également de cette approche.

6.6 Les entreprises européennes sont déjà bien informées des difficultés qui se posent lorsqu'elles veulent soumissionner dans des pays tiers. Comme indiqué dans sa Communication sur une stratégie pour l'accès aux marchés⁴³, pour que cette stratégie soit efficace, la Commission doit disposer d'informations à jour et de première main sur les problèmes auxquels se heurtent les fournisseurs dans les pays tiers, de manière à obtenir la levée des obstacles qui sont le plus préjudiciables aux intérêts européens. Il serait utile d'avoir des exemples précis tirés de l'expérience que les entreprises ont du terrain. La nouvelle base de données interactive, accessible sur Internet, permet à l'industrie d'informer directement la Commission sur ses problèmes d'accès aux marchés. Ceci permettra à la Commission d'évaluer les problèmes, d'examiner et de décider quelles actions peuvent être prises pour les résoudre. D'autre part, pour cerner les difficultés d'accès et contribuer à définir des objectifs pour les prochaines négociations avec les pays tiers, la Commission a lancé une vaste étude qui porte sur les systèmes de passation des marchés publics dans dix-neuf pays d'Asie, du Moyen-Orient et d'Amérique latine. Les résultats de cette étude seront bientôt connus. Toutes les contributions des milieux européens concernés seront les bienvenues.

6.7 Il n'en demeure pas moins que le recueil et l'analyse d'informations ne constituent qu'une demi-victoire. Les accords ne sont utiles que dans la mesure où ils sont effectivement appliqués. La Commission prendra donc des mesures pour veiller à ce que l'AMP soit effectivement mis en oeuvre. Pour l'assister dans cette tâche, elle s'appuiera sur son réseau de délégations dans les pays tiers. La Commission invite

⁴³ doc. Com(96)53final.

également les Etats membres à l'assister, autant que nécessaire, pour veiller à ce que ces fournisseurs soient traités de manière équitable. Le cas échéant, la Commission n'hésitera pas à recourir aux procédures de consultation prévues par l'AMP. En cas d'échec de ces consultations, la Communauté pourrait être amenée à engager les procédures de l'OMC régissant le règlement des différends.

6.8 La concurrence n'est pas, pour autant, un effort à sens unique. La Communauté et les Etats membres peuvent contribuer à créer les conditions nécessaires pour qu'elle s'exerce, mais il faut aussi que les entreprises européennes soient prêtes à affronter la vive concurrence que leur opposeront les fournisseurs des pays tiers qui bénéficient maintenant des dispositions de l'AMP, pour l'attribution des marchés publics sur le territoire de l'Union européenne. Il conviendrait que les fournisseurs s'efforcent, en temps et en heure, de maximiser les débouchés commerciaux que leur ouvre l'accord afin d'augmenter leurs exportations vers les pays tiers et de renforcer leurs parts des marchés publics passés dans ces pays. Logiquement, les entreprises qui réussiront seront celles qui sauront s'adapter au changement et chercher de nouveaux débouchés, tandis que celles qui se complairont dans l'immobilisme seront les plus exposées.

II. Poser les bases d'une ouverture des marchés dans les pays d'Europe centrale et orientale, ainsi que dans les pays méditerranéens

6.9 Depuis l'entrée en vigueur des accords européens, relevant de l'article XXIV de l'accord OMC, les fournisseurs de la Hongrie, de la Pologne, de la République tchèque, de la Slovaquie, de la Bulgarie, de la Roumanie, de la Slovénie (et, prochainement, des Etats baltes) ont accès aux appels d'offres de l'Union européenne. À l'issue d'une période de transition de dix ans, les fournisseurs établis sur le territoire de l'Union européenne auront également accès aux appels d'offres des pays associés. Il est, dès lors, vital que les fournisseurs des pays associés relèvent le défi que représente la participation aux procédures de passation des marchés publics de l'Union européenne. Il leur faut aussi accomplir des progrès en matière de compétitivité, pour pouvoir exercer, à l'issue de cette période de transition, une concurrence réelle face aux entreprises communautaires dans le cadre des procédures nationales d'appels d'offres. De même, dans la lignée des efforts qu'elle déploie pour renforcer les liens avec les pays du pourtour méditerranéen et conformément à ce qui est prévu dans les accords conclus avec la Turquie, le Maroc et la Tunisie, la Commission explorera les moyens d'aider ces pays à développer des pratiques concurrentielles en matière de passation de marchés publics.

6.10 L'un des plus importants défis auxquels l'Union européenne doit faire face est d'aider les pays d'Europe centrale et orientale (PECO) à préparer leur adhésion à l'Union. L'une des mesures clés de la phase de préadhésion est l'obligation, pour les PECO, d'aligner leurs législations sur la législation communautaire relative au marché intérieur. À la demande du Conseil européen d'Essen, la Commission a jeté les bases de sa stratégie dans le Livre blanc intitulé "Préparation des Etats associés de l'Europe centrale et orientale à leur intégration dans le marché intérieur de l'Union"⁴⁴. Présenté

⁴⁴ COM(95)163 des 3 et 10.05.95.

au Conseil européen de Cannes en juin 1995, le Livre blanc donne des recommandations sur les mesures législatives à adopter pour créer, dans ces pays, la structure réglementaire nécessaire avant leur adhésion à l'Union européenne. Il précise que, dans le domaine des marchés publics, les procédures administratives adéquates doivent être établies par la loi pour favoriser l'ouverture à la concurrence des procédures de passation des marchés publics et promouvoir la concurrence entre fournisseurs dans le cadre de leur participation à ces marchés.

6.11 Les procédures de passation de marchés publics ouvertes et concurrentielles n'en sont pas moins un phénomène relativement récent pour la plupart des fournisseurs et des pouvoirs adjudicateurs des PECO. L'alignement de leur législation nationale sur celle qui concerne le marché intérieur ne suffira pas, à elle seule, à apporter les adaptations nécessaires pour que les fournisseurs et les pouvoirs adjudicateurs mettent en place un système de passation des marchés publics efficace. Le cadre législatif en cours d'établissement sera renforcé par une assistance technique appropriée et ciblée. Les responsables chargés de la passation des marchés devront recevoir une formation adéquate pour pouvoir définir, de manière aussi efficace que possible, en se fondant sur une parfaite compréhension des répercussions économiques et financières, les produits et les services dont ils envisagent l'acquisition. Cette formation servira également à renforcer leurs compétences en matière d'administration et de management pour pouvoir gérer, de façon efficace, le système de passation des marchés publics et les contrats conclus dans ce cadre. Les fournisseurs, eux aussi, devront s'adapter à l'idée de fournir des produits et des services répondant à l'attente de leurs clients du secteur public et améliorer leur capacité à préparer et soumettre des offres.

6.12 L'Union européenne appuie déjà les PECO dans leurs efforts initiaux pour poser les bases d'un système de passation des marchés publics efficace et ouvert. Une aide précieuse leur est ainsi apportée, en particulier pour l'élaboration de lois et la création de cadres administratifs, grâce au programme PHARE et, notamment, au programme SIGMA⁴⁵, financé essentiellement sur des fonds PHARE, qui fonctionne sous les auspices de l'OCDE. La Commission a également créé un nouvel instrument multinational, le bureau d'échange d'informations sur l'assistance technique, qui servira de bureau centralisateur pour des demandes d'aide et de conseils adressées à la Commission, ainsi que de "guichet unique" pour la fourniture et l'échange de renseignements sur l'assistance technique relative au marché intérieur.

⁴⁵ Support for the Improvement of Governance and Management in Central and Eastern European Countries.

III. Questions

1. Quels ont été les effets de l' Accord sur les Marchés Publics en termes d'ouverture des marchés? D'autres initiatives sont-elles nécessaires?
2. Du point de vue des entreprises, à quels pays (ou quel groupe de pays) et à quels secteurs d'activité la priorité doit-elle être donnée dans le cadre des futures initiatives d'ouverture des marchés?
3. Estimez-vous qu'une série de principes communs (tels que ceux de la transparence et de la non-discrimination) suffirait à assurer, à l'avenir, une réelle ouverture des marchés dans les pays en développement?
4. Existe-t-il d'autres obstacles (réglementaires ou autres) qui entravent une participation réussie aux marchés publics des pays tiers et ne sont pas couverts par l' Accord sur les Marchés Publics?
5. La création d'un groupe consultatif, composé de représentants des milieux concernés, pour assister la Commission sur les questions relatives à l'accès aux marchés publics des pays tiers serait-elle utile?
6. Quelles autres mesures la Communauté ou les Etats membres pourraient-ils adopter pour aider les fournisseurs à faire respecter les droits que leur confère l'AMP et pour s'assurer que les autres parties contractantes appliquent les règles du jeu?
7. Pensez-vous que la Communauté doive accorder la priorité à l'assistance aux PECO pour les aider à développer leurs compétences en matière de marchés publics? Dans l'affirmative, quels seraient les moyens de formation les plus efficaces pour ces pays?
8. Les experts en marchés publics seraient-ils disposés à prendre une part active à l'assistance aux PECO et à leur transmettre les connaissances nécessaires en matière de marchés publics? Avez-vous déjà participé à un programme de formation? Dans l'affirmative, quelles conclusions tireriez-vous de votre expérience pour les programmes futurs?
9. La Commission cherchant des moyens d'aider au développement de pratiques de passation des marchés publics dans les pays du Bassin méditerranéen, quelles initiatives vous paraîtraient appropriées en la matière?

Annexe I

Les premières directives communautaires sur les marchés publics, à savoir les directives "Travaux" (71/305/CEE) et "Fournitures" (77/62/CEE), ont apporté une contribution positive, mais limitée, à l'ouverture des marchés publics à la concurrence. Le champ d'application de ces directives était trop restreint, puisque des pans entiers des marchés publics, tels que ceux des secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, et les marchés de services n'y figuraient pas. En outre, aucune harmonisation des procédures de recours n'existait, de sorte que les fournisseurs écartés des marchés en violation des dispositions des directives n'avaient souvent aucun moyen de contester les décisions d'attribution de marchés douteuses, ni de réclamer des dommages et intérêts. Les dispositions communautaires comportaient également trop de failles dans lesquelles s'engouffraient les pouvoirs adjudicateurs afin de ne pas utiliser des procédures ouvertes, pour des motifs qui n'étaient pas objectivement justifiés. Les dispositions communautaires en matière de marchés publics ont donc été modifiées pour tenir compte des réactions politiques et des milieux concernés face aux abus passés et aux lacunes détectées dans le système.

Le cadre juridique communautaire applicable aux marchés publics a été complété entre 1987 et 1993, dans le cadre du programme d'achèvement du marché intérieur de 1985. Les directives "Fournitures" et "Travaux" ont été respectivement mises à jour en 1988 et 1989, puis codifiées en 1993 (sous les directives 93/36/CEE et 93/37/CEE). Les marchés publics de services ont été intégrés dans le système communautaire de procédures ouvertes pour la passation des marchés publics par la directive 92/50/CEE, en vigueur depuis le 1er juillet 1993. Une directive sur les marchés de fournitures et de travaux passés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (directive "Secteurs spéciaux"), qui couvre à la fois les entreprises publiques et les entreprises auxquelles les Etats membres accordent des droits spéciaux ou exclusifs, a été adoptée par le Conseil en 1990 (directive 90/531/CEE). Une version codifiée de cette directive, qui inclut les marchés de services, a été adoptée en juin 1993 (directive 93/38/CEE). Elle a remplacé la directive 90/531/CEE à compter de son entrée en vigueur le 1er juillet 1994 (1er janvier 1997 pour l'Espagne et 1 janvier 1998 pour la Grèce et le Portugal). Deux directives spécifiques sur les recours ont également été adoptées, l'une pour les secteurs "classiques" (directive 89/665/CEE, telle que modifiée par la directive "Services" 92/50/CEE) et l'autre pour les secteurs spéciaux (directive 92/13/CEE). Les directives "Recours" imposent aux Etats membres d'assurer des moyens de recours administratifs ou judiciaires pour les fournisseurs victimes d'un non-respect des dispositions de droit positif sur l'ouverture des marchés publics.

Les directives prévoient que les Etats membres doivent veiller à la transparence et à l'ouverture à la concurrence des procédures d'attribution des marchés dépassant certains seuils. Elles contiennent des dispositions sur la publication des avis de marché, sur les procédures à suivre en matière d'attribution des marchés (les spécifications techniques doivent, par exemple, faire référence aux normes européennes lorsqu'elles existent ou, en l'absence de telles normes, à des normes nationales qui font elles-mêmes référence à des normes internationales) et sur les critères de sélection et d'attribution

qui peuvent être appliqués. Les seuils à partir desquels les marchés publics relèvent du champ d'application des directives sont de 200 000 écus pour les marchés de fournitures et de services (400 000 écus pour les marchés passés dans les secteurs spéciaux et près de 130 000 écus pour les marchés tombant dans le champ d'application de l'accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce) et de 5 millions d'écus pour les marchés de travaux. Ces seuils ont été fixés de sorte que les dispositions sur les marchés publics ouverts à la concurrence s'appliquent aux marchés susceptibles d'intéresser les fournisseurs d'autres Etats membres et de manière à ne pas alourdir les frais administratifs et procéduraux pesant sur les marchés d'un montant inférieur.

TABLEAU 1

ETAT DE LA TRANSPOSITION DES DIRECTIVES MARCHES PUBLICS

DIRECTIVES	BE	D K	DE	EL	ES	FR	IRL	IT	LU	NL	PT	UK	AUT	SF	SU
89/440/CEE Travaux du 18.07.1989 En vigueur depuis 19.07.1990 EL, ES, P : 01.03.1992 Aut, SF,SU: 1.1.1994 remplacée par 93/37/CEE En vigueur depuis 14.6.93															
88/295/CEE Fournitures du 02.03.1988 En vigueur depuis 01.01.1989 EL, ES, P : 01.03.1992 Aut, SF,SU: 1.1.1994															
89/665/CEE Recours du 21.12.1989 En vigueur depuis 21.12.1991 Aut, SF,SU: 1.1.1994															
90/531/CEE Secteurs Exclus du 17.09.1990 En vigueur depuis 01.01.1993 ES : 01.01.1996 EL, P : 01.01.1998 Aut, SF,SU: 1.1.1994				D							D				
92/13/CEE Recours Secteurs Exclus du 25.02.1992 En vigueur depuis 01.01.1993 Aut, SF,SU: 1.7.1994 ES : 30.06.1995 EL, P : 30.06.1997				D							D				
92/50/CEE Services du 18.06.1992 En vigueur depuis 01.07.1993 Aut, SF,SU: 1.7.1994															
93/36/CEE Fournitures du 14.6.1993 En vigueur depuis 14.06.1994 Aut, SF,SU: 1.7.1994															
93/38/CEE Secteurs Exclus du 14.06.1993 En vigueur depuis 01.07.1994 Aut, SF,SU: 1.7.1994 ES : 01.01.1997 EL, P : 01.01.1998				D	D						D				

Explication des abréviations :

	Non-communication des mesures nationales d'exécution (MNE) ou communication partielle
	MNE communiquées et vérifiées; procédure d'infraction pour non-conformité engagée
	MNE communiquée
D	Dérogation accordée à l'Etat membre