



## **FRANCE**

**Contribution française au Livre Vert sur la modernisation de  
la politique de l'Union européenne en matière de marchés  
publics**

**Vers un marché européen des contrats publics plus  
performant**

La proposition n°17 de la communication de la Commission européenne « *vers un acte pour le marché unique* » a annoncé, au plus tard en 2012, des propositions législatives visant à simplifier et moderniser la réglementation des marchés publics, notamment pour faciliter l'usage des marchés publics comme instrument de soutien d'autres politiques européennes (aspects sociaux, innovation, aspects environnementaux).

Le 27 janvier 2011, la Commission a adopté un « *Livre vert sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics – Vers un marché européen des contrats publics plus performant* ». Celui-ci lance l'évaluation juridique des directives « marchés publics » de 2004<sup>1</sup>, en recensant plusieurs domaines clés pouvant faire l'objet d'une réforme, et sollicite l'avis des Etats membres, des collectivités territoriales et des parties prenantes sur les différentes modifications législatives possibles.

La France considère que les marchés publics favorisent la compétitivité des entreprises européennes et qu'ils constituent **un levier efficace pour atteindre les objectifs fixés par les chefs d'Etat et de Gouvernement dans le cadre de la stratégie Europe 2020**, adoptée par le Conseil Européen du 17 juin 2010. Ils constituent un instrument efficace de stimulation de la demande d'innovation, d'une production et d'une consommation durable. Ils permettent également de contribuer à une plus grande cohésion sociale.

Les autorités françaises considèrent **que toute modification de législation applicable aux marchés publics ne pourra être envisagée qu'au terme d'une évaluation juridique et économique précise**. Elles souhaitent également attirer l'attention de la Commission européenne sur la nécessaire **cohérence des initiatives** qu'elle a souhaité lancer de manière parallèle dans le domaine de la commande publique. Ainsi, la réflexion sur la modernisation des règles relatives à la passation des marchés publics ne peut être dissociée de la question de la dématérialisation des procédures de passation<sup>2</sup>, qui rejoint plusieurs objectifs affichés tels que la simplification des procédures de passation, l'amélioration de la participation des entreprises innovantes ou la réduction de la charge administrative.

Par ailleurs, la Commission a annoncé qu'une initiative relative aux concessions de services serait adoptée avant l'été 2011. Les autorités françaises ont à plusieurs reprises réaffirmé leur opposition à un tel texte.

Enfin, toute initiative visant à la modernisation de ces règles devra être se faire en conformité avec les règles sectorielles existant notamment en matière de transports, d'énergie et de services en réseaux.

La France accorde une importance particulière à **deux grandes orientations** suggérées par la Commission. En premier lieu, les autorités françaises sont très favorables à la **simplification des directives « marchés publics »** à condition, toutefois, de garantir un niveau de sécurité juridique élevé pour les pouvoirs adjudicateurs, à la lumière des évolutions jurisprudentielles de la Cour de justice de l'Union européenne et des pratiques actuelles des autorités publiques. En second lieu, elles soutiennent fortement **l'utilisation des marchés publics en faveur des politiques sectorielles dans le cadre de la Stratégie Europe 2020**, notamment en offrant au pouvoir adjudicateur la souplesse nécessaire à la prise en compte de ses objectifs dans la commande publique.

---

<sup>1</sup> Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et de services postaux et directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

<sup>2</sup> La France a transmis sa réponse à la consultation relative au livre vert sur la dématérialisation des marchés publics le 31 janvier 2011. Celle-ci est disponible sur : <http://www.sgae.gouv.fr/gcp/pages/lang/fr/SGAE/Consultations-publiques/Reponses-des-autorites-francaises>

**La modernisation des règles relatives aux marchés publics devraient comporter 6 priorités :**

1. Pour atteindre ces objectifs, les autorités françaises souhaiteraient que les modifications législatives ne portent atteinte, ni à la **stabilité actuelle du champ d'application** de la directive 2004/18/CE, ni aux **notions fondamentales** du droit européen des marchés publics, bien connues des acheteurs.
2. La France considère qu'il est particulièrement souhaitable, pour des motifs d'efficacité économique, de faire de la **procédure négociée avec publication d'un avis de marché une procédure de passation de droit commun**, au même titre que les procédures d'appel d'offre ouvert et restreint. Cela permettrait également de répondre aux exigences de simplification des procédures pour les petits pouvoirs adjudicateurs. Par ailleurs, les autorités françaises sont favorables à **l'introduction de plus de souplesse dans l'organisation des étapes de la procédure** notamment en autorisant l'inversion des phases d'examen des offres et des candidatures. Cette possibilité d'assouplissement, qui serait facultative dans le droit de l'Union, pourrait être prévue par la législation nationale lorsqu'elle est adaptée aux besoins du pouvoir adjudicateur et à l'objet du marché.
3. La France serait également favorable, d'une part, à la possibilité pour l'acheteur de formuler son besoin également au regard des conditions de production ou de prestation des biens ou services qu'il achète, et d'autre part, à un **assouplissement du lien entre les critères de sélection et d'attribution et l'objet du marché**. Un tel assouplissement permettrait de **répondre aux objectifs de la stratégie Europe 2020** en favorisant la prise en compte des aspects sociaux, environnementaux et en stimulant l'innovation dans les procédures de marchés publics. Enfin, les autorités françaises sont attachées à **l'absence de dispositions relatives à l'exécution** du contrat dans les directives « marchés publics ».
4. Les autorités françaises considèrent qu'il n'est **ni utile ni souhaitable de prendre des dispositions législatives concernant les possibilités de coopération public-public au niveau européen**. La définition des critères de chacune des formes que peut prendre ce type de coopération doit continuer à procéder de la construction jurisprudentielle effectuée par la Cour de justice à partir des cas concrets qui lui sont soumis.
5. La question de **l'amélioration de l'accès des PME aux marchés publics** est également une priorité de la France, dans la lignée des efforts fournis dans le cadre du « Small Business Act ». De nouvelles mesures pourraient être introduites. Celles-ci viseraient à réduire les charges administratives liées à la fourniture des certificats et attestations.
6. La France souhaite également affirmer son **attachement particulier aux services sociaux**. Elle considère que l'Union et les Etats membres doivent collaborer à l'élaboration d'un environnement juridique propice au développement de ces services et s'efforcer de garantir leur qualité.
7. Concernant la **dimension externe des marchés publics**, les autorités françaises constatent que les mécanismes prévus par les articles 58 et 59 de la directive 2004/17/CE ne sont pas à la hauteur des enjeux de l'ouverture réciproque des marchés publics de l'Union et des pays tiers. Les efforts doivent donc porter en priorité sur la **création d'un instrument européen** qui permette d'assurer une symétrie dans l'accès à ces marchés.

## SOMMAIRE

<b>1</b>	<b>POURQUOI REGLEMENTER LES MARCHES PUBLICS ?</b> .....	<b>5</b>
1.1	La notion d'achats .....	5
1.2	La notion de marchés publics.....	5
	<b>Services de type A/B</b> .....	6
	<b>Seuils</b> .....	10
	<b>Exclusions</b> .....	10
1.3	La notion d'acheteurs publics.....	11
	<b>Passations de marchés par les entités de la sphère publique</b> .....	11
	<b>Service d'utilité publique</b> .....	12
<b>2</b>	<b>AMELIORER LES OUTILS DES POUVOIRS ADJUDICATEURS</b> .....	<b>15</b>
2.1	Moderniser les procédures .....	16
	<b>Procédures générales</b> .....	16
	<b>Recourir davantage à la négociation</b> .....	17
	<b>Biens et services commerciaux</b> .....	18
	<b>Sélection et attribution</b> .....	19
	<b>Tenir compte des expériences antérieures</b> .....	21
	<b>Des instruments spécifiques pour les services d'utilité publique</b> .....	21
2.2	Des instruments spécifiques pour les petits pouvoirs adjudicateurs .....	22
	<b>Allègement du cadre procédural applicable aux collectivités territoriales pour la passation de marchés d'un montant supérieur aux seuils des directives</b> .....	22
	<b>Renforcer la sécurité juridique pour les marchés inférieurs aux seuils des directives</b> .....	23
2.3	Coopération public-public .....	24
2.4	Des outils appropriés pour l'agrégation de la demande et les procédures conjointes.....	27
2.5	Répondre aux préoccupations liées à l'exécution des contrats .....	30
	<b>Sous-traitance</b> .....	32
<b>3</b>	<b>UN MARCHÉ EUROPEEN DES CONTRATS PUBLICS PLUS ACCESSIBLE</b> .....	<b>33</b>
3.1	Améliorer l'accès des PME et des start-up aux marchés publics .....	33
	<b>Réduction de la charge administrative dans la phase de sélection</b> .....	33
3.2	Garantir une concurrence loyale et effective .....	36
	<b>Prévenir les comportements anticoncurrentiels</b> .....	38
3.3	Marchés publics sans mise en concurrence en raison de droits d'exclusivité .....	39
<b>4</b>	<b>UTILISATION STRATEGIQUE DE LA POLITIQUE DES MARCHES PUBLICS POUR FAIRE FACE A DE NOUVEAUX DEFIS</b> .....	<b>41</b>
4.1	«Comment acheter»: des obligations au service des objectifs de la stratégie Europe 2020 .....	41
	<b>Description de l'objet du marché et spécifications techniques</b> .....	41
	<b>Exiger les critères de sélection les plus pertinents</b> .....	46
	<b>Utiliser les critères d'attribution les plus appropriés</b> .....	46
	<b>Imposer des clauses d'exécution de marché appropriées</b> .....	49
	<b>Vérification du respect des exigences</b> .....	50
	<b>Lien avec l'objet / l'exécution du marché</b> .....	51
4.2	«Quoi acheter» : des obligations au service des objectifs de la stratégie Europe 2020 .....	54
4.3	L'innovation .....	58
4.4	Services sociaux.....	62
<b>5</b>	<b>GARANTIR L'INTEGRITE DES PROCEDURES</b> .....	<b>65</b>
5.1	Prévention des conflits d'intérêts .....	65
5.2	Lutte contre le favoritisme et la corruption.....	65
5.3	Exclusion de soumissionnaires .....	67
5.4	Prévention des avantages indus.....	69
<b>6</b>	<b>ACCES DES FOURNISSEURS DE PAYS TIERS AU MARCHÉ DE L'UE</b> .....	<b>70</b>
<b>7</b>	<b>Autres</b> .....	<b>74</b>

# 1 POURQUOI REGLEMENTER LES MARCHES PUBLICS ?

## 1.1 La notion d'achats

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

Les contrats de la commande publique, auxquels s'appliquent de manière exclusive les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, sont clairement définis par le droit dérivé, par l'interprétation que fait de celui-ci le juge de l'Union, et par les guides de la Commission européenne.

Les directives définissent les contrats inclus dans leur champ d'application comme les « *contrats à titre onéreux conclus par écrit avec un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services* ». Les modalités de la rémunération de l'opérateur économique, et le partage du risque d'exploitation qui en résulte, distinguent ensuite, dans cet ensemble, les marchés des concessions.

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a eu de nombreuses occasions de préciser cette notion de contrat de la commande publique. En dernier lieu, elle a considéré que la notion de marché public impliquait que la prestation, objet du marché, soit réalisée dans « *l'intérêt économique direct* » de l'acheteur<sup>3</sup>, notion qu'elle a explicité en matière de contrats de travaux. De la même manière, la Commission a éclairé la distinction entre subvention et marché de services, en dernier lieu dans son guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de « marchés publics » et de « marché intérieur ».

Dans ces conditions, et en considération du fait que la stabilité des concepts utilisés dans la définition des contrats de la commande publique est un enjeu majeur de sécurité juridique, **les autorités françaises estiment que la définition actuelle des contrats de la commande publique doit être maintenue en l'état.**

Les autorités françaises ne voient, par ailleurs, aucune justification à ce que les directives sur les marchés publics soient étendues à d'autres actes que les contrats de la commande publique.

## 1.2 La notion de marchés publics

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

La distinction entre services, fournitures et travaux restera toujours justifiée par la nécessité de maintenir des seuils d'application des directives différents. Ces règles sont claires et bien connues des acheteurs publics. En cas de doute, l'application de la procédure la plus stricte et du seuil le plus bas préserve l'acheteur public de toute irrégularité.

**Les autorités françaises sont donc défavorables à une modification des directives sur ce point.**

<sup>3</sup> CJUE, 25 mars 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, non encore publié au Recueil.

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

Les « marchés publics de travaux » sont définis au point b) du paragraphe 2 de l'article 1<sup>er</sup> de la directive 2004/18/CE comme « ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnés à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ». L'article définit ensuite la notion d'ouvrage comme étant « le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destinés à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ».

Cette définition générique plurielle ne pose, par elle-même, pas de difficulté particulière aux acteurs concernés.

Elle est, en outre, avantageusement complétée par la liste des prestations correspondantes, ce qui permet aux acteurs concernés de mieux cerner les notions. Elle est d'ores et déjà très extensive et ne nécessite pas d'extension supplémentaire.

Les acheteurs publics sont donc désormais familiarisés avec la notion de marchés publics de travaux des directives « marchés publics ». Dans ces conditions, les autorités françaises ne voient pas l'intérêt de modifier des règles et définitions stabilisées.

### Services de type A/B

4. Faut-il selon vous reconsidérer la distinction entre services de type A et services de type B?

L'annexe 4 de l'appendice I de l'Accord sur les marchés publics (AMP) contient la liste des services que l'Union européenne s'est engagée à ouvrir au niveau transnational. Cette liste correspond à la liste des services prioritaires (type A), déjà annexée à la directive 92/50/CEE.

Les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, en cohérence avec l'AMP, distinguent les services prioritaires (type A), soumis à l'ensemble des règles de passation des marchés publics, et les services non prioritaires (type B), soumis à un régime plus souple.

Comme l'a souligné la Cour de justice de l'Union européenne, et comme elle le rappelle régulièrement, le législateur de l'Union a en effet pris acte du fait que « les marchés relatifs aux services relevant de l'annexe I B [II B de la directive 2004/18/CE] de la directive 92/50/CEE ne présentent pas, a priori, eu égard à leur nature spécifique, un intérêt transfrontalier suffisant susceptible de justifier que leur attribution se fasse au terme d'une procédure d'appel d'offres censée permettre à des entreprises d'autres États membres de prendre connaissance de l'avis de marché et de soumissionner »<sup>4</sup>. Il a par conséquent décidé, sans leur étendre les exigences formalistes de la directive, de les surveiller et de réexaminer leur cas ultérieurement<sup>5</sup>.

Les raisons qui ont conduit à distinguer entre services prioritaires et services non prioritaires demeurent d'actualité.

<sup>4</sup> CJCE, 13 novembre 2007, *Commission contre Irlande*, Aff. C-503/07, cons. 24 ; CJUE, 17 mars 2011, *Strong Segurança SA*, Aff. C-95/10, cons. 34 et 35.

<sup>5</sup> Cf. directive 92/50/CEE, cons. 21 : « considérant que l'application intégrale de la présente directive doit être limitée, pendant une période transitoire, aux marchés de services pour lesquels ces dispositions permettront la réalisation de toutes les possibilités d'accroissement des échanges transfrontaliers ; que les marchés des autres services doivent être surveillés pendant une période déterminée avant qu'une décision soit prise sur l'application intégrale de la présente directive. »

Il convient, en effet, de maintenir la procédure applicable aux services de type A puisqu'elle permet de garantir l'accroissement des échanges transfrontaliers, dans le respect des engagements internationaux de l'Union européenne. Il reste également nécessaire de maintenir une procédure souple pour les services de type B, dans la mesure où ces services ne se situent pas dans des secteurs économiques exposés, ne revêtent pour la plupart qu'un intérêt très localisé, et ne se sont pas déterminants pour le développement du marché intérieur.

D'autant que les autorités françaises ne considèrent pas que les procédures formalisées favorisent, par elle-même, le développement des marchés transfrontaliers directs. Bien au contraire, la négociation, possible pour les marchés de l'annexe II B, et qu'il conviendrait d'ériger en procédure de droit commun, présente cet avantage de ne pas instaurer une barrière formelle supplémentaire à l'accès à la commande publique française.

En outre, ainsi qu'elles l'ont déjà dit, les autorités françaises estiment qu'il est indispensable, dans un souci de sécurité et de stabilité juridique, de maintenir le champ d'application des directives inchangé sur ces services.

Enfin, la Cour de justice, à l'instar du juge national, estime que, dès lors que les marchés de services de type B présentent un intérêt transfrontalier certain, le pouvoir adjudicateur est soumis à l'obligation d'effectuer une publicité préalable, afin de respecter les principes de non-discrimination, d'égalité de traitement et de transparence et, ainsi, d'ouvrir le marché à d'éventuels opérateurs transfrontaliers. La détermination de l'intérêt transfrontalier certain doit être appréciée au cas par cas.

**Les autorités françaises estiment, par conséquent, qu'il n'y a pas lieu de reconsidérer cette distinction.**

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

**Les autorités françaises considèrent qu'il n'est pas opportun de soumettre tous les services à un régime unique** étant donné, d'une part, que les marchés portant sur des services « non prioritaires » respectent les principes fondamentaux de la commande publique et, d'autre part, qu'une telle distinction est nécessaire.

*Les marchés portant sur des services « non prioritaires » respectent les principes fondamentaux de la commande publique*

Les marchés de l'annexe II B concernant des services très hétérogènes, les modalités de publicité et de mise en concurrence peuvent varier d'une catégorie à une autre, voire au sein d'une même catégorie, ainsi qu'en fonction du montant du marché. L'objectif reste en effet d'assurer des mesures de publicité et de mise en concurrence appropriées au montant et à l'objet du marché.

La finalité de la publicité - permettre une mise en concurrence effective - peut ainsi être atteinte par la mise en ligne de l'avis de publicité sur le site ou portail Internet de l'acheteur public. Le recours à une plate-forme bénéficiant d'une audience plus large peut être nécessaire, ainsi que la publication de l'avis dans une revue spécialisée correspondant au secteur économique concerné. Une publication au JOUE s'impose lorsque la nature ou les caractéristiques de l'achat donnent au marché un intérêt transfrontalier.

Pour ce type de marchés, le pouvoir adjudicateur fixe librement, dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique, les modalités de la procédure, en fonction notamment de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre. Il peut en outre négocier avec les candidats ayant remis une offre. Cette faculté de dialoguer avec les candidats et de négocier leur offre est donc reconnue, quel

que soit le montant estimé du besoin. La négociation s'effectue alors dans des conditions transparentes et selon des modalités permettant d'assurer l'égalité de traitement des candidats.

Un avis d'attribution doit être publié pour les marchés d'un montant supérieur aux seuils européens.

#### *Le maintien de la distinction entre ces services demeure nécessaire*

La suppression du régime des services de type B ou le retrait de certains des services actuellement concernés rendrait les procédures de passation pour ces services plus complexes et plus lentes, notamment si l'alignement des deux régimes devait se faire sur le plus contraignant des deux. Un tel effet serait directement contraire à l'objectif recherché par cette révision des directives, qui est celui de la simplification souhaitée par les acheteurs publics. Or, la soumission des services de type B à un régime plus souple résulte du peu d'intérêt transfrontalier représenté par un marché public dans ces domaines particuliers, comme l'a encore récemment souligné la CJUE<sup>6</sup>. Par ailleurs, la Cour de justice juge que, dès lors que les marchés de services de type B présentent un intérêt transfrontalier certain, le pouvoir adjudicateur est soumis à l'obligation d'effectuer une publicité préalable, afin de respecter les principes de non-discrimination, d'égalité de traitement et de transparence et, ainsi, d'ouvrir le marché à d'éventuels opérateurs transfrontaliers. Dans ce cadre clairement délimité, dont les règles sont bien connues des acheteurs publics, un alourdissement des procédures n'apporterait aucun avantage.

Par ailleurs, un tel changement d'approche risquerait également de mettre en difficulté une partie du tissu des petites et moyennes entreprises fournissant ce type de services. En période de crise et de fragilité économique, il importe d'alléger les procédures et de pouvoir les adapter pour éviter de mettre en péril des professions qui n'ont pas beaucoup de marge de manœuvre, en termes de délais ou de trésorerie par exemple.

Inversement, les marchés de services de type A correspondent à des hypothèses où l'on peut présumer, à compter des seuils européens, qu'ils présentent un intérêt transfrontalier. Les obligations en termes de publicité préalable et de mise en concurrence ne sauraient, en ce qui concerne ces marchés, être amoindries. Ces marchés présentant un intérêt frontalier plus important, les autorités françaises considèrent que la procédure négociée avec publication d'un avis de marché de la directive 2004/18/CE doit devenir une procédure de droit commun. En effet, la négociation permettrait de favoriser le développement de l'achat public transfrontalier direct, actuellement freiné par le formalisme des procédures, et de lutter contre les comportements anticoncurrentiels.

C'est pourquoi **les autorités françaises considèrent que la distinction actuelle des régimes applicables aux marchés de services de type A et de type B doit être intégralement maintenue.** Elles appellent, cependant, un assouplissement des procédures applicables pour la passation des marchés de type A.

---

#### **Exemple 1** : les marchés de service culturel

- ➔ *Règles de publicité : les modalités de publicité doivent nécessairement être adaptées au montant et à l'objet du marché*
- Les services de restauration de biens culturels, dont les prestataires sont le plus souvent des petites entreprises artisanales voire des entrepreneurs individuels, requièrent le choix de supports de publicité appropriés. En revanche, pour des services ouverts de longue date à la concurrence, par exemple les services de production de films et de vidéo, les mesures de publicité pourront être plus formalistes et devront avoir une plus large audience afin que soit respecté le principe de liberté d'accès à la commande publique.
- ➔ *Les modalités de mise en concurrence et la faculté de négociation doivent être appropriées pour ce type de services*

---

<sup>6</sup> CJUE, 17 mars 2011, *Strong Segurança SA*, Aff. C-95/10, cons. 34 et 35.

- L'organisation d'une manifestation culturelle, d'un spectacle, la conception d'une exposition d'œuvres nécessitent de pouvoir traduire dans le marché le respect de l'œuvre à réaliser et de la vision créatrice de l'artiste, tout en garantissant l'adéquation de la réponse au besoin exprimé initialement par le pouvoir adjudicateur. Ces exigences imposent le plus souvent d'élaborer le contrat en concertation avec l'artiste ou le prestataire de service culturel.
- Services de rédaction de notices ou de production de textes : les clauses de propriété intellectuelle et d'utilisation des résultats du marché sont essentielles dans les marchés portant sur de tels services. Il est souvent nécessaire de pouvoir dialoguer avec les candidats voire avec le prestataire pressenti, pour adapter au mieux ces clauses aux intérêts respectifs des parties.
- Services de restauration de biens culturels : un dialogue entre le conservateur, chargé du suivi scientifique de l'opération, et le candidat peut être nécessaire. La présentation des œuvres dans le dossier de consultation, y compris dans le cadre d'une visite préalable à la remise des offres, peut en effet ne pas être suffisante pour en appréhender toutes les particularités. Les offres peuvent ainsi se trouver décalées par rapport au travail à effectuer (aussi bien en termes de méthode que de prix).
- Services de conception d'œuvres d'art : le dialogue est nécessaire pour assurer que l'œuvre commandée répondra à l'objectif poursuivi, y compris sur la part subjective que peut comporter l'aspect visuel ou les matériaux proposés.
- Services de réalisation de films : la négociation sur l'équipe pressentie pour la réalisation de la prestation (scénaristes, réalisateur), sur la qualité d'image, le scénario...etc est essentielle dès lors que le résultat du marché dépend directement de ces éléments. La passation d'un marché sous forme d'appel d'offres est donc tout à fait inappropriée pour ces services.

**Exemple 2** : les marchés de services juridiques

➔ *Une procédure formalisée n'est pas adaptée à la nature des marchés de services juridiques*

- Les services juridiques impliquent une relation de confiance qui s'établit dans la durée avec des cabinets d'avocats, ces derniers exerçant la mission de conseil et de représentation au nom et pour le compte de leurs clients.
- Ces marchés se prêtent à l'établissement d'accords-cadres permettant de faire jouer la concurrence entre eux. Toutefois, compte tenu de la structure et de l'hétérogénéité des cabinets, il est extrêmement difficile de déterminer des critères permettant de conjuguer le respect de l'égalité de traitement et les besoins de l'entité adjudicatrice. Ceci est particulièrement notable concernant le critère du prix qui, à l'expérience, ne s'avère pas être un élément objectif de différenciation entre les offres, compte tenu de la diversité des modalités de détermination des honoraires. La comparaison entre cabinets est alors impossible et l'efficacité de la pondération établie à l'avance entre les critères très aléatoire.
- Par ailleurs les services juridiques sont assurés par des cabinets qui sont, sauf quelques rares sociétés d'envergure internationale, des petites et moyennes entreprises.
- Enfin, le montant des prestations juridiques est généralement peu élevé.

## Seuils

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

**Les autorités françaises sont favorables à un relèvement des seuils d'application des directives.** Elles constatent que l'abaissement continu en valeur absolue des seuils, depuis plusieurs années, n'a pas eu pour effet d'ouvrir davantage le marché européen. En effet, seuls 1,7% des marchés passés en procédure formalisée sont des marchés transfrontaliers directs.

Il est rappelé que, quel que soit le montant du seuil, les marchés dont le montant estimé leur est inférieur sont soumis, dans le respect de la jurisprudence de la CJUE<sup>7</sup>, aux règles et principes énoncés dans le Traité, et notamment aux principes de transparence et de non-discrimination, lorsque le contrat présente un intérêt transfrontalier certain. Cela impose à l'acheteur public d'adapter sa publicité en fonction, non seulement du montant du marché, mais également du nombre et de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés par la consultation.

Par ailleurs, **les autorités françaises demandent le réexamen des mécanismes d'évolution des seuils d'application des directives.** En effet, ces mécanismes ne permettent pas aujourd'hui de tenir compte des répercussions des politiques monétaires offensives de certains de nos partenaires commerciaux. Tel qu'il existe actuellement, le système de mise à jour des montants des seuils, fondé sur la moyenne de la valeur quotidienne de l'euro exprimée en droits de tirage spéciaux (DTS), permet à un partenaire commercial de l'Union européenne, par le biais de sa politique monétaire, d'accroître la capacité de pénétration du marché européen pour ses propres entreprises (seuil d'application des obligations européennes plus bas), tout en contrariant celle des entreprises européennes (seuils plus haut d'application de ses propres obligations).

## Exclusions

7. *Les dispositions actuelles relatives aux marchés exclus vous semblent-elles adaptées? Y a-t-il lieu selon vous de remanier cette section de la directive ou de clarifier certaines exclusions?*

**Les autorités françaises ne sont pas favorables à la modification de la section relative aux exclusions de la directive** qui, lorsqu'elles ne résultent pas directement de l'objet même des marchés concernés ou de l'existence de régimes spéciaux, procèdent de consensus politiques sensibles.

**Il en va particulièrement ainsi des marchés de services attribués sur la base de droits exclusifs**, dans la mesure, toutefois, où ces droits exclusifs ont été accordés conformément à la législation européenne.

De même, l'exclusion relative aux concessions de services s'explique par le fait que les concessions ne sont pas assimilables, dans leurs finalités et leurs contraintes, aux marchés publics, et qu'elles doivent demeurer une catégorie juridique distincte.

Parmi ces exclusions essentielles et à titre d'exemple, les marchés qui exigent le secret, des conditions d'exécution particulières de sécurité, ou qui doivent être exclus parce que la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige, et qui sont exclus par l'effet de l'article 14 de la directive 2004/18/CE<sup>8</sup> ou

<sup>7</sup> Notamment CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, Aff. C-324/98.

<sup>8</sup> Article 14 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 : « La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics lorsqu'ils sont déclarés secrets ou lorsque leur exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité,

de l'article 21 de la directive 2004/17/CE, doivent continuer à être exclus. Certes, une directive spécifique<sup>9</sup> régit désormais les marchés de défense ou de sécurité (« MDS »). Toutefois, les autorités françaises constatent que cette directive MDS ne couvre pas l'intégralité du champ d'application de l'exclusion de l'article 14. Des marchés qui ne sont pas des marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, ni des marchés destinés à la sécurité nationale et impliquant des informations protégées ou classifiées, continuent de justifier qu'il soit dérogé aux règles ordinaires de la commande publique.

8. *Y a-t-il lieu selon vous d'abroger, de reconsidérer ou d'actualiser certaines exclusions, et dans ce cas, lesquelles? Que proposeriez-vous concrètement?*

**Les autorités françaises considèrent qu'il n'y a pas lieu de reconsidérer les exclusions, ni de les clarifier.** Les exclusions actuelles proviennent d'un consensus politique qu'il ne paraît ni nécessaire, ni opportun de mettre en cause aujourd'hui. Ces exclusions demeurent justifiées pour les mêmes raisons que celles ayant présidées à leur indication. Suffisamment claires et précises, elles sont comprises de l'ensemble des acheteurs publics.

### **1.3 La notion d'acheteurs publics**

#### **Passations de marchés par les entités de la sphère publique**

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

En l'état actuel, les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE définissent clairement les acheteurs publics. Il s'agit de l'Etat, des collectivités territoriales, des organismes de droit public et des associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public.

Par organisme de droit public, il faut entendre tout organisme :

- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;
- doté de la personnalité juridique ;
- dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance, est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

Dans de nombreuses décisions, la Cour de justice de l'Union européenne a dessiné, de manière très claire, les contours de la notion d'organisme de droit public. La rédaction actuelle des directives permet au juge d'effectuer une analyse fine de chaque situation et de déterminer, au cas par cas, si un organisme doit être qualifié ou non d'organisme de droit public. Pour des raisons d'ouverture à la

---

*conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'État membre considéré, ou lorsque la protection des intérêts essentiels de cet État membre l'exige ».*

<sup>9</sup> Directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009.

concurrence et de transparence, une des lignes directrices de la Cour est de considérer que « *la notion d'organisme de droit public doit être comprise dans un sens large* »<sup>10</sup>.

La souple rédactionnelle actuelle permet aux Etats membres d'apprécier, au cas par cas, si un organisme doit être soumis ou non aux directives, sous le contrôle du juge.

**Pour des raisons de sécurité juridique, les autorités françaises estiment qu'il n'est pas nécessaire de clarifier des concepts désormais bien assimilés par les acheteurs publics et les opérateurs économiques.**

### Service d'utilité publique

*10. Des règles de l'UE vous semblent-elles encore nécessaires pour les passations de marchés publics dans ces secteurs (secteurs d'utilité publique)? Veuillez motiver votre réponse.*

*10.1 Dans l'affirmative, certains secteurs actuellement couverts par ces dispositions devraient-ils en être exclus? Inversement, ces dispositions devraient-elles être étendues à d'autres secteurs? Veuillez indiquer les secteurs qui devraient selon vous être couverts, et expliquer.*

**Les autorités françaises estiment que des règles de l'Union sont encore nécessaires afin de garantir que les marchés relatifs à l'exercice des activités entrant dans le champ d'application de la directive 2004/17/CE soient passés de manière transparente et non discriminatoire.**

Les spécificités de ces secteurs - exposées par les considérants 2 et 3 de la directive, qui justifient une réglementation particulière concernant la passation de marchés, demeurent valables. Ces considérants justifient en effet cette réglementation par le fait, d'une part, que les autorités nationales peuvent influencer le comportement d'entités<sup>11</sup>, qui sont soit des entreprises publiques soit des entreprises privées bénéficiant de droits exclusifs et, d'autre part, que ces secteurs sont caractérisés par des marchés fermés, cette fermeture étant due à l'octroi par les Etats membres de droits spéciaux ou exclusifs pour l'approvisionnement, la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fournissant le service concerné.

En effet, le constat de l'existence d'un contexte industriel dans lequel évoluent les entités adjudicatrices, qui avait présidé à l'instauration de la première directive « secteurs spéciaux », est toujours d'actualité et justifie l'application de règles spécifiques.

Ainsi, dans le secteur des transports, selon les Etats membres, les activités relevant du champ d'application de la directive sont exercées par les pouvoirs publics (services de navigations aériennes) ou par des entreprises publiques (transports ferroviaires intérieurs de voyageurs<sup>12</sup>, réseau ferroviaire, fluvial, etc.).

En outre, les achats de fournitures spécialisées telles que les installations de sécurité (appareils de voies, de signalisation par exemple) nécessitent une coopération étroite avec les industriels afin d'assurer la qualité et la fiabilité de leurs produits tout en offrant les plus grandes garanties en terme de sécurité. Ceci passe notamment par des processus de prototypages, tests et homologation préalables, afin que les produits soient aptes à circuler sur le réseau. Dans ce contexte, le dialogue entre client et fournisseurs est indispensable à la réalisation des objectifs de gestion et de réduction des coûts du ferroviaire et ne peut se concevoir dans un contexte de procédures longues, complexes et rigides.

<sup>10</sup>CJUE, 23 février 2003, *Adolf Truley GmbH c/ Bestattung Wien GmbH*, C-373/00, point 43.

<sup>11</sup>Notamment par des participations dans leur capital ou une représentation dans leurs organes d'administration, de gestion ou de surveillance.

<sup>12</sup>Les services intérieurs de transport de voyageurs ne sont pas aujourd'hui ouverts à la concurrence.

A côté de la souplesse des procédures, la directive 2004/17/CE comporte également d'autres différences avec la directive classique (notamment en matière d'accords-cadres et de système de qualification) et des exigences moins contraignantes notamment en matière de marchés complémentaires qu'il est important de conserver.

En matière aérienne, la réglementation spécifique aux « secteurs spéciaux » permet de répondre aux caractéristiques de ce secteur d'activités. Les services de navigation aérienne<sup>13</sup> sont en effet gérés par des entités de statut différent (administrations ou entreprises privées ou de droit privé avec des capitaux publics)

Il paraît donc particulièrement important que l'ensemble des acheteurs publics prestataires de services de navigation aérienne, tous statuts confondus, soit soumis à des règles communes afin de ne pas pénaliser les entités publiques au détriment des entreprises de droit privé. En outre, la nécessité pour les gestionnaires de navigation aérienne de procéder à des achats communs dans le cadre de la réglementation sur le Ciel Unique - et notamment du FABEC<sup>14</sup> - rend indispensable l'application des mêmes règles à tous.

Par ailleurs, il paraît indispensable de conserver un cadre particulièrement souple compte tenu de la spécificité des achats réalisés dans ce secteur (achat de matériels ou de services sur des segments de marché très pointus). Il serait en outre souhaitable de mentionner de façon explicite les services de navigation aérienne dans le champ d'application de la directive.

Enfin, concernant les services postaux, l'article 6 de la directive 2004/17/CE, relatif aux services postaux, pourrait être actualisé au regard de la directive postale de 2008. Depuis 2008, l'activité postale doit être distinguée de l'activité financière. **Par ailleurs, il apparaît que les définitions présentes à l'article 6, b), de la directive ne sont plus d'actualité, de même que les services financiers mentionnés sous c), 4<sup>ème</sup> tiret.**

*11. Le champ d'application de la directive est actuellement défini en fonction des activités des entités concernées, de leur statut juridique (public ou privé) et, s'il s'agit d'entités privées, de l'existence ou non de droits spéciaux ou exclusifs. Ces critères vous semblent-ils pertinents, ou vous paraît-il souhaitable d'en appliquer d'autres? Veuillez motiver votre réponse.*

Les autorités françaises estiment que les critères liés au caractère fermé du marché et au lien entre l'autorité nationale et l'opérateur chargé de réaliser le service restent pertinents.

*12. La vocation commerciale ou lucrative d'entreprises privées peut-elle être considérée comme suffisante pour garantir l'objectivité et l'équité de leurs passations de marché (y compris lorsqu'elles jouissent de droits spéciaux ou exclusifs)?*

Les autorités françaises partagent cette analyse. Dans un environnement concurrentiel, la vocation commerciale ou lucrative d'une entreprise privée l'amène à procéder à l'acquisition de biens, travaux et services correspondant le mieux possible à ses besoins, en obérant le moins possible ses capacités concurrentielles. La recherche de bénéfice oriente par construction les choix vers l'offre économiquement la plus avantageuse.

Les autorités françaises ne considèrent pas que l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux à une entreprise privée entraîne une modification de sa politique de recherche du profit.

<sup>13</sup> Au sens du règlement n° 549/2004 du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2004 fixant le cadre pour la réalisation du ciel unique européen.

<sup>14</sup> Bloc d'espace aérien fonctionnel d'Europe Centrale.

En outre, la vocation commerciale ou lucrative d'une entreprise privée constitue une garantie suffisante d'objectivité et d'équité, même dans l'hypothèse où l'entreprise jouit d'un droit exclusif ou spécial.

Dès lors, **les autorités françaises estiment souhaitable d'exclure du champ d'application des directives les sociétés privées à vocation commerciale ou lucrative.**

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

Les autorités françaises sont favorables au maintien de ce dispositif qui a été clarifié

Les dispositions actuelles de l'article 30 de la directive 2004/17/CE sont un bon moyen d'adapter le champ d'application de la directive à l'évolution des modalités de régulation et de concurrence sur les marchés. L'article 30 permet de faire adopter à la Commission européenne une décision concernant le caractère concurrentiel des activités sur la base d'un faisceau de critères juridiques, économiques, financiers et techniques permettant une analyse objective et pertinente. Ceci permet d'adapter la réalité juridique à la réalité des marchés.

Cette disposition d'apparence complexe est particulièrement utile. Ainsi, en matière de services postaux, les services de colis express ont donné lieu à des décisions positives de la Commission, fondées sur l'article 30 et reconnaissant un degré suffisant d'exposition concurrentielle de cette activité. Une telle solution a permis d'alléger les contraintes imposées aux entités adjudicatrices liées au respect de la 2004/17/CE. En outre, les décisions de la Commission sont susceptibles de révision selon l'évolution de la situation du marché concerné.

Il est cependant utile de garder à l'esprit que l'ouverture à la concurrence d'un secteur ne débouche pas nécessairement sur une libéralisation du marché. La principale raison tient au fait que la compétence de l'opérateur établi ou des opérateurs établis ne peut être égalée par un opérateur tiers qu'après une période de transition, plus ou moins longue selon les domaines concernés. Il peut apparaître également que le secteur est structurellement déficitaire et n'attire pas de nouveaux opérateurs, ce qui complique le jeu de la concurrence.

**Les autorités françaises considèrent donc que le mécanisme de l'article 30 de la directive 2004/17/CE doit être maintenu afin de garantir la flexibilité nécessaire aux entités adjudicatrices face à l'évolution du marché pertinent.**

## 2 AMELIORER LES OUTILS DES POUVOIRS ADJUDICATEURS

*Les autorités françaises sont favorables au développement d'une logique d'efficacité de la commande publique qui responsabilise davantage les acheteurs et qui repose sur une liberté de choix de la procédure la plus adaptée.*

*Pour ce faire, la **procédure négociée avec publication d'un avis de marché doit devenir une procédure de passation de droit commun**, au même titre que les procédures d'appel d'offre ouvert et restreint ou que le dialogue compétitif. Cette nouvelle logique reposerait nécessairement sur un mécanisme permettant de garantir le respect des principes du Traité. Par ailleurs, il paraît utile d'introduire davantage de souplesse dans l'organisation des étapes de la procédure, **notamment en autorisant, dans certains cas, l'inversion des phases d'examen des offres et des candidatures**. Cette possibilité d'assouplissement devra toutefois demeurer facultative et être utilisée uniquement lorsqu'elle est adaptée aux besoins du pouvoir adjudicateur et à l'objet du marché.*

*Constatant que les petits pouvoirs adjudicateurs éprouvent toujours des difficultés face à la réglementation des marchés publics, la France est très favorable à toute solution de simplification qui n'amoinerait pas la sécurité juridique.*

*De la même façon, elle est opposée à l'introduction de dispositions régissant l'exécution des contrats, ce domaine devant relever du droit de chaque Etat membre.*

*Les autorités françaises estiment **qu'il n'est ni utile ni souhaitable de prendre des dispositions législatives concernant les possibilités de coopération public-public**.*

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

**Les autorités françaises considèrent que le niveau de détail actuel des règles en matière de marchés publics n'est pas toujours adapté.**

En général, les règles sont trop détaillées. Cela a notamment pour conséquence d'empiéter sur les capacités des Etats membres à adapter ces règles à leurs propres structures administratives et sur la liberté de choix des pouvoirs adjudicateurs. Ces derniers doivent pourtant demeurer libres d'adapter leur politique d'achat à leurs caractéristiques propres et à leur environnement.

S'agissant des conditions de recours aux procédures, les autorités françaises estiment qu'elles sont trop encadrées et sont parfois source de difficultés d'application pour les acheteurs. Elles sont favorables à ce que les acheteurs puissent librement avoir recours aux différentes procédures, **notamment à la procédure négociée** et au dialogue compétitif, en fonction de leurs besoins et sous leur responsabilité.

Il est nécessaire de prévoir des garde-fous pour assurer le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence, la rigidité et la complexité des procédures étant susceptible d'encourager les stratégies de contournement et de fuite des acheteurs publics. Par conséquent, les autorités françaises estiment qu'il importe de trouver l'équilibre entre un excès de charge et le respect de ces principes.

## 2.1 Moderniser les procédures

### Procédures générales

15. *Pensez-vous que les procédures actuellement prévues par les directives permettent aux pouvoirs adjudicateurs d'obtenir le meilleur résultat possible? Dans la négative, comment améliorer ces procédures afin d'alléger la charge administrative et de réduire les coûts de transaction et la durée des procédures, tout en garantissant aux pouvoirs adjudicateurs le meilleur rapport qualité-prix?*

16. *D'autres types de procédures, ne figurant pas dans les directives actuelles, vous paraissent-ils susceptibles d'améliorer le rapport coût-efficacité des procédures de passation?*

**Les autorités françaises estiment que les procédures actuellement prévues par les directives sont trop rigides et ne permettent pas d'ajuster les offres aux besoins des pouvoirs adjudicateurs.** Elles estiment utile l'existence de procédures uniformes, simples et connues de tous les acheteurs publics à l'intérieur de l'Union européenne.

Elles souhaitent un allègement des procédures et une simplification des processus de passation des marchés publics. Dans une logique de chasse aux coûts de transaction, coûts comptables mais également économiques, la simplification de la législation est un enjeu de sécurité juridique et de renforcement de la rationalité économique de l'achat.

Les autorités françaises ne sont pas favorables à la création d'une nouvelle procédure **mais souhaitent faire de la procédure négociée et du dialogue compétitif des procédures de droit commun.** Cela permettrait à la fois de renforcer l'efficacité de la commande publique et de satisfaire aux exigences de souplesse de l'action publique, ainsi que de favoriser le développement de l'achat public transfrontalier direct<sup>15</sup>.

17. *Les procédures et outils prévus par les directives pour répondre à certains besoins spécifiques et faciliter la participation du secteur privé grâce à des partenariats public-privé (systèmes d'acquisition dynamiques, dialogue compétitif, enchères électroniques, concours) devraient-ils selon vous être conservés en l'état, modifiés (et comment) ou supprimés?*

Ces procédures ont été introduites dans les directives pour répondre à certains besoins spécifiques des acheteurs publics. Selon les autorités françaises, ces procédures ne donnent pas entière satisfaction.

Les directives devraient être envisagées comme des « **boîtes à outils** » complètes, en supprimant les conditions limitant le recours aux diverses procédures. Il appartient aux pouvoirs adjudicateurs, en effet, d'évaluer au cas par cas les procédures et modalités leur permettant d'obtenir l'offre correspondant le mieux à leur besoin.

**De manière générale, les autorités françaises sont donc favorables à ce que toutes les procédures deviennent de droit commun.** Cela suppose la suppression des conditions limitant le recours aux procédures. Il appartient aux pouvoirs adjudicateurs, en effet, d'évaluer au cas par cas les meilleures modalités de leurs achats. En tout état de cause, c'est une logique de « boîte à outils » qui doit être privilégiée dans les directives, sans restriction inutile ni source de complexité superflue.

---

<sup>15</sup> Cf. Questions 17 et 19.

Les autorités françaises estiment souhaitable que le dialogue compétitif devienne une procédure de droit commun, au même titre que les actuelles procédures ouverte et restreinte. Elles souhaitent que cette procédure soit, en outre, assouplie. La marge de manœuvre plus grande laissée aux acheteurs publics permettrait d'ajuster davantage l'offre aux besoins des acheteurs, tout en contribuant à la professionnalisation des acheteurs publics. Il convient de garantir la marge de manœuvre des Etats membres, de manière à ce qu'ils puissent décider, le cas échéant, qu'une procédure déterminée est obligatoire pour la passation de certains marchés, pour des raisons tenant à leur spécificité. Ainsi, pour les marchés de maîtrise d'œuvre, l'avis de professionnels, sous forme d'un jury collégial, peut apporter un éclairage utile à l'acheteur public.

Les Etats membres doivent demeurer libre d'imposer, lorsqu'ils l'estiment justifié, que la procédure spécifique du concours de service soit la seule utilisable pour la passation de tels marchés.

*18. D'après l'expérience que vous avez pu faire de la procédure accélérée en 2009 et 2010, seriez-vous favorable à la généralisation de cette possibilité d'appliquer des délais plus courts dans certaines circonstances? Cela pourrait-il se faire, selon vous, sans compromettre la qualité des offres?*

La directive 2004/18/CE autorise le recours à une procédure accélérée lorsque l'urgence le justifie.

Les autorités françaises n'ont pas eu recours à cette procédure d'urgence pour faire face à la crise. Elles sont intéressées par le retour d'expériences des autres Etats membres sur ce sujet.

### **Recourir davantage à la négociation**

*19. Vous paraît-il souhaitable d'autoriser un recours accru à la négociation dans le cadre des procédures de passation de marchés publics, et/ou de généraliser la procédure négociée avec publication préalable?*

*20. Dans ce dernier cas, cette possibilité devrait-elle exister pour tous les types de marchés/tous les types de pouvoirs adjudicateurs, ou seulement sous certaines conditions ?*

En l'état actuel, le recours à la procédure négociée, avec ou sans publication d'un avis de marché, n'est prévu par la directive 2004/18/CE que dans des cas limitativement énumérés aux articles 30 et 31. La directive 2004/17/CE l'autorise, quant à elle, plus largement. La procédure négociée avec publication d'un avis de marché est, en effet, prévue par l'article 40 comme procédure de droit commun, à côté de la procédure ouverte et de la procédure restreinte. Seuls les cas de recours à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché sont limitativement énumérés (Cf. article 40§3). Ils sont prévus dans les mêmes termes que ceux posés à l'article 31 de la directive 2004/18/CE.

L'Accord sur les marchés publics (AMP) autorise le recours à la négociation dans des termes larges, aux seules conditions d'avoir été annoncé dans l'avis de marché et de respecter les principes de transparence et d'égalité.

**Les autorités françaises souhaitent que la procédure négociée avec publication d'un avis de marché de l'article 30 de la directive 2004/18/CE devienne une procédure de droit commun.** La marge de manœuvre plus grande laissée aux acheteurs publics permettrait d'ajuster davantage l'offre aux besoins des acheteurs. La négociation contribuerait ainsi au développement d'une politique d'achat efficace et à la professionnalisation des acheteurs publics. Elle permettrait également de favoriser le développement de l'achat public transfrontalier direct, actuellement freiné par le formalisme des procédures, et de lutter contre les comportements anticoncurrentiels.

21. *Pensez-vous qu'un recours généralisé à la procédure négociée comporterait des risques d'abus ou de discrimination? Outre les garde-fous déjà prévus par les directives pour la procédure négociée, faudrait-il imposer des obligations supplémentaires en matière de transparence et de non-discrimination pour contrebalancer ce pouvoir discrétionnaire accru? Quelles pourraient-êre ces obligations?*

Une procédure négociée non encadrée peut comporter des risques d'abus ou de discrimination. Toutefois, ce risque est écarté dans la procédure négociée avec publication et mise en concurrence préalable, telle qu'elle est organisée aujourd'hui dans les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE. Ne modifiant pas les conditions de la mise en concurrence initiale, elle est tout à fait respectueuse des principes de transparence et de non discrimination.

C'est pourquoi **les autorités françaises souhaitent que la procédure négociée avec publication et mise en concurrence préalable devienne une procédure de droit commun.**

En l'état actuel, les directives ont déjà prévu des mécanismes efficaces permettant de se prémunir contre les risques de violation des principes de transparence et de non-discrimination, en réservant les hypothèses de recours à la procédure négociée sans mise en concurrence préalable à des hypothèses strictement limitées.

Par ailleurs, y compris dans le cadre de la procédure négociée, les attributions de contrats sont susceptibles d'être contestées de manière utile par un candidat évincé dans les conditions fixées par la directive « recours » 2007/66/CE. D'ailleurs, en France, les marchés passés en procédure adaptée et les délégations de service public sont effectivement contrôlés par le juge dans ce cadre.

Les autorités françaises ne sont, par conséquent, pas favorables à l'introduction de nouvelles obligations en matière de transparence et de non-discrimination.

## **Biens et services commerciaux**

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

**Les autorités françaises n'estiment pas nécessaire de prévoir une procédure simplifiée pour l'achat de biens et services commerciaux.** De manière générale, les autorités françaises sont favorables à la suppression des conditions particulières de recours à une procédure déterminée, en particulier pour la procédure négociée.

En revanche, pour ce type d'achat, **une réduction des délais de consultation serait utile.** Il s'agit en effet de biens ou services standardisés, susceptibles de présenter un prix et une qualité identique sur l'ensemble du marché, qui ne nécessitent pas pour les candidats un long délai de préparation des offres.

**Cette réflexion pourrait être élargie à d'autres achats que les biens et services commerciaux, notamment en cas de dématérialisation des procédures.**

## Sélection et attribution

23. *Seriez-vous en faveur d'une plus grande souplesse en ce qui concerne l'organisation et l'ordre de vérification des critères de sélection et des critères d'attribution dans le cadre de la procédure de passation? Dans l'affirmative, devrait-il être possible d'examiner les critères d'attribution avant les critères de sélection?*

24. *Serait-il justifié d'autoriser les pouvoirs adjudicateurs, dans certains cas exceptionnels, à tenir compte durant la phase d'attribution de critères liés au soumissionnaire lui-même? Dans l'affirmative, veuillez préciser dans quels cas, et quelles mesures supplémentaires seraient nécessaires selon vous pour garantir l'équité et l'objectivité des décisions d'attribution dans un tel système.*

Les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE, ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>16</sup>, fixent un cadre très explicite en ce qui concerne l'organisation et l'ordre de vérification des critères de sélection des candidatures et d'attribution du marché. Le pouvoir adjudicateur doit respecter deux phases : la sélection des candidatures et le choix de l'offre. Il convient donc de bien distinguer les critères de sélection des candidatures de ceux relatifs au choix de l'offre afin de ne pas confondre les deux phases.

De manière concrète, cette organisation se traduit par un ordre de vérification qui fait d'abord intervenir la sélection des candidatures et ensuite le jugement des offres.

**Les autorités françaises considèrent qu'un assouplissement de l'organisation et de l'ordre de vérification des critères de sélection des candidatures et d'attribution du marché serait souhaitable.** Cet assouplissement pourrait se traduire de trois manières :

- autoriser l'acheteur public à inverser l'ordre de vérification des critères, de sorte qu'il puisse juger d'abord les offres pour les classer, et ne vérifier qu'ensuite la candidature de l'entreprise dont l'offre a été classée en première position ;
- autoriser l'acheteur public à évaluer les capacités des candidats, non seulement au regard de l'objet du marché, mais également au regard de l'offre présentée ;
- autoriser l'acheteur public à sélectionner les candidatures au regard d'un projet d'offre, lorsque le besoin de l'acheteur n'a pu être précisément défini.

### *Autoriser l'acheteur public à inverser l'ordre des phases de sélection*

Une inversion des phases d'analyse des candidatures et des offres allégerait la charge administrative des candidats. Ces derniers n'auraient à fournir les documents relatifs à la candidature que si leur offre a été classée parmi les premières. C'est une réponse à la demande récurrente des PME en faveur d'un allègement des charges leur incombant au stade de la candidature.

Parallèlement, cette mesure ne déboucherait pas sur un alourdissement des charges pesant sur les acheteurs. Ceux-ci devraient certes analyser l'ensemble des offres mais n'auraient pas à analyser toutes les candidatures.

Un tel assouplissement serait de nature à favoriser l'accès des PME, et notamment des PME innovantes, à la commande publique en contrant la tendance des acheteurs à favoriser les entreprises les plus connues, ou les plus solides.

Par ailleurs, une telle inversion aiderait les entreprises en difficulté à accéder aux marchés publics. Cela contrerait la tendance à moins bien noter l'offre de l'entreprise en cours de redressement, alors

<sup>16</sup> CJUE, 20 septembre 1988, *Beentjes*, affaire 31/87, points 15 à 19.

même qu'elle aurait été autorisée à poursuivre son activité pour une durée qui excède la durée prévisible d'exécution du marché.

Cet assouplissement inciterait également à la recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse et la plus innovante. Ayant analysé les offres, les acheteurs pourraient tenir compte du niveau de capacité qu'elles nécessitent pour leur parfaite exécution, au moment de procéder à l'analyse des candidatures. Cet assouplissement est donc particulièrement nécessaire lorsque l'acheteur public a défini son besoin en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, ou lorsqu'il a autorisé les variantes. Dans ces hypothèses, il ne peut en effet connaître les capacités requises qu'au regard de la teneur des offres, ou des variantes, proposées par les candidats. Cet écueil incite, à ce jour, les acheteurs publics à ne pas définir leurs besoins en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, au détriment des solutions plus efficaces existant sur le marché.

Enfin, cette proposition garantit l'acheteur public de la parfaite exécution des engagements contractuels. A l'issue du classement des offres, ce dernier pourra s'assurer que le titulaire pressenti possède la capacité technique de mener à bien les prestations prévues. Dans le cas contraire, il pourra l'éliminer au profit du candidat arrivé en deuxième position. A ce jour, face à un constat d'inadaptation des capacités du candidat à exécuter correctement l'offre qu'il a proposée, l'acheteur est démuné.

#### *Autoriser l'acheteur public à évaluer les capacités des candidats au regard de l'offre présentée*

Autoriser l'acheteur public à évaluer les capacités des candidats, non seulement au regard de l'objet, mais également de l'offre présentée, évite d'éliminer une entreprise qui a les capacités technique, professionnelle et financière lui permettant d'exécuter l'offre qu'elle propose.

Une telle possibilité favoriserait l'innovation et la recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse. Elle inciterait les acheteurs à définir plus couramment leurs besoins en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, à lui proposer des solutions innovantes ou des variantes. Dans ces hypothèses, il ne peut en effet connaître des capacités nécessaires qu'au regard des offres faites par les candidats.

Un tel critère supplémentaire d'évaluation des offres permettrait de rejeter un candidat qui, bien qu'ayant les capacités nécessaires au regard de l'objet du marché, et ayant par conséquent passé le filtre de la sélection des candidatures, n'a pas les capacités qu'exige la réalisation de l'offre qu'il propose. En l'état actuel du droit, lorsque l'offre proposée est la meilleure, mais que les capacités de l'entreprise sont insuffisantes, l'acheteur public est démuné. La possibilité de prendre en considération les capacités des candidats, au stade de l'évaluation de l'offre et au regard de cette offre, permettrait de résoudre ce problème.

En France, cette possibilité est déjà ouverte aux pouvoirs adjudicateurs en matière de délégations de service public, sous le contrôle du juge.

#### *Autoriser les acheteurs à sélectionner les candidatures au regard d'un projet d'offre*

Cet assouplissement n'est qu'une variante des deux précédents.

Il s'agit, notamment pour les contrats dans lesquels la nature du projet est essentielle, et en particulier dans des contrats de travaux d'importance, de pouvoir sélectionner d'emblée les opérateurs économiques au regard d'une esquisse de ce qu'ils entendent proposer. On épargnerait ainsi, tant aux acheteurs qu'aux candidats dont le projet ne correspond pas, la phase d'évaluation des offres. C'est un montage procédural qui se pratique déjà en France, sous le contrôle du juge, en matière de concessions de travaux.

Suffisamment encadrés, ces aménagements de procédure garantissent la transparence (indication, dans le dossier de consultation des entreprises, de la procédure que l'acheteur entend suivre, des modalités et méthodes d'analyse qu'il utilisera, des critères,...etc.) et l'égalité de traitement des candidats (traçabilité et archivage des analyses, possibilité des candidats rejetés d'obtenir de l'acheteur les

motivations détaillées de la décision prise, dans le respect du secret commercial et industriel et des autres secrets garantis par la loi,...etc.).

Il importe, cependant, de privilégier la logique « boîte à outils » des directives « marchés publics ». Ces dernières ne doivent pas imposer de procédure obligatoire ni limiter les conditions dans lesquelles une procédure peut être utilisée par les acheteurs publics. Les Etats membres sont les mieux à même de déterminer les cas où une inversion des phases d'analyse des candidatures et des offres est adaptée, pour reprendre cette proposition. Ainsi, pour certains marchés de services, une telle mesure pourrait s'avérer inopportune. A l'inverse, elle serait tout à fait adaptée dans l'hypothèse d'un marché de fournitures de bureau, par exemple.

De même, les Etats membres doivent veiller à conserver toute la latitude de choix des acheteurs publics. Ceux-ci doivent demeurer libres d'avoir recours, ou non, à l'assouplissement autorisé, compte tenu des caractéristiques des besoins à satisfaire, de leurs contraintes propres, de la structure de la concurrence existante sur le marché, de l'intérêt transfrontalier ainsi que des circonstances de l'achat.

### **Tenir compte des expériences antérieures**

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

Les directives actuelles laissent une marge de manœuvre suffisante aux acheteurs publics pour prendre en compte l'expérience professionnelle des soumissionnaires. Ainsi, les manquements d'une entreprise dans l'exécution de précédents marchés publics permettent d'écarter sa candidature, à condition que l'acheteur recherche si d'autres éléments du dossier de candidature de la société permettent à celle-ci de justifier de garanties.

Les autorités françaises estiment donc qu'il n'est pas nécessaire que la directive autorise explicitement la prise en compte des expériences antérieures faites avec un ou plusieurs soumissionnaires, cette possibilité étant déjà permise et encadrée dans divers Etats membres.

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

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

Les autorités françaises ne sont pas favorables à l'adoption de nouvelles règles en matière de marchés publics. Elles considèrent en outre que les instruments existants sont adaptés aux spécificités des secteurs couverts par le champ d'application de la directive.

## 2.2 Des instruments spécifiques pour les petits pouvoirs adjudicateurs

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

27. *L'application intégrale du régime de passation des marchés publics vous paraît-elle adaptée ou non aux besoins des petits pouvoirs adjudicateurs? Veuillez expliciter votre réponse.*

28. *Dans l'affirmative, seriez-vous favorable à un régime simplifié pour la passation de marchés d'un montant relativement faible par les collectivités territoriales? Quelles devraient en être les caractéristiques?*

Les autorités françaises considèrent que, malgré des efforts de simplification entrepris en France, notamment dans le cadre du plan de relance, **les petits pouvoirs adjudicateurs éprouvent toujours des difficultés face à la réglementation des marchés publics**. Celle-ci implique une professionnalisation accrue des acheteurs, qui doivent maîtriser, outre les procédures de passation *stricto sensu*, la mise en place de la dématérialisation des procédures et la transposition de la directive « recours »<sup>17</sup>. Pour mémoire, ces dernières dispositions<sup>18</sup> ont notamment introduit le référé contractuel, la publication éventuelle d'avis d'intention de conclure pour les marchés à procédure adaptée, et renforcé l'obligation de motivation du rejet aux candidats évincés. Or, les petits pouvoirs adjudicateurs ne disposent pas nécessairement des structures et des compétences nécessaires pour s'approprier ces éléments de procédure et s'y conformer. Ainsi, en France, sur 36 682 communes qui constituent autant de pouvoirs adjudicateurs, 34 690 comptent moins de 5 000 habitants. Elles ne disposent pas nécessairement de la capacité financière qui leur permettrait de recourir aux services de conseils spécialisés en marchés publics.

Les autorités françaises estiment toutefois que l'amélioration de la situation des petits pouvoirs adjudicateurs au regard de la commande publique ne passe pas par l'instauration d'un régime spécifique. En revanche, les autorités françaises ne peuvent qu'être favorables à toute solution de simplification générale qui n'amoindrirait pas la sécurité juridique.

**En effet, en l'état actuel du droit de l'Union, divers instruments peuvent déjà être mis en place au niveau national pour améliorer la situation des petits pouvoirs adjudicateurs.** L'article 8 du code des marchés publics permet par exemple aux pouvoirs adjudicateurs (services de l'Etat, collectivités territoriales et leurs établissements publics) de se regrouper pour former un groupement de commandes. Par ailleurs, les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) peuvent être amenés dans leurs domaines de compétence à passer des marchés pour le compte des communes membres. L'article L 5211-4-2 du code général des collectivités territoriales, créé par la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, ouvre d'autres perspectives, comme la constitution d'un service commun, en dehors des compétences transférées, entre un EPCI à fiscalité propre et une ou plusieurs communes membres. Cette disposition vise précisément à favoriser la constitution de services mutualisés dans les services fonctionnels. Il convient d'ajouter que des mesures de simplification ont déjà été prises, notamment dans le cadre du plan de relance. Ainsi, le seuil des marchés formalisés de travaux a été relevé au niveau du seuil européen<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Directive 2007/66/CE du Parlement et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 et 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

<sup>18</sup> Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, et décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

<sup>19</sup> Décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics.

L'assouplissement nécessaire du droit doit être généralisé et ne doit pas être propre aux petits pouvoirs adjudicateurs. Ainsi, la suppression des conditions particulières pour recourir à la procédure négociée bénéficiera aux petits pouvoirs adjudicateurs – pour leurs marchés les plus importants – comme aux grands. A l'inverse, une définition des « petits pouvoirs adjudicateurs » induirait nécessairement un effet de seuil préjudiciable. Elle impliquerait également le risque d'une fixation arbitraire des seuils à partir desquels les collectivités territoriales pourraient y recourir (importance démographique, budget,...etc.). Même si ces adaptations se révélaient réalisables, le risque d'une moindre sécurité juridique qu'apporteraient aux décideurs locaux des règles trop imprécises est à prendre en compte. En outre, un régime spécifique créerait une discrimination entre pouvoirs adjudicateurs locaux et services déconcentrés de l'Etat.

Enfin, les directives « marchés publics » sont par construction peu adaptées aux problématiques des « petits pouvoirs adjudicateurs ». La formation des acheteurs publics, à titre d'exemple, ne dépend pas des directives européennes. Par ailleurs, les petits pouvoirs adjudicateurs passent rarement des marchés au-dessus des seuils européens.

Sous les seuils européens, et en vertu du principe de subsidiarité, il appartient aux Etats membres, dans le respect des principes du droit européen<sup>20</sup>, de définir les procédures simplifiées que les pouvoirs adjudicateurs emploient pour effectuer les achats sous les seuils.

En France, par exemple, la procédure adaptée, décrite à l'article 28 du code des marchés publics et applicable sous les seuils, satisfait déjà à l'exigence de simplicité. Il convient d'indiquer que la procédure adaptée :

- impose une publicité et une mise en concurrence préalables ;
- est soumise à la directive « recours » telle qu'elle a été transposée en droit national ;
- permet au pouvoir adjudicateur de négocier avec les candidats.

Consultées, les associations d'élus de collectivités territoriales françaises appellent également de leurs vœux l'extension du recours à la négociation, avec publicité et mise en concurrence préalables. Elles craignent en revanche que l'édiction de règles propres aux petits pouvoirs adjudicateurs ne complexifie la réglementation.

**En conclusion, les autorités françaises considèrent qu'il n'y a pas lieu de complexifier les règles applicables en mettant en place des procédures spécifiques aux « petits pouvoirs adjudicateurs ». Elles estiment que ces pouvoirs adjudicateurs bénéficieraient, comme les autres, de la transformation de la procédure négociée avec publication d'un avis de marché en procédure de droit commun.**

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

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

La jurisprudence de la Cour de justice<sup>21</sup> est claire et bien connue des acheteurs publics : en dessous des seuils, comme pour les contrats exclus du champ d'application des directives « marchés publics », ils

<sup>20</sup> Cf. Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics», JO C 179 du 1.8.2006, p. 2.

<sup>21</sup> Par exemple, CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, Aff. C-324/98.

sont tenus de respecter les règles fondamentales du traité, et notamment le principe de non-discrimination et de transparence. **Les autorités françaises considèrent qu'il n'est donc pas nécessaire de modifier les directives sur ce point.**

### 2.3 *Coopération public-public*

30. *Compte tenu de ce qui précède, jugez-vous utile de prendre au niveau de l'UE des dispositions législatives concernant les possibilités de coopération public-public et les critères s'y appliquant?*

Dans son arrêt C-480/06, « *Commission des Communautés européennes c/ Allemagne* », du 9 juin 2009, la CJUE a complété sa jurisprudence relative aux coopérations « en interne » (ou « prestation intégrées » ou encore « in-house ») pour distinguer un autre type de coopération entre personnes publiques, qualifiée de coopération « horizontale » qui, à la différence de la première, ne repose pas sur l'existence d'un organisme de droit public, mais sur celle d'une simple convention. Une telle coopération ne relève pas du droit de la commande publique, mais entre dans l'espace laissé pour choisir librement la meilleure organisation du service public et mener à bien des activités d'intérêt public.

Ces deux formes de coopération public-public constituent des cas d'exemption de l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics. Elles n'obéissent pour autant pas à la même logique et le degré d'identification de leurs périmètres respectifs diffère sensiblement.

S'agissant de ce dernier point, les critères d'application de la coopération « en interne », dégagés par la Cour de justice depuis son arrêt « *Teckal* » (C-107/98) du 18 novembre 1999, permettent de définir avec une netteté suffisante les hypothèses dans lesquelles certains marchés attribués à une entité publique ne sont pas considérés comme des marchés publics. Deux critères ont été dégagés au fil des arrêts de la Cour : celui du contrôle analogue et celui selon lequel l'organisme considéré effectue l'essentiel de son activité avec le pouvoir adjudicateur qui le contrôle. Pour ce qui concerne celui du « *contrôle analogue* », dans l'arrêt « *Coditel Brabant* » (C-324-07) du 13 novembre 2008, il a ainsi été jugé que le contrôle d'un membre d'une structure intercommunale sur celle-ci n'a pas à être exercé individuellement par chacun des membres mais peut être exercé conjointement par ceux-ci, statuant, le cas échéant, à la majorité.

Bien que le cadre de la coopération « en interne » soit largement établi, cette définition par la CJUE n'est sans doute pas achevée et correspond au contraire à un processus jurisprudentiel continu et souple permettant de prendre en compte les problématiques inédites posées par les nouvelles modalités d'organisation auxquelles peuvent recourir des entités publiques pour effectuer des prestations intégrées, dans le respect d'un équilibre entre libre concurrence et liberté d'organisation administrative. Les autorités françaises considèrent qu'il n'est donc pas souhaitable de compléter ces jurisprudences par une directive.

La consistance de la coopération « horizontale » ainsi que ses frontières avec le domaine d'application du droit de la commande publique sont en revanche encore relativement nouvelles.

S'il est admis que l'arrêt précité du 9 juin 2009 n'est pas un arrêt d'espèce et ne se limite donc pas aux seuls faits en cause dans ce litige, à savoir le traitement des déchets, sa portée pourra être précisée. La France convient que des éléments de clarification pourraient être utiles mais il paraît approprié de laisser à la Cour le soin de les apporter à partir des critères qu'elle a d'ores et déjà dégagés et qui constituent autant de jalons pour appréhender les modes d'action pouvant relever du domaine de la coopération « horizontale ». A l'instar de ce qui a été observé à l'égard de la coopération « en interne », la Cour de justice sera amenée à définir avec davantage de précision, lors de ses prochains arrêts, les critères d'application de cette nouvelle forme de coopération public-public.

Les autorités françaises considèrent qu'il serait préjudiciable, en voulant dégager dans une directive des critères européens de la coopération « horizontale », qui sont aujourd'hui dans la jurisprudence de la CJUE et risqueraient ainsi de ne pas faire consensus, de cristalliser de manière prématurée un mode relationnel entre personnes publiques appelé à évoluer. Par ailleurs, il convient de laisser au droit national les marges d'appréciation nécessaires pour la mise en œuvre de ces critères compte tenu de l'hétérogénéité des situations dans les Etats de l'Union européenne et compte tenu du principe de subsidiarité. Ce principe de subsidiarité doit également permettre au droit national de restreindre ponctuellement le champ d'application de cette coopération « horizontale » qui déroge au droit européen de la commande publique.

Dans un contexte où la maîtrise de la dépense publique, notamment locale, s'impose, il est en effet indispensable d'offrir aux élus un cadre juridique adapté leur permettant de maîtriser, de manière structurelle, ces dépenses, dans le respect du droit de la commande publique.

Cet enjeu, commun aux Etats membres, revêt une importance particulière en France, dont l'organisation administrative locale se caractérise par un fort morcellement et en conséquence par l'existence de nombreux pouvoirs adjudicateurs à la taille et aux moyens humains et financiers souvent modestes, même si le succès de l'intercommunalité à fiscalité propre vise à surmonter ces difficultés.

Dans le prolongement de l'arrêt de la CJUE du 9 juin 2009, le Parlement français a ainsi renforcé les possibilités de mutualisation de services entre collectivités territoriales et leur assise juridique, en encadrant notamment de manière ouverte, à partir de critères organiques (la coopération ne doit impliquer aucun opérateur privé) et finalistes (la coopération ne doit avoir pour objet que l'exercice en commun d'une compétence reconnue par la loi ou transférée aux acteurs publics intéressés) correspondant à ceux issus de l'arrêt précité, les cas dans lesquels certaines coopérations pour l'exercice en commun d'une compétence ou la prise en charge de services fonctionnels intéressant les départements, les régions, leurs établissements publics, leurs groupements et les syndicats mixtes et entre établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) peuvent être conclues par convention ne relevant pas des règles relatives aux marchés publics<sup>22</sup>. Les possibilités de mutualisation de l'exercice des compétences communales continuent quant à elles à s'inscrire dans le cadre des relations entre les EPCI à fiscalité propre et leurs communes membres : le législateur a ainsi expressément exclu le bloc communal (les relations entre communes et intercommunalités ou entre communes) de cette coopération « horizontale ». Ayant pour objet de déterminer entre ces personnes publiques les modalités d'exercice en commun d'une mission de service public, l'utilisation de ce type de convention ne préjugera pas du mode de gestion ou d'exécution finalement retenu et pourra à cet égard permettre le recours à des prestataires privés.

*31. Seriez-vous favorable à la mise au point d'une définition assortie de critères communs pour les formes de coopération public-public à exempter? Quels en seraient selon vous les principaux éléments?*

Ainsi qu'évoqué ci-dessus, les autorités françaises considèrent qu'il est souhaitable que la définition des critères de chacune des formes de coopération public-public continue à procéder d'une construction jurisprudentielle de la Cour de justice. Au demeurant, la démarche consistant à insérer la coopération « en interne » et celle « horizontale » dans un même cadre ne serait pas indiquée.

Malgré certaines similitudes, ces deux formes de coopération obéissent en effet à des logiques différentes, ce qui limite le bien fondé d'une mise en parallèle des critères qui leur sont applicables :

- d'une part, s'il peut être relevé que les deux jurisprudences concernant respectivement ces coopérations présentent des conditions communes, les justifications de celles-ci peuvent différer.

<sup>22</sup> Article 68 de la loi n°2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales

Ainsi, la nécessité que seules des entités publiques soient impliquées n'est pas fondée, dans les deux cas, sur les mêmes raisons. Dans la jurisprudence de la Cour relative à la coopération « en interne », la nécessité d'une absence de capitaux privés chez le cocontractant tient au fait que « *la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital (...) exclut en tout état de cause que [le] pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.* »<sup>23</sup>. Dans la jurisprudence relative à la coopération « horizontale », en revanche, la limitation aux opérateurs publics procède de la volonté de ne favoriser aucun opérateur privé.

- d'autre part, certaines conditions de la coopération « en interne » ne se retrouvent pas dans la coopération « horizontale ».

La coopération « en interne » implique la limitation de la « vocation de marché » du cocontractant<sup>24</sup>. Cette vocation de marché limite en effet le contrôle que sont susceptibles d'exercer sur lui les autorités publiques. Rien de tel dans la coopération « horizontale », qui n'implique aucun contrôle d'une entité sur une autre.

*32. Seriez-vous plutôt favorable à des règles spécifiques pour chacune des différentes formes de coopération, suivant les conclusions de la jurisprudence de la Cour (par exemple pour la coopération interne et horizontale)? Dans l'affirmative, veuillez indiquer pourquoi, et en quoi devraient consister ces règles.*

**Les autorités françaises sont opposées à l'édition de règles dans ce domaine qui auraient pour effet de rendre plus complexe et moins souple l'état du droit compte tenu de l'évolution en cours de la jurisprudence de la Cour de justice.**

D'autres arrêts de la Cour ne manqueront pas de préciser la frontière qui pourra s'établir entre ce qui relève du marché et ce qui relève de la liberté d'organisation des autorités publiques, dans le même souci d'équilibre que le juge européen a montré dans sa jurisprudence et, notamment, d'encadrer les conditions de mutualisation de services fonctionnels entre collectivités territoriales et entre des collectivités territoriales et leurs groupements.

*33. Les règles adoptées au niveau de l'UE devraient-elles aussi couvrir le transfert de compétences? Veuillez préciser pour quelles raisons.*

Ainsi que la Commission l'a elle-même souligné, « *le transfert de compétences d'une autorité à l'autre pour l'accomplissement d'une mission de service public (...) ne relève pas des directives s'il consiste dans le transfert de l'entière responsabilité de la mission (et non dans une simple délégation de son exécution à une autre autorité).* »

Les transferts de compétences formalisent un mode de répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales ou une modalité d'organisation interne pour l'exécution des missions de ces entités publiques.

Lorsqu'une compétence est transférée, la collectivité ayant procédé à ce transfert n'est plus titulaire de ladite compétence : elle ne dispose par conséquent plus d'aucune légitimité ni aptitude juridique pour intervenir dans le domaine de compétence transféré, c'est-à-dire qu'elle ne dispose plus d'aucun pouvoir de décision ni de modalités d'exercice de ladite compétence. Elle n'en a donc plus la responsabilité.

<sup>23</sup> CJCE, 11 janvier 2005, C-26/03, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH c/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, pt. 49.

<sup>24</sup> CJCE, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant SA c/ Commune d'Uccle et région de Bruxelles-Capitale*, pt. 36.

Indépendamment du cadre juridique relatif aux marchés publics, les transferts de compétence correspondent ainsi à un exercice de la souveraineté des Etats et de la liberté des administrations nationales et locales dans le choix de la meilleure organisation du service public.

Leur problématique étant étrangère à celle des marchés publics, ils n'ont donc pas à être intégrés dans le corps de règles applicables à de tels marchés.

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

*34. De manière générale, êtes-vous favorable à une agrégation plus poussée de la demande et à un recours plus fréquent aux procédures conjointes? Quels en seraient selon vous les avantages et les inconvénients?*

Les autorités françaises sont favorables à une agrégation plus poussée de la demande et à un recours plus fréquent aux procédures conjointes.

Les avantages sont les suivants :

- réaliser des économies d'échelle grâce à l'importance quantitative de l'achat mutualisé et, par conséquent, diminuer le coût financier des achats réalisés ;
- permettre une planification et une rationalisation des achats ;
- gagner du temps pour chacun des pouvoirs adjudicateurs en ne procédant plus à une publicité et à une mise en concurrence ;
- permettre l'achat stratégique.

Afin d'éviter que la mutualisation des achats soit un obstacle pour les PME, la France a pris des mesures facilitant leur accès aux marchés. Ces dispositifs sont l'obligation d'allotir, la possibilité de groupements de commandes, les obligations relatives à l'exécution des marchés, telles que le paiement d'avances ou d'acomptes aux entreprises, le paiement direct des sous-traitants. La législation nationale suffit dès lors à prévenir les éventuels inconvénients de la mutualisation des achats.

Il n'y a donc aucun inconvénient à autoriser de manière plus large le recours à la mutualisation dans les textes européens.

*35. Existe-t-il selon vous des obstacles à cause desquels l'agrégation de la demande ou la passation conjointe de marchés ne pourrait se faire de manière efficiente? Pensez-vous que les instruments prévus dans les directives pour agréger la demande (centrales d'achat, contrats-cadres) fonctionnent bien et sont suffisants? Dans la négative, quelles modifications faudrait-il leur apporter ? Quels autres instruments ou dispositions seraient nécessaires?*

Les autorités françaises considèrent que les règles actuelles posent certaines difficultés en matière d'agrégation de la demande. Elles devraient être modifiées sur deux points.

*L'adaptation des règles relatives aux accords-cadres aux conditions de fonctionnement des centrales d'achat.*

L'article 32, §2, alinéa 2, de la directive 2004/18/CE indique que les marchés subséquents sont passés entre « les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques originellement parties à l'accord-cadre ». Selon l'interprétation faite par la Commission le 25 février 2005, les pouvoirs adjudicateurs appelés à conclure les marchés subséquents doivent être « identifiés de manière précise dans l'avis de

*marché, soit en les nommant directement dans l'avis même, soit par référence à d'autres documents (par exemple le cahier des charges ou une liste disponible auprès d'un des pouvoirs adjudicateurs...).* ». Pour les accords-cadres conclus par une centrale d'achat, la Commission précise que la description doit permettre une identification immédiate des pouvoirs adjudicateurs, par exemple « *les communes de la province x ou de la région y* », qui pourront conclure les marchés subséquents. Elle rappelle que les accords-cadres constituent un système clos dans lequel aucune personne, acheteur ou fournisseur, ne peut entrer postérieurement à la signature du contrat.

Par conséquent, les acheteurs susceptibles de passer des marchés subséquents postérieurement à un accord-cadre conclu par une centrale d'achat doivent avoir signé l'accord-cadre ou bien être mentionnés dès la conclusion de l'accord-cadre comme bénéficiant de cet accord. Les pouvoirs adjudicateurs qui deviennent membres de la centrale postérieurement à la signature de l'accord-cadre ne peuvent donc pas en bénéficier.

Les autorités françaises souhaitent que les dispositions de l'article 32, §2, alinéa 2, de la directive 2004/18/CE soient supprimées afin que les pouvoirs adjudicateurs, sans limitation, puissent conclure les marchés subséquents d'un accord-cadre passé par une centrale d'achat.

Cela permettrait de donner toute sa portée au dispositif des centrales d'achat, actuellement grevé par cette limitation inadéquate. Dans le même temps, un tel dispositif ne serait en rien contradictoire avec les objectifs et le système de la directive, les principes de transparence et de non-discrimination demeurant garantis.

#### *La possibilité, pour les centrales d'achat, de passer un marché en urgence impérieuse en cas de défaillance du titulaire*

Le recours à une centrale d'achat fait bénéficier les pouvoirs adjudicateurs, non seulement des économies liées à la mutualisation, mais aussi d'une réduction des coûts de transaction grâce à son impact sur l'organisation des services d'achat. Les collectivités qui ont choisi d'organiser leurs services d'achat en fonction d'un recours important à une centrale d'achat, ce qui est de plus en plus fréquent, peuvent être dans l'impossibilité de faire face à une rupture d'approvisionnement dans le cas de défaillance d'un fournisseur de la centrale d'achat.

Si l'opérateur économique avec lequel la centrale d'achat a passé un marché public ou un accord-cadre est défaillant, le pouvoir adjudicateur qui a placé légitimement sa confiance dans la centrale d'achat risque donc de se trouver en grave difficulté. Aussi, en cas de défaillance d'un fournisseur répondant aux conditions du 1<sup>o</sup> du II de l'article 35 du CMP et de l'article 31 paragraphe 1, sous c), de la directive 2004/18/CE, la centrale d'achat devrait s'adresser à celui des concurrents évincés qui était classé deuxième et ainsi de suite si nécessaire. Cela afin d'éviter, dans toute la mesure du possible, un choix discrétionnaire du titulaire du marché négocié sans publicité et sans mise en concurrence et éviter la suspicion de favoritisme.

*36. Selon vous, un recours accru à l'agrégation de la demande et aux procédures conjointes risquerait-il de restreindre la concurrence et d'empêcher les PME d'accéder aux marchés publics? Comment réduire ce risque?*

L'agrégation de la demande et les procédures conjointes permettent de mutualiser les besoins. Par elles-mêmes, ces mesures ne risquent pas de restreindre la concurrence. Il incombe cependant aux Etats membres de prévoir des dispositifs adéquats évitant l'éviction des plus petits opérateurs économiques. Ainsi, et à titre d'exemple, Il appartient aux Etats de fixer les modalités selon lesquelles des opérateurs économiques peuvent se grouper pour répondre à un appel d'offres<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Cf. Question 34.

*37. La passation conjointe de marchés vous paraît-elle plus adaptée à certains produits qu'à d'autres? Veuillez préciser lesquels, et pourquoi.*

Les autorités françaises considèrent que les achats groupés, par le biais de groupements de commande ou d'une centrale d'achat, sont plus adaptés aux marchés de fournitures et services lorsque les besoins des pouvoirs adjudicateurs ne revêtent pas des caractéristiques trop spécifiques. Ils sont par exemple opérationnels pour les achats courants, tels que les achats communs liés au fonctionnement des services.

Toutefois, les groupements conjoints sont aussi particulièrement adaptés dans le cas des prestations intellectuelles requérant des compétences diverses et complémentaires.

En tout état de cause, il n'y a pas lieu d'interdire le recours à ces techniques dans d'autres cas susceptibles de se présenter. Il appartient en effet au pouvoir adjudicateur d'évaluer, au cas par cas, les meilleures modalités de son achat. C'est une logique de « boîte à outils » qui doit être privilégiée dans la directive, sans restriction inutile ni source de complexité superflue.

*38. Les procédures conjointes transfrontalières vous paraissent-elles se heurter à des problèmes spécifiques (tels que la détermination de la législation et des procédures de recours applicables)? Pensez-vous notamment que votre législation nationale permettrait de soumettre un pouvoir adjudicateur à une procédure de recours dans un autre État membre?*

Les autorités françaises n'identifient pas de difficulté entravant le développement de procédures conjointes transfrontalières de passation des marchés publics<sup>26</sup>. Les directives « marchés publics » ont œuvré à la coordination des procédures en question. Les directives « recours » ont également coordonné les possibilités de recours.

Aucune disposition des directives ne fait obstacle à ce que les acheteurs, relevant d'Etats membres différents, confient à l'un d'entre eux la passation d'un marché commun. Cela aura pour conséquence de rendre applicable les procédures de passation et de recours déterminées par la législation nationale applicable à cet acheteur. La procédure étant passée par un acheteur déterminé, l'identification des entités à saisir en cas de recours ne pose aucune difficulté. Les informations relatives aux recours doivent, d'ailleurs, en application des directives, être indiquées dans l'avis d'appel public à concurrence.

Aucune disposition des directives ne fait obstacle à ce que des acheteurs publics de nationalité différente décident de procéder à un achat en commun et déterminent, dans le contrat, le droit applicable, conformément aux règles du droit international.

Conformément au principe de subsidiarité, il appartient aux seuls Etats membres de prendre des mesures en la matière.

---

<sup>26</sup> Voir réponse à la question 57 s'agissant des questions linguistiques.

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

### *Modifications substantielles*

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

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

41. *Des règles de l'UE sur les modifications apportées dans le cadre de l'exécution des contrats auraient-elles selon vous une valeur ajoutée, et laquelle? Devraient-elles notamment prévoir explicitement l'obligation ou le droit pour les pouvoirs adjudicateurs de changer de fournisseur ou de mettre fin au contrat dans certains cas, et lesquels? L'UE devrait-elle aussi définir des procédures spécifiques pour la désignation du nouveau fournisseur?*

### **Les autorités françaises sont défavorables à l'introduction de dispositions régissant l'exécution des contrats, estimant que ce domaine doit relever du droit de chaque Etat membre.**

Dans l'hypothèse des marchés complémentaires, lorsque les circonstances justifient que des modifications substantielles soient apportées au contrat initial, les autorités françaises estiment que les pouvoirs adjudicateurs doivent pouvoir recourir plus facilement à la procédure négociée sans publicité préalable :

- d'une part, en assouplissant les conditions de recours actuellement prévues à l'article 31 de la directive 2004/18/CE, afin de prendre en compte notamment des situations dans lesquelles le pouvoir adjudicateur, « de bonne foi », mais qui a pu rencontrer des difficultés dans la détermination du périmètre de ses besoins, est dans l'obligation de recourir à l'opérateur économique titulaire du contrat initial pour la bonne exécution du contrat, quand bien même les modifications ne sont pas justifiées par des circonstances imprévues ;
- d'autre part, en élargissant les cas de recours à cette procédure négociée sans publicité préalable (article 31 de la directive 2004/18/CE), afin de répondre notamment aux difficultés d'application que pose l'arrêt « *Presstext* » de la Cour de justice de l'Union européenne du 19 juin 2008 (C-454/06). Les pouvoirs adjudicateurs doivent pouvoir recourir à cette procédure, notamment dans l'hypothèse d'une cession du contrat à un tiers portant sur l'ensemble des droits et obligations dudit contrat. Il s'agit notamment des cas d'opérations de scission ou de fusion, lorsqu'elles aboutissent à la création de sociétés nouvelles. Il doit être possible pour le pouvoir adjudicateur d'autoriser le titulaire à céder son contrat à un tiers, y compris lorsque le contrat ne le prévoit pas initialement, dès lors que cette cession ne représente pas une manœuvre pour détourner les règles de procédure et qu'elle ne remet pas en cause d'autres éléments essentiels du contrat. Cette disposition est une condition indispensable, notamment, à la continuité du service public et à l'égalité des usagers devant celui-ci.

42. *Partagez-vous l'idée selon laquelle les directives de l'UE devraient imposer aux États membres d'inscrire dans leur législation nationale le droit d'annuler des marchés qui ont été passés en violation de la législation sur les marchés publics?*

**Les autorités françaises considèrent que la résiliation du marché relève de la liberté contractuelle et que l'Union européenne ne devrait pas avoir à intervenir en la matière.** En France, les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir que le marché pourra être résilié, notamment pour les raisons suivantes :

- décès ou incapacité civile du titulaire ;
- redressement ou liquidation judiciaire ;
- incapacité physique du titulaire ;
- difficulté d'exécution du marché ;
- faute du titulaire (le titulaire ne s'est pas acquitté de ses obligations dans les délais contractuels, le titulaire s'est livré à des actes frauduleux,...etc).

Par ailleurs, et en l'absence même de stipulations expresses, le contrat peut être résilié par une personne publique pour un motif d'intérêt général.

En revanche, sauf en cas de vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, le principe de loyauté des relations contractuelles s'oppose à ce que l'un des cocontractants se prévale de la violation des procédures de passation pour résilier le contrat ou demander au juge qu'il en constate la nullité. Une partie au contrat pourrait, dans le cas contraire, organiser l'irrégularité de la consultation de manière à pouvoir échapper, en cas de besoin, à ses obligations contractuelles. Une telle brèche dans les principes du droit des contrats n'est pas acceptable.

Les autorités françaises ne sont donc pas favorables à ce qu'il existe des règles européennes en matière d'annulation des marchés par le pouvoir adjudicateur.

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

**Les autorités françaises considèrent qu'il importe de laisser toute latitude aux acheteurs publics pour déterminer eux-mêmes, dans le respect des principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination, les règles relatives à l'exécution des contrats.**

Les acheteurs publics sont les mieux à même de déterminer les règles d'exécution les plus appropriées, compte tenu de leurs spécificités et de leur environnement, sous le contrôle du juge.

Déterminer, au niveau européen, des règles impératives, même limitées à certains aspects de l'exécution des contrats, porterait atteinte à cette liberté. L'élaboration de telles règles porterait nécessairement atteinte aux règles nationales, notamment celles relatives à la comptabilité publique ou aux privilèges des autorités publiques. Les règles européennes existantes, notamment en matière de délais de paiement, sont suffisantes.

Enfin, les autorités françaises ne comprennent pas l'argument de la Commission selon lequel la reprise des règles d'exécution au niveau des directives permettrait de réduire le nombre de dispositions nationales. Les directives sont en effet destinées à être transposées en droit interne.

En conclusion, **les autorités françaises sont opposées à une extension des domaines dans lesquelles les directives européennes pourraient déterminer des règles relatives à l'exécution des contrats.** En tout état de cause, elles considèrent que de telles règles ne doivent jamais revêtir un caractère impératif pour les acheteurs publics, exception faite des règles relatives aux délais de paiement.

## Sous-traitance

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

Les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE autorisent déjà les Etats membres à prévoir des règles spécifiques en matière de sous-traitance, en application des articles 38 et 26 de ces directives. **Les autorités françaises considèrent que ces articles doivent impérativement être maintenus sans faire l'objet de développements supplémentaires.** Les acheteurs publics doivent pouvoir imposer les conditions d'exécution qu'ils souhaitent, dans le respect des principes de transparence et de non discrimination, que ces dispositions rappellent.

Toutefois, les autorités françaises attirent l'attention de la Commission sur une interprétation erronée des dispositions spécifiques à la sous-traitance, qui a pu être exprimée ces derniers temps.

La directive 2009/81/CE, relative à la passation des marchés de défense et de sécurité, indique expressément que les acheteurs publics peuvent exiger du titulaire d'un marché public qu'il sélectionne ses sous-traitants après mise en concurrence, voire qu'ils lui imposent une part minimum de sous-traitance. Elle prévoit également que les sous-traitants proposés peuvent être refusés par l'acheteur public, sur la base des mêmes exigences qui avaient été posées pour la sélection des titulaires potentiels. De telles dispositions n'existent pas dans les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.

Certains s'estiment fondés à soutenir que le fait que ces règles figurent dans la directive 2009/81/CE, et non dans les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, pourrait être interprété comme rendant impossible leur mise en œuvre dans les marchés relevant de ces dernières directives.

Une telle interprétation *a contrario* ne correspond pas à la volonté du législateur européen. Le principe demeure que les acheteurs publics sont libres de prévoir, y compris en matière de sous-traitance, les clauses d'exécution qu'ils souhaitent, dans le respect des principes de non-discrimination et de transparence.

### 3 UN MARCHÉ EUROPEEN DES CONTRATS PUBLICS PLUS ACCESSIBLE

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

**Les autorités françaises considèrent que les procédures formalisées, telles qu'elles sont prévues actuellement par la directive 2004/18/CE, ne permettent pas aux opérateurs économiques d'exploiter pleinement les possibilités offertes par les marchés publics dans le marché intérieur.** Faire de la procédure négociée, avec publication et mise en concurrence préalable, une procédure de droit commun, permettrait de faciliter l'accès des opérateurs économiques aux marchés publics des autres Etats membres.

En effet, un formalisme excessif peut freiner les échanges dans le marché intérieur :

- en raison de la complexité de mise en œuvre de la procédure formalisée qui freine l'accessibilité des marchés publics aux petites entreprises ;
- en alourdissant les charges administratives des entreprises par la quantité des pièces exigées au stade des candidatures (les Etats membres devraient être autorisés à déterminer les domaines, secteurs ou types de contrats, dans lesquels les phases d'analyses de candidatures et des offres pourraient être inversées. La fourniture des informations relatives aux capacités technique, financière et/ou professionnelle ne serait alors demandée qu'au titulaire pressenti, voire aux candidats dont l'offre a été classée parmi les premières) ;
- en favorisant, en particulier en appel d'offres, le phénomène des ententes entre entreprises, avec pour conséquence la fermeture des marchés.

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

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

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

47. *Certaines des mesures définies dans le code de bonnes pratiques (telles que la subdivision en lots) devraient-elles être imposées aux pouvoirs adjudicateurs (sous certaines réserves)?*

48. *Pensez-vous que les règles relatives au choix du soumissionnaire créent une charge administrative disproportionnée pour les PME? Dans l'affirmative, comment simplifier ces règles sans compromettre les garanties en matière de transparence, de non-discrimination et de bonne exécution des marchés?*

49. *Seriez-vous favorable à une solution qui n'imposerait la production et la vérification d'éléments justificatifs qu'en ce qui concerne les candidats présélectionnés /*

*l'adjudicataire?*

50. *Pensez-vous qu'une déclaration solennelle soit un bon moyen d'alléger la charge administrative liée à la fourniture d'éléments justificatifs au titre des critères de sélection? Ou pensez-vous au contraire que ce n'est pas un moyen suffisamment fiable pour remplacer les certificats? Dans quels domaines une déclaration solennelle serait-elle utile (faits relevant de la sphère de l'entreprise elle-même) ou inutile?*
51. *Pour prouver leur capacité financière, les soumissionnaires doivent se conformer à des exigences en matière de chiffre d'affaires; pensez-vous que ces exigences soient trop strictes pour les PME? L'Union européenne devrait-elle fixer un ratio maximal qui garantirait la proportionnalité des critères de sélection (par exemple: limitation du chiffre d'affaires maximal requis à un certain multiple de la valeur du marché)? Envisageriez-vous d'autres instruments pour garantir la proportionnalité des critères de sélection par rapport à la valeur et à l'objet du marché?*

Les règles et politiques de l'UE en matière de passation des marchés publics tiennent compte des intérêts des PME, comme le montre la publication en 2008 du « *Code de bonnes pratiques facilitant l'accès des PME aux marchés publics* » par la Commission. Cependant, dans le cadre d'une éventuelle révision des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, **les autorités françaises considèrent que de nouvelles mesures pourraient être introduites pour améliorer l'accès des PME, y compris celles de l'économie sociale et solidaire, aux marchés publics.** Un effort de simplification doit être fait pour réduire la charge administrative liée à la soumission d'une offre pour un marché public par une PME. Cette question est primordiale car 99 % des entreprises de l'UE sont des PME. Elles fournissent 66 % des emplois et jouent un rôle important dans la création d'emploi.

Au vu des échanges avec les organisations professionnelles, les règles relatives au choix du soumissionnaire représentent une charge administrative lourde pour les PME, pouvant les dissuader de se porter candidates à des marchés publics, notamment dans le cas de marchés publics de petits montants. La question des références pouvant être fournies par l'entreprise candidate peut notamment représenter un obstacle pour les PME n'ayant jamais exécuté de marché public. De la même façon, la question de la « taille économique critique » peut représenter un obstacle pour l'accès des PME aux marchés publics. Le nombre de pièces justificatives à fournir peut également s'avérer être un frein à l'accès des PME aux marchés publics, ces dernières représentant une charge administrative importante.

Deux pistes mériteraient d'être étudiées :

➔ *Adapter la taille des marchés publics à la taille des entreprises*

Les échanges avec les organisations professionnelles, notamment dans le cadre de l'atelier « PME et commande publique » qui se tient dans le cadre de l'Observatoire économique de l'achat public (OEAP), ont montré que l'allotissement est vu dans la grande majorité des cas comme étant un véritable levier pour faciliter l'accès des TPE et des PME aux marchés publics.

En France, l'article 10 du code des marchés publics dispose que « [a]fin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés [...] ». Le même article prévoit toutefois que ce dernier peut passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, « s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ».

Les autorités françaises considèrent qu'une réflexion sur l'allotissement pourrait être menée au niveau européen, en gardant à l'esprit que dans certaines hypothèses, l'allotissement comporte plus

d'inconvénients que d'avantages. Il en est ainsi, par définition, des contrats globaux, des contrats de performance énergétique et des contrats de partenariat public-privé.

En l'état actuel, les directives laissent la possibilité aux Etats membres d'imposer, ou non, l'allotissement. Il convient de sauvegarder cet état du droit et de laisser les Etats membres adopter les mesures les plus appropriées

En effet, les Etats membres semblent être les mieux à même de déterminer les secteurs d'activité ou les types de contrats pour lesquels une telle mesure serait la plus adéquate.

Pour cette raison, les autorités françaises considèrent que la généralisation de l'obligation d'allotissement, au niveau européen, ne semble pas être la solution la plus adaptée.

➔ *Réduire les charges administratives liées à la fourniture des certificats et attestations*

Les PME sont soumises à de fortes contraintes dans leur gestion de la charge administrative, qui ne laisse qu'une faible marge de manœuvre pour investir du temps et des moyens dans les procédures des marchés publics. Par ailleurs, elles ne disposent pas non plus des mêmes ressources que les grands groupes pour investir dans des actions de veille et de soumission systématique souvent indispensables pour maîtriser les procédures.

Les candidats doivent fournir deux types de renseignements :

- Le candidat doit fournir les certificats et pièces justificatives prouvant qu'il n'est pas dans l'un des cas d'exclusion des marchés publics prévus par les directives.

Il est déjà possible pour les entreprises de remplacer la fourniture de ces certificats et pièces justificatives par une déclaration sur l'honneur et de prévoir qu'elles ne fourniraient ces documents que si leur candidature et leur offre sont retenues pour le marché en question.

Cette mesure de simplification est soutenue par les organisations professionnelles et par les représentants des pouvoirs adjudicateurs. Il conviendrait de prévoir que seuls les candidats présélectionnés ou l'attributaire du marché doivent produire tous les documents et certificats officiels, relatifs notamment à l'identité de l'entreprise ou à sa conformité aux obligations fiscales et sociales.

Dans ce cas, la fourniture de ces pièces justificatives au stade de la candidature pourrait être remplacée par une déclaration sur l'honneur.

- Le candidat doit fournir des renseignements concernant ses capacités technique, financière et/ou professionnelle.

Ces éléments d'informations ne peuvent être remplacés par des déclarations sur l'honneur.

Toutefois, une solution permettrait d'alléger cette charge pesant sur les entreprises. **Il s'agirait d'autoriser les Etats membres à inverser l'ordre de vérification entre les candidatures et les offres.** Un acheteur public pourrait ainsi juger les offres, puis les classer, et ne vérifier qu'ensuite la candidature de l'entreprise dont l'offre a été classée en première position. La fourniture des informations relatives aux capacités technique, financière et/ou professionnelle, ne serait alors demandée qu'au titulaire pressenti, voire aux candidats dont l'offre a été classée parmi les premières.

Il importe, cependant, que les directives « marchés publics » n'imposent pas d'obligation en la matière. Les Etats membres sont les mieux à même de déterminer les cas où une telle inversion est adaptée. En effet, pour certains marchés de services, une telle mesure pourrait s'avérer inopportune. A l'inverse, elle serait tout à fait adaptée dans l'hypothèse d'un marché de fournitures de bureau, par exemple.

52. *Quels sont les avantages et les inconvénients de la possibilité pour les États membres d'autoriser ou de contraindre leurs pouvoirs adjudicateurs à obliger l'adjudicataire à sous-traiter une certaine partie du marché principal à des tiers?*

La possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'imposer à leur cocontractant des conditions d'exécution portant sur la sous-traitance favorise les PME. Toutefois, **les autorités françaises considèrent que les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE (articles 38 et 26) permettent déjà aux Etats membres d'autoriser les acheteurs publics à imposer à leur cocontractant un recours à la sous-traitance.** Ces articles doivent impérativement être maintenus sans faire l'objet de développements supplémentaires. Les acheteurs publics doivent pouvoir, le cas échéant, imposer les conditions d'exécution qu'ils souhaitent, dans le respect des principes de transparence et de non discrimination.

Hormis la question des délais de paiement, les autorités françaises sont défavorables à l'introduction de dispositions régissant l'exécution des contrats, estimant que ce domaine doit relever du droit de chaque Etat membre.

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

53. *Pensez-vous que les marchés publics peuvent avoir d'importantes répercussions sur la structure des marchés et que les acheteurs devraient, dans toute la mesure du possible, chercher à ajuster leurs stratégies de passation de marchés pour lutter contre les structures de marché anticoncurrentielles?*

54. *Estimez-vous que les règles européennes en matière de passation des marchés publics devraient prévoir des instruments (facultatifs) pour encourager ce type de stratégies pro-concurrentielles sur ces marchés? Si oui, quels instruments?*

55. *Dans ce contexte, vous semble-t-il nécessaire de définir des instruments ou initiatives plus spécifiques pour encourager la participation de soumissionnaires d'autres États membres? Dans l'affirmative, précisez lesquels.*

Les acheteurs publics peuvent contribuer involontairement à maintenir une structure de marché anticoncurrentielle, en n'utilisant pas l'ensemble des possibilités qui leur sont offertes pour le choix de la procédure d'achat.

Par crainte d'un manquement lors de l'une des phases de la procédure, avec les conséquences éventuelles de la sanction par le juge administratif, les collectivités territoriales de petite taille n'utilisent pas, par exemple, l'ensemble des possibilités qui leur sont offertes par le code des marchés publics. Ainsi, l'utilisation de référentiels existants lors de la définition des exigences de qualité, plutôt que le recours à des solutions innovantes, constitue une barrière d'accès au marché pour de nouveaux entrants. De même, un mauvais usage de l'allotissement, une définition imprécise des besoins, les difficultés d'accès à la procédure de dialogue compétitif, sont autant de facteurs favorisant le maintien de structures de marchés dominés par un nombre limité d'opérateurs.

A ce titre, les modifications proposées par les autorités françaises pour améliorer les outils des pouvoirs adjudicateurs<sup>27</sup> permettraient aux acheteurs d'adapter plus facilement leurs stratégies de passation des marchés.

Par ailleurs, beaucoup de marchés publics sont passés par de petites collectivités territoriales avec des entreprises appartenant à des groupes dont les stratégies de développement dépassent le cadre national. Or, si la participation d'entreprises d'autres Etats membres est jugée a priori pro-concurrentielle, l'existence d'accords entre ces soumissionnaires n'est pas à exclure.

Dans ce contexte, **les autorités françaises estiment que des mesures doivent être prises pour favoriser le professionnalisme des acheteurs publics, en particulier des petits pouvoirs**

---

<sup>27</sup> Cf. Questions 15 et 17.

**adjudicateurs, afin d'améliorer leur prise de conscience de l'importance à accorder au fonctionnement concurrentiel du marché sur lequel l'achat est projeté.** Au même titre que le guide relatif à l'intégration des aspects sociaux dans les marchés publics, ou le code européen de bonnes pratiques facilitant l'accès des PME à la commande publique, la Commission pourrait publier un *vademecum* à destination des pouvoirs adjudicateurs pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics (l'exemple du guide de l'OCDE<sup>28</sup> pourrait être utilement suivi).

56. *Estimez-vous que la reconnaissance mutuelle des certificats doit être améliorée? Seriez-vous favorable à la création d'un système européen de pré-qualification?*

Pour participer à des marchés publics dans les Etats membres de l'Union européenne, les entreprises doivent fournir des certificats attestant du respect des obligations auxquelles elles sont soumises et de leur capacité à exécuter le marché.

Afin de faciliter la participation transfrontalière des entreprises, **les autorités françaises considèrent qu'il est nécessaire d'améliorer la reconnaissance mutuelle des certificats** et estiment que plusieurs solutions peuvent être mises en avant :

- e-Certis doit être davantage utilisé (pour ce faire, il conviendrait notamment de travailler sur sa fonctionnalité) ;
- accélération du projet de dossier virtuel des entreprises.

Pour des raisons liées à la grande disparité des certificats en vigueur au sein de chaque Etat membre, notamment leur rythme de mise à jour, les autorités françaises n'estiment pas judicieuse la création d'un système européen de pré-qualification.

Par ailleurs, l'appréciation des capacités professionnelles ou techniques des entreprises doit demeurer une prérogative des acheteurs publics, qui restent les plus aptes à évaluer les capacités au regard de leur besoin.

57. *Quelle solution proposeriez-vous pour remédier aux obstacles linguistiques? Estimez-vous que les pouvoirs adjudicateurs devraient avoir l'obligation d'établir le cahier des charges des marchés d'un grand montant dans une deuxième langue ou d'accepter les offres rédigées dans une autre langue?*

Les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE disposent que les avis de marché sont publiés dans une langue officielle de l'Union européenne, choisie par le pouvoir adjudicateur, le texte publié dans cette langue originale étant le seul faisant foi. Un résumé des éléments importants de chaque avis est publié dans les autres langues officielles<sup>29</sup>. Dans le cadre des procédures restreintes, du dialogue compétitif et des procédures négociées avec publication d'un avis de marché, les directives prévoient que l'invitation à présenter une offre, à participer au dialogue ou à négocier, doit comporter la ou les langues dans lesquelles les offres doivent être rédigées.

**Les autorités françaises estiment que le premier des obstacles à une plus grande ouverture est le formalisme des procédures et non la langue.** Elles considèrent que l'établissement du cahier des charges dans une deuxième langue ne doit pas être une obligation. Cette règle constituerait une charge difficilement surmontable, notamment pour les petits pouvoirs adjudicateurs. Une telle obligation aurait pour effet de retarder la passation des marchés publics, ainsi que d'alourdir leur coût.

<sup>28</sup> <http://www.oecd.org/dataoecd/27/20/42340181.pdf>

<sup>29</sup> Cette règle est conforme au droit de l'OMC qui reconnaît trois langues officielles (français, anglais et espagnol) et figure telle quelle dans l'AMP à l'article XVII, 1, b).

La langue est un obstacle particulièrement présent pour les marchés de prestations intellectuelles. Elle l'est beaucoup moins pour les marchés de travaux ou de fournitures. En matière de prestations intellectuelles, la difficulté de la maîtrise d'une autre langue conduit de nombreux pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices à préciser qu'ils n'acceptent pas les offres en langue étrangère. Les prestataires potentiels, en particulier les PME, sont généralement en difficulté pour répondre dans une autre langue que la leur. A cet égard, les langues les plus rarement parlées sont fortement pénalisées, au regard des langues très usitées (anglais notamment).

Il revient aux opérateurs économiques, désireux de développer leur activité dans un autre Etat membre, de se doter des outils linguistiques leur permettant de pénétrer le marché.

**Exemple :** En France, le code des marchés publics prévoit la possibilité pour un pouvoir adjudicateur d'accepter des documents rédigés dans une autre langue que le français. Le pouvoir adjudicateur peut toutefois exiger que les candidats joignent une traduction en français, certifiée conforme.

*58. Quels instruments les règles en matière de passation des marchés publics pourraient-elles prévoir pour éviter l'émergence de fournisseurs dominants? Comment les entités adjudicatrices pourraient-elles être mieux protégées contre le pouvoir des fournisseurs dominants?*

L'objectif des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE est, et doit demeurer, d'instaurer des procédures de passation garantissant les principes de transparence et d'égalité de traitement.

Les autorités françaises sont défavorables à l'introduction de règles, spécifiques aux marchés publics, destinées à éviter l'émergence de fournisseurs dominants. Elles rappellent que le traité<sup>30</sup> ne réprime pas la position dominante, mais l'abus d'une telle position. Les pratiques abusives dans le domaine des marchés publics sont fermement sanctionnées par les autorités compétentes.

### **Prévenir les comportements anticoncurrentiels**

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

### **Les autorités françaises sont défavorables à l'introduction de mesures renforcées contre les pratiques anticoncurrentielles dans les procédures d'appels d'offres.**

En France, plusieurs dispositions législatives permettent de sanctionner les atteintes au droit de la commande publique, qu'elles soient le fait des entreprises ou des acheteurs publics.

Sont ainsi sanctionnés en droit pénal : la participation frauduleuse, personnelle et déterminante d'un dirigeant à une entente ou un abus de position dominante, la prise illégale d'intérêt, la corruption passive ou active, le trafic d'influence ou l'octroi d'avantage injustifié. Le juge administratif peut quant à lui prononcer la nullité du contrat, ou contrôler la légalité d'un acte détachable du contrat au regard du droit de la concurrence.

<sup>30</sup> Art 102, TFUE.

L'exclusion des marchés publics prononcée à l'encontre de personnes morales n'est possible que si elle est prévue par la loi<sup>31</sup>, en tant que peine complémentaire dans le cas d'un crime ou d'un délit.

Cette sanction n'est donc pas prévue pour la commission de pratiques anticoncurrentielles (ententes ou abus de position dominante), qui font l'objet de sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité de la Concurrence.

La méthodologie de détection des comportements anticoncurrentiels mise en œuvre par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, alliée à la relation d'intérêt partagé qui s'est développée avec les acheteurs publics, constitue en soi un dispositif suffisant.

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

*60. Estimez-vous que l'attribution de droits d'exclusivité porte atteinte à l'équité de la concurrence sur les marchés publics?*

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

L'article 18 de la directive 2004/18/CE<sup>32</sup> prévoit que la directive ne s'applique pas aux marchés publics de services attribués par un pouvoir adjudicateur à un autre pouvoir adjudicateur sur la base d'un droit exclusif, dont ceux-ci bénéficient en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité.

L'article 31, paragraphe 1, point b) de la directive précitée<sup>33</sup> dispose par ailleurs que les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics en recourant à une procédure négociée, sans publication préalable d'un avis de marché lorsque, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé.

La Commission évoque la possibilité de maintenir cette possibilité aux seules hypothèses où de tels droits d'exclusivité auraient été octroyés à la suite d'une procédure de publicité et de mise en concurrence.

La version anglaise de la directive utilise, dans les deux cas, le terme « exclusive right ». La version française distingue le droit exclusif du droit d'exclusivité.

- Le droit exclusif (art. 18) est lié à la notion de puissance publique. Le besoin du pouvoir adjudicateur se situe dans un domaine hors champ du marché concurrentiel, pour des raisons liées à une nécessité impérieuse d'intérêt général, à la sécurité publique, l'ordre public, la santé publique, ou encore, à la nécessité d'assurer un service d'intérêt général. C'est pourquoi, il ne peut confier la satisfaction de ce besoin qu'à un seul opérateur identifié, à condition de respecter les stipulations du traité, sous le contrôle du juge, national comme européen. Le droit européen, et la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel, admettent en effet l'octroi de droits exclusifs notamment aux conditions suivantes :

<sup>31</sup> Art 131-39 du Code pénal

<sup>32</sup> Article 25 de la directive 2004/17/CE.

<sup>33</sup> Article 40 de la directive 2004/17/CE.

- le droit exclusif ne peut être accordé qu'à un organisme déterminé, pour l'accomplissement d'une mission de service d'intérêt économique général justifiant l'exclusion ou la restriction de concurrence sur les marchés en question, et doit être proportionné au but poursuivi ;
- l'attribution de droits exclusifs ne doit pas conduire à une situation dans laquelle le bénéficiaire de ces droits serait nécessairement amené à abuser de sa position dominante.

Au titre de l'exigence de proportionnalité, la jurisprudence européenne précise que le droit exclusif doit avoir une durée fixée de manière à permettre une remise en concurrence périodique de son attribution, fixée après examen de la situation du marché. Dans les cas exceptionnels où la remise en concurrence n'est pas souhaitable, le droit de la concurrence admet la possibilité d'instaurer des monopoles légaux, à condition que leur activité soit encadrée par une régulation adéquate.

En France, tout projet de décret instituant un régime nouveau ayant directement pour effet d'établir des droits exclusifs est obligatoirement soumis à l'avis de l'Autorité de la Concurrence.

- Le droit d'exclusivité (art. 31) est lié à la notion de propriété intellectuelle.

Les droits d'exclusivité dont il est question sont principalement :

- des droits de propriété industrielle (type brevets ou marques), acquis par les opérateurs économiques du fait du développement de procédés techniques ou scientifiques innovants;
- des droits de propriété littéraire et artistique, issus de la création d'œuvres originales.

La jurisprudence européenne admet que l'exercice des droits découlant d'un brevet ou de la détention d'une marque ne porte pas, en lui-même, atteinte aux règles de concurrence fixées par le traité, sous réserve qu'il ne constitue ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre États membres, et qu'il ne mette pas en échec l'efficacité du droit européen des pratiques anticoncurrentielles.

Dans les faits, ce n'est pas l'existence même du droit d'exclusivité qui sera examinée sous l'angle du droit de la concurrence, mais l'utilisation qui en est faite par son détenteur, pouvant être constitutive d'abus de position dominante.

L'exemple le plus fréquent est celui de l'opérateur économique propriétaire d'un brevet, interdisant à tout autre opérateur d'utiliser le même procédé. Dans certains cas, le besoin du pouvoir adjudicateur est tel que ce dernier se trouve dans l'obligation de faire appel à l'opérateur seul détenteur du brevet permettant de satisfaire ce besoin. Néanmoins, la jurisprudence française encadre strictement cette procédure : à défaut, pour l'acheteur public, d'établir que le choix du cocontractant s'impose à lui, ou de démontrer que le besoin ne peut être satisfait par un autre moyen, le marché pourra être annulé par le juge.

Le droit d'exclusivité, qui ne se confond pas avec le droit exclusif, est le reflet de la performance, de l'innovation, de la concurrence et de la compétition industrielle et intellectuelle, et ne peut pas, par essence, faire l'objet d'une procédure concurrentielle en amont.

Pour ces raisons, les autorités françaises considèrent que l'attribution de droits d'exclusivité ou de droits exclusifs ne porte pas atteinte à l'équité de la concurrence dans les marchés publics **Les dispositions des directives ne nécessitent ainsi aucune modification sur ce point.**

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

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

*Les autorités françaises soutiennent l'utilisation privilégiée de l'instrument des marchés publics au service des objectifs de la stratégie Europe 2020.*

*Au stade de la procédure, afin de prendre en compte ces objectifs, les autorités françaises considèrent qu'il est indispensable de conserver une certaine souplesse dans le choix des exigences techniques qui seront précisées par le pouvoir adjudicateur, selon les typologies de marché. Concernant les critères d'attribution, la France est favorable à l'introduction de critères non discriminatoires alternatifs non dépourvus de tout lien avec l'objet du marché, qui viendraient s'ajouter aux critères existant actuellement (critère du prix le plus bas et critère de l'offre économiquement la plus avantageuse).*

*Enfin, il pourrait être recommandé aux acheteurs publics que les critères complémentaires, mis en œuvre par l'acheteur public, soient conformes aux objectifs de la stratégie « Europe 2020 », à savoir :*

- *l'emploi,*
- *la recherche et l'innovation,*
- *le changement climatique et l'énergie,*
- *l'éducation*
- *la lutte contre la pauvreté<sup>1</sup>*

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

*62. Pensez-vous que les règles en matière de spécifications techniques laissent suffisamment de possibilités d'intégrer des considérations liées à d'autres objectifs politiques?*

Les autorités françaises estiment que les règles en matière de spécifications techniques ne laissent pas suffisamment de possibilités d'intégrer des considérations liées à d'autres objectifs politiques.

En premier lieu, il conviendrait de **donner plus de lisibilité** à la possibilité qui existe actuellement de prendre en compte des préoccupations environnementales, en articulant différemment les libellés de l'article 23 et de l'annexe VI de la directive 2004/18/CE.

En second lieu, il semble nécessaire **d'élargir ces possibilités** en assouplissant le lien existant entre les spécifications techniques et l'objet du marché.

En l'état actuel des textes, l'acheteur a la possibilité d'imposer des spécifications techniques prenant en compte un certain nombre d'exigences relevant des objectifs de développement durable. Toutefois, ces

spécifications techniques doivent concerner le produit lui-même, qu'il s'agisse de ses caractéristiques, de ses fonctions ou de ses performances<sup>34</sup>.

Dans ces conditions, l'acheteur public ne peut pas pleinement utiliser l'achat public au service d'autres politiques, et notamment des objectifs de développement durable. En particulier, il ne peut prendre en considération, lorsqu'il formule son besoin, ni le mode de livraison des fournitures, ni les conditions de production des produits ou de prestation des services, ni l'éco-conception. Le même constat s'impose concernant les aspects sociaux tels que ceux relevant du commerce équitable.

Or, pour ne parler que du seul impact environnemental, la pollution émise lors de la fabrication d'un produit peut être bien supérieure à celle émise lors de son utilisation. La France considère qu'il est nécessaire que les spécifications techniques puissent porter également sur ces aspects.

En conséquence, outre l'assouplissement du lien entre spécifications techniques et objet du marché, il est également nécessaire d'introduire, dans la liste actuelle des articles 23 de la directive 2004/18/CE et 34 de la directive 2004/17/CE, la spécification technique tenant aux « conditions de production ». Cette dernière serait susceptible d'inclure à la fois les incidences environnementales et les conditions sociales du processus de production et devra être distinguée des « processus et méthode de production », actuellement dans la liste, et des conditions d'exécution des marchés de travaux<sup>35</sup>.

**Exemple :** un marché ayant pour seul objet l'entretien de véhicules automobiles devrait pouvoir comporter des spécifications techniques portant sur l'utilisation, dans les garages du futur titulaire, de produits de nettoyage respectueux de l'environnement.

*63. Partagez-vous l'avis selon lequel la possibilité de définir des spécifications techniques en termes de performance ou d'exigences fonctionnelles, plutôt que sous forme d'exigences techniques rigoureuses et détaillées, permettrait aux pouvoirs adjudicateurs d'atteindre plus facilement leurs objectifs politiques? Dans l'affirmative, préconiseriez-vous de rendre obligatoires, sous certaines conditions, ces exigences de performance ou ces exigences fonctionnelles?*

**Les autorités françaises estiment qu'il est préférable de maintenir, en règle générale, les deux options.** En effet, si la référence à des performances est souvent préférable pour favoriser la concurrence et l'innovation, elle pose, dans certains cas, des problèmes de mesure ou de stabilité dans le temps.

S'agissant des exigences techniques, il relève du pouvoir adjudicateur de les fixer, en tenant compte de la typologie du marché qu'il passe.

S'agissant des performances et des exigences fonctionnelles, la France considère que la fixation, dans les spécifications techniques, d'un niveau minimal de performance ou d'une exigence fonctionnelle doit relever du droit national.

*64. Par exemple, pensez-vous que les pouvoirs adjudicateurs font suffisamment usage des possibilités offertes par l'article 23 de la directive 2004/18/CE en ce qui concerne les critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou la conception pour tous les utilisateurs? Si non, comment y remédier?*

En France, la prise en compte de l'accessibilité est, non seulement autorisée et encouragée par les clauses relatives aux marchés publics qui en font mention, mais rendue obligatoire dans un certain

<sup>34</sup> Article 23 et annexe VI de la directive 2004/18/CE.

<sup>35</sup> Cf. Questions 66, 71, 78.1 et 82.

nombre de cas par d'autres outils juridiques<sup>36</sup>. Les autorités françaises constatent cependant qu'il y a parfois une difficulté à mettre en application ces possibilités : la prise en compte de l'accessibilité n'est pas appropriée à tous les types de spécifications techniques ; quant à la notion de *conception pour tous les utilisateurs*, elle est trop floue pour pouvoir figurer en tant que telle dans les prescriptions techniques.

65. *Pensez-vous que certaines des procédures prévues par les directives actuelles (dialogue compétitif, concours...) conviennent tout particulièrement pour prendre en considération les politiques environnementale, sociale, d'accessibilité et d'innovation?*

**Les autorités françaises considèrent qu'il n'y a pas de procédure qui soit, en elle-même et dans tous les cas, plus favorable qu'une autre à la prise en compte de ces critères.**

66. *Quelles modifications apporteriez-vous aux procédures prévues par les directives actuelles pour qu'elles tiennent compte le mieux possible des objectifs politiques précités, tout en veillant au respect des principes de non-discrimination et de transparence qui garantissent des conditions de concurrence équitables entre les entreprises européennes? L'utilisation de technologies de l'information et de la communication innovantes pourrait-elle aider concrètement les acheteurs publics à atteindre les objectifs de la stratégie Europe 2020?*

**Les autorités françaises considèrent qu'il convient d'assouplir le lien avec l'objet du marché.**

Les marchés publics, qui représentent 17% du PIB de l'Union, constituent une arme économique qui pourrait être davantage orientée vers les objectifs stratégiques communs de l'Union et des Etats-membres que sont l'innovation, la préservation de l'environnement ou la lutte contre l'exclusion sociale<sup>37</sup>.

Or, à l'heure actuelle, l'acheteur public ne peut pas pleinement utiliser l'achat public au service d'autres politiques. Il ne peut pas prendre en considération le mode de livraison des fournitures et les conditions de production des produits ou de prestation des services et travaux, notamment l'éco-conception ou les aspects sociaux ou les impératifs du commerce équitable.

La France considère qu'il est nécessaire que les spécifications techniques, qui servent à préciser le besoin, puissent porter également sur ces aspects<sup>38</sup>.

De la même façon, il serait utile de pouvoir retenir des critères de sélection des candidatures prenant en compte les conditions d'exercice de son activité par l'opérateur économique au regard d'exigences sociales, environnementales et d'innovation et des critères d'attribution des offres qui portent sur les aspects ci-dessus mentionnés.

Il convient toutefois de laisser les acheteurs libres d'imposer ou non, en fonction des caractéristiques du marché concerné, ce type de spécifications techniques et ce type de critères de sélection des candidatures et d'attribution des offres.

Par ailleurs, la déclinaison des objectifs stratégiques est multiple. Il semble donc nécessaire de laisser aux pouvoirs publics nationaux la faculté de définir les critères en fonction des besoins propres à chaque Etat concerné.

<sup>36</sup> Voir par exemple les dispositions de contraignantes de la loi 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

<sup>37</sup> Stratégie « Europe 2020 » de la Commission européenne : Communication de la Commission européenne du 3.3.2010 COM(2010) 2020, « EUROPE 2020 Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive », [http://europa.eu/press\\_room/pdf/complet\\_fr\\_barroso\\_-\\_europe\\_2020\\_-\\_fr\\_version.pdf](http://europa.eu/press_room/pdf/complet_fr_barroso_-_europe_2020_-_fr_version.pdf).

<sup>38</sup> Cf. question 62.

*67. Dans quels cas une restriction aux fournisseurs locaux ou régionaux pourrait-elle être justifiée par des raisons légitimes et objectives non fondées sur des considérations purement économiques?*

La restriction systématique à des fournisseurs locaux ou régionaux ne saurait être justifiée au regard du droit de la commande publique. En présence de restrictions spécifiques, un examen par le juge, au cas par cas, des raisons qui justifieraient un tel traitement discriminatoire sera nécessaire.

La localisation de l'opérateur ne doit pas être un critère d'attribution du marché en tant que tel. La prise en compte d'objectifs de politique transversaux tels que les aspects environnementaux ou sociaux à chaque stade de la procédure doit être privilégiée.

Ainsi, le souci de l'impact environnemental doit pouvoir justifier que soient pris en compte, au niveau des spécifications techniques comme au niveau des critères de sélection des offres, certains éléments tels que la pollution engendrée par la longueur ou le moyen de transport. Le plus souvent, les circuits de vente directe du producteur à l'acheteur local coïncideront avec un moindre impact sur l'environnement. Toutefois, les externalités environnementales globales d'un produit fabriqué localement sont parfois plus importantes que celles d'un produit fabriqué par une entreprise éloignée, soit du fait de modes de transport différents (fluvial ou terrestre, par train ou par camions), soit du fait de modes de production différents. Un produit transporté sur une longue distance par voie fluviale peut ainsi avoir un transport moins polluant qu'un produit transporté sur une moindre distance par de petits camions dont les taux d'émission sont importants.

La façon la plus équitable de prendre en compte l'impact environnemental d'un produit consiste à évaluer, non pas la localisation de l'opérateur économique, mais son coût global ou « coût du cycle de vie », ce dernier prenant en compte toutes les étapes du processus de fabrication et de mise à disposition du produit. D'où l'importance qui s'attache par exemple, à l'ajout de ce critère à la liste de critères d'attribution figurant à l'article 53 de la directive au titre de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Et, dans le cas où le coût du « cycle de vie » est trop difficile à évaluer, la prise en compte de l'incidence environnementale du transport du produit par exemple, implique nécessairement un assouplissement du lien avec l'objet du marché, au niveau des spécifications techniques et/ou au niveau des critères d'attribution.

Dans le domaine agricole et alimentaire, les acheteurs publics doivent pouvoir prendre en compte les conditions de production des produits et leur qualité ou la promotion de modes de consommation et de production durables, y compris l'insertion durable de l'agriculture dans les territoires, qui comptent parmi les objectifs de l'Union partagés par la France. Dans certains types de marchés publics, la fourniture locale ou régionale de produits agricoles pourrait effectivement coïncider avec de tels objectifs. Ainsi, pour l'approvisionnement des cantines scolaires par exemple, leur fourniture par des producteurs locaux pourrait être de nature à permettre aux enfants la consommation de produits de saison non standardisés et à favoriser l'accès à la connaissance de leur environnement agricole.

Toutefois, les autorités françaises considèrent qu'une meilleure prise en compte de ces politiques stratégiques à chaque stade de la procédure, grâce à un assouplissement du lien avec l'objet du marché, doit être le levier d'action prioritaire pour les pouvoirs adjudicateurs.

*68. Pensez-vous que le fait d'autoriser le recours à la procédure négociée avec publication d'un avis de marché, en en faisant la norme, pourrait améliorer la prise en compte d'aspects politiques (environnement, société, innovation, etc.)? Ou le risque de discrimination et de restriction de la concurrence serait-il trop grand?*

Les autorités françaises soutiennent l'emploi de la procédure négociée, avec publicité et mise en concurrence préalables, pour des raisons d'efficacité économique.

Elles n'estiment pas que la procédure négociée, par elle-même, soit plus ou moins favorable aux politiques transversales. Aucune procédure n'est en elle-même plus favorable qu'une autre à la prise en compte de ces critères.

## Exiger les critères de sélection les plus pertinents

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

La France considère qu'il est nécessaire de permettre aux acheteurs publics d'appliquer des critères de sélection fondés sur des caractéristiques des entreprises non dépourvus de tout lien avec l'objet du marché<sup>39</sup>.

L'article 43 du code des marchés publics français prévoit l'interdiction de soumissionner aux marchés publics pour les opérateurs économiques qui ont été condamnés pour des infractions aux règles du code du travail relatives au travail dissimulé, ainsi que de ceux qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale ou n'ont pas acquitté les impôts et cotisations exigibles.

## Utiliser les critères d'attribution les plus appropriés

70. *Le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse semble être le plus approprié pour poursuivre d'autres objectifs politiques. Afin de tenir dûment compte de ces objectifs, estimez-vous qu'il serait utile de modifier les règles existantes (pour certains types de marchés/des secteurs particuliers/dans certaines circonstances):*

70.1. *pour éliminer l'utilisation exclusive du critère du prix le plus bas;*

70.2 *pour limiter l'utilisation du critère du prix ou le poids que les pouvoirs adjudicateurs peuvent donner au prix;*

A titre liminaire, concernant les offres anormalement basses, les autorités françaises estiment qu'il est indispensable d'indiquer dans la directive que le pouvoir adjudicateur peut, avant de pouvoir rejeter ces offres, demander par écrit des précisions sur le respect des dispositions concernant, non seulement « *la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser* » (comme prévu dans l'article 55, 1 d), mais également « *la protection de l'environnement en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser* ».

Sous cette réserve, la limitation du recours au seul critère prix, en l'état actuel des directives, peut être prévue par le droit national et décidée par les acheteurs publics eux-mêmes. Cette règle est logique dans la mesure où les acheteurs sont les mieux à même de juger de l'opportunité d'une telle limitation, compte tenu des circonstances budgétaires, spatiales, temporelles ou autres.

Le choix des critères d'attribution et de leur pondération dépend de l'appréciation des acheteurs eux-mêmes. Ils doivent demeurer libres de déterminer leur propre politique d'achat, adaptée à leurs besoins, à leurs moyens et à leur environnement. Or, limiter cette liberté empêcherait les acheteurs publics soumis à des contraintes budgétaires de mettre en œuvre une politique d'achat efficace. Ils ne pourraient pas mettre en place une politique volontariste d'achat innovant, écologique ou social, dans des secteurs choisis, car ils ne pourraient limiter leurs charges budgétaires, sur des postes déterminés en fonction de leurs contraintes propres.

<sup>39</sup> Cf. Question 82.2.

**Dans ces conditions, et avec la réserve mentionnée relative aux offres anormalement basses, les autorités françaises considèrent qu'il est inutile, préjudiciable, voire contreproductif, de modifier les directives sur ce point.**

*70.3 pour ajouter un troisième critère d'attribution, en plus du prix le plus bas et de l'offre économiquement la plus avantageuse? dans l'affirmative, quel autre critère proposeriez-vous pour poursuivre d'autres objectifs plus efficacement et garantir des conditions homogènes et une concurrence loyale entre les entreprises européennes?*

Les autorités françaises considèrent qu'il faut modifier les directives sur ce point en introduisant deux nouveaux critères ou types de critères, complémentaires du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse, et facultatifs.

Une première amélioration consisterait à permettre aux acheteurs publics d'évaluer les offres en prenant en compte en tant que critère, outre les critères existants en l'état actuel du droit, **les caractéristiques pertinentes de l'opérateur économique.**

Il pourrait également être proposé une **liste de critères correspondant aux politiques transversales** traduites dans les objectifs de l'Union européenne. Ces critères pourraient être utilisés lorsqu'ils ne sont pas dépourvus de tout lien avec l'objet du marché. Le recours à ces nouveaux critères resterait, comme les critères listés dans l'offre économiquement la plus avantageuse, à la libre appréciation de l'acheteur public. Dans cette liste, devrait figurer entre autres le critère tenant aux conditions de production ou de commercialisation, avec leur volet environnemental et social.

En conclusion, **les autorités françaises sont favorables à l'introduction de critères d'attribution non discriminatoires** et non dépourvus de tout lien avec l'objet du marché.

Par ailleurs et à titre d'exemple, en France, l'article 53-I du code des marchés publics relatif aux critères d'attribution permet, au titre de la sélection des offres, de prendre en compte un critère de performance en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, en complément des critères «classiques» de choix tels que la valeur technique, le prix ou les délais d'exécution. Son utilisation par l'acheteur public signifie que cela répond à la définition de ses besoins conformément à l'article 5 du même code, relatif à la définition des besoins.

Toutefois, la jurisprudence de la Cour de justice européenne a précisé que ce critère social ne peut être mis en œuvre que lorsqu'il présente un lien avec l'objet du marché, c'est-à-dire lorsque la nature des prestations demandées est bien en rapport avec une démarche d'insertion. C'est le cas quand l'objet même du marché est la réalisation d'une action d'insertion.

Il n'est en revanche pas permis d'utiliser le critère des performances en matière d'insertion lorsque l'objet du marché ne comporte aucune dimension sociale.

L'assouplissement du lien entre l'objet du marché et les critères d'attribution, de même que l'introduction en parallèle du critère des performances en matière d'insertion, dans la liste des critères d'attribution qu'il est possible de prendre en compte quel que soit l'objet du marché, permettrait, quel que soit le marché, d'optimiser le recours à l'article 26 (respectivement 38 ou 14 en France). En effet, l'acheteur public, s'il choisit de recourir à ce critère, serait alors en mesure de fournir aux soumissionnaires une information sur la nature de ses attentes concernant les modalités d'exécution de la clause d'insertion : à travers le choix de sous-critères, il pourrait indiquer que son appréciation du critère social prendra en compte tel ou tel aspect d'une démarche d'insertion, comme par exemple la qualité du tutorat fourni aux bénéficiaires de la clause ou le niveau de qualification professionnelle atteint par ces derniers à l'issue de leur participation au marché.

71. *En tout état de cause, pensez-vous qu'il y ait lieu de limiter le score maximal attribué aux critères environnementaux, sociaux ou d'innovation, par exemple, de sorte que ces critères n'aient pas plus d'importance que les critères de performance ou de coût?*

Les autorités françaises considèrent que la liberté actuellement offerte par les directives aux acheteurs publics doit être maintenue<sup>40</sup>. Une telle limitation serait préjudiciable, voire contreproductive.

La limite à cette liberté réside dans le respect des principes de transparence et de non-discrimination. Les règles issues de la jurisprudence sont claires et bien connues des acheteurs publics.

En conclusion, **les autorités françaises s'opposent à toute modification des directives en la matière.**

72. *Pensez-vous que la possibilité d'inclure des critères environnementaux ou sociaux dans la phase d'attribution est bien comprise et qu'il en est fait usage? La directive devrait-elle être plus claire sur ce point?*

La publication de guides de bonnes pratiques en la matière, tant européens que nationaux, semble avoir sensibilisé fortement les acheteurs. Les autorités françaises ne disposent pas de chiffres sur le degré d'utilisation des critères de choix environnementaux ou sociaux dans les marchés passés par les acheteurs publics. Une enquête de l'Observatoire économique de l'achat public est en cours sur ce sujet précis. Les résultats ne seront pas disponibles avant fin avril 2011.

Bien que l'actuel article 53 de la directive 2004/18/CE comprenne une liste non limitative de critères pouvant être pris en considération durant la phase d'attribution, liste fondée sur l'offre économiquement la plus avantageuse, les autorités françaises préconisent :

- d'une part, de rendre explicite la mention du critère relatif à l'accessibilité ;
- d'autre part, d'ajouter, à côté du critère intitulé « *coût d'utilisation* », qui lui-même est alternatif ou complémentaire au critère intitulé « *coût* », le critère du « *coût global* » ou du « *coût du cycle de vie* ».

73. *Estimez-vous que le coût du cycle de vie doive obligatoirement être pris en compte pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, notamment dans le cas des grands projets? Dans l'affirmative, serait-il nécessaire/opportun que les services de la Commission élaborent une méthode d'évaluation du coût du cycle de vie?*

Attachées à **la responsabilité des acheteurs publics, les autorités françaises ne sont pas favorables à la fixation de critères obligatoires au niveau européen.** Une telle démarche aurait aussi pour conséquence de complexifier le droit de la commande publique, en contradiction avec les objectifs du « Mieux légiférer ». Il suffit que le critère du « coût du cycle de vie » figure comme un critère facultatif.

Par ailleurs, les autorités françaises soutiennent toute initiative de la Commission tendant à la diffusion, à destination des acheteurs publics et des opérateurs économiques, de bonnes pratiques, de guides d'application et de banques de données relatives à l'impact environnemental des produits aux différentes étapes du cycle de vie. De telles banques de données peuvent éviter aux opérateurs économiques une charge d'évaluation qui peut être discriminatoire. De même, des réflexions, au niveau européen, sur les méthodes d'évaluation du coût du cycle de vie seraient particulièrement

---

<sup>40</sup> voir question 70.1.2.

intéressantes. Toutefois, il convient de garder à l'esprit qu'il est difficile, même dans un secteur, voire un type de produit donné, d'élaborer une méthode de calcul qui soit valable pour tous les marchés.

### **Imposer des clauses d'exécution de marché appropriées**

*74. Les clauses d'exécution de marché constituent la phase la plus appropriée de la procédure pour tenir compte de considérations sociales liées à l'emploi et aux conditions de travail des travailleurs qui participent à l'exécution du marché. Souscrivez-vous à cette affirmation? Si non, quelle pourrait être la meilleure solution?*

Les clauses d'exécution, à condition d'être formulées de manière pertinente et à un niveau raisonnable, sont, en l'état actuel du droit, plus faciles à utiliser pour la prise en compte de considérations sociales que les clauses d'attribution car elles ne sont pas liées en tant que telles à l'objet du marché<sup>41</sup>. Les clauses sociales auraient ainsi vocation à être intégrées dans l'exécution même du marché et à être ainsi facilement expliquées aux soumissionnaires et, si elles ont été bien choisies, facilement appliquées par l'entreprise attributaire. Elles sont d'ailleurs bien acceptées par les entreprises pour ces raisons.

**Exemple :** L'acheteur public qui souhaite prévoir la mise en place d'une action d'insertion dans son marché public peut introduire dans son règlement de consultation un article spécifique relatif à l'insertion. Cet article peut s'écrire de cette façon : «le marché fait l'objet d'une condition d'exécution relative à l'insertion et l'emploi de publics prioritaires...». Le cahier des clauses administratives particulières prévoit les publics visés, les modalités possibles de mise en œuvre, éventuellement un dispositif d'accompagnement de l'acheteur public et le cas échéant des pénalités spécifiques, en cas de non-réalisation ou de réalisation seulement partielle de la clause d'insertion.

*75. Quel type de clause d'exécution de marché serait particulièrement approprié pour la prise en compte des aspects sociaux, environnementaux et d'efficacité énergétique?*

Le droit positif français prévoit, depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2006, la possibilité de mise en place de clauses sociales ou environnementales qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique et progrès social (article 14 du code des marchés publics). Lorsqu'elles sont insérées dans un marché public, ces clauses permettent à l'adjudicateur de faire effectuer la prestation en intégrant les objectifs suivants : insertion des personnes éloignées de l'emploi notamment par l'affectation, dans une proportion raisonnable, d'un certain nombre d'heures travaillées à des publics déterminés en situation de précarité ou d'exclusion : chômeurs, notamment de longue durée, bénéficiaires des minimas sociaux, jeunes ayant une faible qualification ou travailleurs handicapés au delà des exigences légales nationales, mise en œuvre d'actions de formation à destination de ces publics, promotion du commerce équitable,...etc. Par ailleurs, l'article 43 du même code prévoit l'interdiction de soumissionner aux marchés publics pour les opérateurs économiques qui ont été condamnés pour des infractions aux règles du code du travail relatives au travail dissimulé, ainsi que de ceux qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale ou n'ont pas acquitté les impôts et cotisations exigibles.

<sup>41</sup> Cf. Supra.

*76. Certaines clauses générales d'exécution de marché, notamment celles relatives à l'emploi et aux conditions de travail des travailleurs participant à l'exécution du marché, devraient-elles être déjà définies au niveau de l'Union européenne?*

Il n'apparaît pas souhaitable que ces règles soient définies au niveau de l'UE. Les directives régissent la passation et non l'exécution des contrats.

En outre, les autorités françaises craignent qu'en explicitant certaines possibilités ouvertes au stade de l'exécution, les directives ferment, par une lecture a contrario de leurs dispositions, les possibilités qui n'auront pas été listées.

Enfin, il appartient, dans le respect des principes du Traité, aux acheteurs publics de fixer librement les conditions d'exécution de leurs contrats.

### **Vérification du respect des exigences**

*77. Pensez-vous que le cadre européen actuel des marchés publics devrait prévoir des solutions particulières pour résoudre le problème de la vérification du respect des exigences tout au long de la chaîne logistique? Dans l'affirmative, lesquelles?*

*78. De quelle manière les pouvoirs adjudicateurs pourraient-ils le mieux contrôler le respect des exigences? La mise au point de systèmes et de documents «normalisés» d'évaluation de la conformité ainsi que de labels leur faciliterait-elle la tâche? Si cette stratégie devait être adoptée, comment limiter la charge administrative qu'elle entraînerait?*

Les autorités françaises sont défavorables à une réglementation européenne relative à la vérification du respect des exigences contractuelles tout au long de la chaîne logistique.

Compte tenu de la diversité des marchés publics en termes d'objets et de montants, une réglementation européenne ne pourrait prendre en considération tous les cas de figure. Par ailleurs, elle causerait une charge administrative supplémentaire n'étant pas toujours en rapport avec l'importance du contrat et avec les moyens dont dispose le pouvoir adjudicateur pour assurer le contrôle des clauses contractuelles.

Par conséquent, le respect des exigences doit être assuré au niveau national par le biais des clauses contractuelles prévoyant les modalités de contrôle directement rédigées par l'acheteur public.

Pour ces mêmes raisons de diversité d'objet et de montant, les autorités françaises sont défavorables à la création de documents « normalisés » d'évaluation de conformité, qui ne seraient pas adaptables à l'ensemble des cas de figure et ne constitueraient donc pas une réelle simplification pour les pouvoirs adjudicateurs.

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

79. *Certaines parties concernées suggèrent d'assouplir voire de supprimer la condition de l'existence d'un lien entre l'objet du marché et les exigences imposées par le pouvoir adjudicateur (il pourrait ainsi être demandé aux soumissionnaires par exemple de mener une politique d'égalité des sexes ou d'employer un pourcentage déterminé de personnes dans une catégorie donnée: chômeurs, personnes handicapées...). Souscrivez-vous à cette proposition? Quels pourraient être les avantages ou les inconvénients d'un assouplissement ou de la suppression du lien avec l'objet du marché?*

82.3. *Pensez-vous que le lien avec l'objet du marché devrait être assoupli ou supprimé dans la phase d'attribution afin de tenir compte d'autres aspects politiques (par exemple: l'attribution de points supplémentaires aux soumissionnaires qui emploient des chômeurs ou des handicapés)?*

82.3.1 *Le recours à des critères d'attribution autres que le prix le plus bas ou l'offre économiquement la plus avantageuse et à des critères non liés à l'objet du marché risque de séparer l'application des règles européennes sur les marchés publics de celle des règles européennes sur les aides d'État, en ce sens que l'attribution de marchés sur la base de critères autres que des critères économiques pourrait constituer une aide et poser potentiellement problème du point de vue des règles européennes sur les aides d'État. Partagez-vous cette crainte? Dans l'affirmative, comment y remédier?*

**Les autorités françaises ne sont pas favorables à la suppression de tout lien avec l'objet du marché.** Une telle suppression aurait pour effet de vider l'achat de son objectif principal consistant à répondre aux besoins des personnes publiques. Elle serait en outre susceptible de favoriser des pratiques de nature discriminatoire.

**Les autorités françaises sont en revanche favorables à un assouplissement du lien avec l'objet du marché<sup>42</sup>.**

Il convient toutefois de préserver la liberté des acheteurs publics en matière d'imposition de critères sociaux, environnementaux ou d'innovation, car ces derniers sont les seuls à même de définir l'opportunité de tels critères en fonction du type de marché dont ils ont la responsabilité.

Par ailleurs, la France considère que les critères d'attribution autres que le prix le plus bas ou l'offre économiquement la plus avantageuse et non dépourvus de tout lien avec à l'objet du marché ne sont pas susceptibles de tomber sous le coup de la législation relative aux aides d'Etat.

En effet, de tels critères ne sont pas de nature à octroyer des avantages aux opérateurs économiques qui remporteraient le marché. L'hypothèse d'une mise en concurrence régulière permet justement de garantir l'absence d'avantage au profit du prestataire sélectionné, la procédure retenue offrant toutes les garanties de transparence et de non discrimination (notamment un nombre suffisant de candidats) et conduisant donc à la fixation d'un prix de marché. Il n'existe pas d'aides d'Etat dans l'hypothèse d'une mise en concurrence régulière<sup>43</sup>. A l'inverse, ces critères imposent des contraintes supplémentaires aux titulaires.

<sup>42</sup> Cf. supra questions 62, 66 et 70-3.

<sup>43</sup> Décision de la COM N264/2002, *Métro londonien*, 2 octobre 2002, point 79

80. Si le lien avec l'objet du marché devait être assoupli, quels mécanismes correctifs pourraient être mis en place, le cas échéant, pour réduire les risques de discrimination et d'une restriction considérable de la concurrence?

Les autorités françaises soulignent que dès lors que les clauses d'exécution n'introduisent pas de distorsion de concurrence, elles sont considérées comme compatibles avec les directives et les principes découlant du traité. Pour ce faire, la clause doit être rédigée en respectant les règles suivantes :

- offrir à tous la possibilité de satisfaire à la clause ;
- ne pas fixer de modalités obligatoires de réalisation de la clause mais offrir au contraire plusieurs possibilités ;
- ne pas être discriminatoire ;
- ne pas limiter la concurrence.

81. Pensez-vous que les PME pourraient avoir du mal à se conformer aux multiples exigences qui leur seraient imposées? Dans l'affirmative, quelles solutions proposeriez-vous pour résoudre ces difficultés?

Il n'est pas démontré que de tels critères seraient, par nature, défavorables aux petites et moyennes entreprises

A noter qu'en France, certaines exigences s'appliquent déjà pour les PME. Le code des marchés publics met à disposition des acheteurs publics divers outils pour mettre en œuvre des objectifs de développement durable, dont notamment l'amélioration de l'accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées.

**Exemple :** Une loi française oblige les entreprises de plus de 20 salariés à compter 6 % de personnes handicapées dans leur effectif. Si elles ne respectent pas cet objectif, ce qui est le cas de la grande majorité des entreprises, celles-ci doivent payer une taxe à un fonds qui finance des actions favorisant l'accès à l'emploi des personnes handicapées – au travers d'actions d'adaptation de postes de travail, par exemple.

82. Si vous êtes favorable à l'idée d'assouplir ou de supprimer le lien avec l'objet du marché, à quel stade de la procédure d'appel d'offres cette mesure devrait-elle s'appliquer?

Afin de laisser à l'acheteur public l'opportunité d'adapter sa politique d'achat au plus près de l'objectif visé, il semble nécessaire de lui permettre d'inclure, à tous les stades de la procédure, **des critères qui ne sont pas dépourvus de tout lien avec l'objet du marché**, à savoir aussi bien au stade de la sélection des candidatures qu'à celui de la sélection des offres. Sous le contrôle du juge, l'acheteur public aura alors la responsabilité de s'assurer du caractère objectif et indistinctement applicable à toutes les offres de ces nouveaux critères<sup>44</sup>.

Il convient de garder à l'esprit que l'efficacité de l'objectif poursuivi par l'acheteur public dans le cadre de sa politique d'achat dépend de la liberté qui lui est donnée pour définir celle-ci. Selon les autorités françaises, il doit donc lui être loisible d'inclure ou non des critères non dépourvus de tout

<sup>44</sup> CJCE, 17-9-2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab*, C-513/99, points 64 et 85.

lien avec l'objet du marché à tous les stades de la procédure d'appel d'offres ainsi qu'au stade de l'exécution.

*82.1. Pensez-vous que, dans la définition des spécifications techniques, il soit opportun d'assouplir l'exigence d'un lien entre les spécifications relatives aux procédés et méthodes de production et les caractéristiques du produit, afin d'englober des éléments qui ne transparaissent pas dans les caractéristiques du produit (par exemple: lors de l'achat de café, demander au fournisseur de verser aux producteurs une prime qu'ils devront investir dans des activités encourageant le développement socioéconomique de communautés locales)?*

A l'heure actuelle, l'acheteur doit définir ses besoins en recourant à des spécifications qui décrivent les caractéristiques techniques d'un produit, d'un ouvrage ou d'un service. L'acheteur a la possibilité de déterminer des spécifications techniques prenant en compte les exigences de protection de l'environnement. Ces spécifications techniques doivent toutefois être fondées sur les caractéristiques du produit ou sur ses performances fonctionnelles<sup>45</sup>.

Dans ces conditions, l'acheteur public ne peut pas pleinement utiliser l'achat public au service d'autres politiques. Notamment, il ne peut pas prendre en considération, lorsqu'il formule son besoin, les conditions de production des produits ou de prestation des services et travaux. Le même constat s'impose concernant les aspects sociaux (notamment le commerce équitable). L'éco-conception et certains aspects environnementaux, tels que le mode de livraison des fournitures, doivent pouvoir être pris en compte.

**C'est pourquoi la France considère qu'il est nécessaire que les spécifications techniques puissent porter, également, sur ces aspects. Partant, l'assouplissement du lien entre les spécifications techniques et l'objet du marché et l'introduction, dans les listes actuelles des articles 23 de la directive 2004/18/CE et 34 de la directive 2004/17/CE, de la spécification technique tenant aux « conditions de production », semblent nécessaires.**

*82.2. Pensez-vous que la législation de l'UE sur les marchés publics devrait permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'appliquer des critères de sélection fondés sur des caractéristiques des entreprises qui sont sans lien avec l'objet du marché (par exemple, exiger des soumissionnaires qu'ils aient une politique d'égalité des sexes ou une politique de recrutement ciblant certaines catégories: chômeurs, handicapés...)?*

La France considère qu'il est nécessaire de permettre aux acheteurs publics d'appliquer des critères de sélection fondés sur des caractéristiques des entreprises non dépourvus de tout lien avec l'objet du marché.

Ainsi, par exemple, il peut s'agir de critères portant sur la politique sociale, environnementale (notamment le commerce équitable) et d'innovation de l'opérateur économique dans son ensemble. Il convient toutefois de laisser les acheteurs libres d'imposer ou non ce type de critère, en fonction des caractéristiques du marché concerné.

<sup>45</sup> Article 23 et annexe VI de la directive 2004/18/CE.

82.4 Pensez-vous que la législation de l'UE sur les marchés publics devrait permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'imposer des clauses d'exécution de marché qui ne soient pas strictement liées à la fourniture des biens et services concernés (par exemple, exiger du contractant qu'il mette en place des services de garde d'enfants pour son personnel ou qu'il alloue un certain montant de la rémunération à des projets sociaux) ?

Les clauses d'exécution permettent déjà très largement la prise en considération, par l'achat public, des préoccupations liées au développement durable.

Les autorités françaises n'estiment donc pas nécessaire de modifier les directives sur ce point.

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

83. Pensez-vous que l'instauration à l'échelle de l'UE d'obligations du type «*quoi acheter*» soit un bon moyen d'atteindre d'autres objectifs politiques ? Quels seraient les principaux avantages/inconvénients d'une telle approche ? Pour quels types spécifiques de produits ou de services ou pour quelles politiques particulières serait-il utile d'instaurer de telles obligations ? Veuillez motiver votre réponse. Pouvez-vous citer des exemples de pratiques nationales dans le domaine des marchés publics qui pourraient être facilement reproductibles à l'échelle de l'Union européenne ?

Les autorités françaises considèrent qu'il est essentiel de compléter la démarche du « *comment acheter* » en poursuivant la réflexion sur des spécifications techniques, des critères d'attribution ou des conditions d'exécution prenant en considération les préoccupations environnementales, sociales et d'innovation. Le « *quoi acheter* » est un bon moyen d'atteindre d'autres objectifs politiques, à condition que la modalité retenue ne réside pas dans la fixation d'un niveau absolu ou d'une caractéristique précise<sup>46</sup>.

Cette approche vaut pour le social comme pour l'environnemental et comporterait les avantages suivants :

- effets d'échelle importants, qu'il serait impossible d'atteindre rapidement par les démarches purement volontaires. La commande publique, par sa taille et donc l'effet d'entraînement économique qu'elle peut avoir, ainsi que par son exemplarité, est un outil essentiel.
- promotion de la compétitivité des produits européens sur les marchés du futur (produits plus innovants, écologiques et socio-responsables).

Il est rarement possible de fixer, *in abstracto* et arbitrairement, des exigences au niveau européen. C'est pourquoi des modalités de mise en œuvre souples<sup>47</sup>, qui peuvent atténuer certaines difficultés pour les acheteurs, tout en maintenant un niveau de concurrence acceptable, sont à privilégier. Par ailleurs, les pouvoirs publics européens, nationaux et régionaux devront aider les acheteurs publics (guides de procédures et de critères environnementaux et sociaux, formations, information, helpdesks, hotlines, ...etc.).

Les premières catégories de produits ou services visées devraient concerner les produits/services prioritaires selon les critères suivants : impact environnemental, potentiel d'amélioration

<sup>46</sup> Cf. Question 63.

<sup>47</sup> Cf. Questions 86.1 et 88.

environnementale, état du marché (disponibilité d'une offre suffisante), volumes de commande publique. Par ailleurs, les produits pour lesquels il existe déjà des critères environnementaux harmonisés devraient être prioritaires.

En matière de gouvernance, les autorités françaises considèrent qu'il est indispensable d'associer étroitement les Etats membres, les acheteurs publics et les opérateurs économiques à l'élaboration de telles obligations. Par ailleurs, les experts « marchés publics » réunis par le Conseil et la Commission (ex : CCMP), devront prendre pleinement part à l'élaboration de telles mesures.

**L'élaboration au niveau européen de guides d'achat, confectionnés en concertation avec les industriels et les représentants des secteurs concernés, constituent une aide précieuse pour les acheteurs publics et doit être encouragée.**

*84. Pensez-vous que des obligations supplémentaires de ce type au niveau de l'UE devraient être inscrites dans une législation particulière (dans le domaine environnemental, énergétique, social, de l'accessibilité, etc.) ou imposées par la législation générale de l'UE sur les marchés publics ?*

Les autorités françaises considèrent que de telles obligations doivent nécessairement être précises pour être applicables et qu'il est donc nécessaire de les inscrire dans une législation sectorielle. Toutefois, afin de garantir une bonne lisibilité des dispositions européennes par les acheteurs publics, un certain nombre de conditions doivent être remplies.

Les textes à caractère sectoriel doivent s'inscrire dans le champ d'application des directives et, dans la mesure du possible, renvoyer à leurs dispositions quant au « *comment acheter* ». Ils ne doivent s'appliquer qu'aux marchés d'un montant supérieur aux seuils communautaires et passés par des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices. Ils ne doivent en aucun cas porter sur des marchés qui, eu égard à leur objet ou aux circonstances particulières dans lesquelles ils sont d'ordinaire passés, bénéficient d'une exclusion spécifique dans les directives 2004/17/CE, 2004/18/CE ou 2009/81/CE.

Il en va de la cohérence de l'ordonnement juridique, de la sécurité juridique des contrats passés par les acheteurs publics, de la clarté et de l'accessibilité de la règle de droit. Il en va également du respect des principes de proportionnalité et de subsidiarité.

A cet effet, toute initiative en la matière devra être conduite avec précaution, de manière cohérente et en étroite coopération avec les Etats membres et les parties prenantes. Un concours systématique de la DG Marché intérieur aux autres directions générales permettrait une meilleure cohérence dans la production normative communautaire relative aux marchés publics.

Les règles européennes à caractère contraignant doivent, dans la mesure du possible, demeurer circonscrites. Lorsque, par exemple, un texte à caractère sectoriel introduit des critères obligatoires, il est nécessaire de laisser le libre choix aux Etats membres ou aux acheteurs publics de fixer un niveau de performance minimal. L'obligation de devoir afficher la prise en compte de critères de développement durable constitue à elle seule une puissante incitation pour les acheteurs publics, et notamment pour les plus importants d'entre eux, tels que des centrales d'achat, du fait de leur visibilité. La directive 2009/33/CE relative à la promotion de véhicules propres et économes en énergie pourrait à cet égard servir de référence.

De même, les prescriptions obligatoires retenues ne doivent pas atteindre un niveau de précision qui rende trop complexe leur mise en application. Ainsi, la méthode de monétarisation imposée, à l'intérieur certes d'une option, par la directive 2009/33/CE, constitue un contre-exemple à ne pas suivre.

Pour une meilleure articulation des directives horizontales et des textes sectoriels, il serait souhaitable d'intégrer dans la directive une référence à l'existence et à la possibilité d'introduire des règles sectorielles. Par ailleurs, l'établissement et la mise à jour périodique d'un document en ligne, ayant la

valeur juridique d'un guide, listant les textes à caractère sectoriel, aiderait à l'information des acheteurs publics et faciliterait l'adaptation des opérateurs économiques.

85. *Pensez-vous que des obligations du type «quoi acheter» devraient être imposées au niveau national ? Estimez-vous que ces obligations risquent d'entraîner un morcellement du marché intérieur ? Dans l'affirmative, quel serait le meilleur moyen de réduire ce risque ?*

Les autorités françaises considèrent que les directives actuelles autorisent déjà la fixation, au niveau national, de critères obligatoires et de niveaux minimum d'exigence. Dans la mesure où ces dispositions s'inscrivent dans le cadre fixé par les directives, elles ne sont pas de nature à morceler le marché intérieur. Par ailleurs, les Etats membres sont les mieux à même, dans le respect des principes du droit de la commande publique, de juger de la pertinence de telles mesures. La liberté de choix des acheteurs publics doit également être préservée, ne serait-ce que pour tenir compte de leurs propres contraintes budgétaires.

**D'une manière générale, les autorités françaises considèrent qu'il importe de privilégier la logique « boîte à outils » de la réglementation européenne en matière de marchés publics,** et de laisser aux législations nationales, voire aux acheteurs eux-mêmes, la détermination des contraintes procédurales les mieux adaptées à chaque achat.

86. *Pensez-vous que les obligations du type «quoi acheter» devraient plutôt porter sur la proportion de MPE (par exemple) passés par les pouvoirs adjudicateurs, sur les caractéristiques des biens/services/travaux qu'ils devraient acheter, ou sur des critères spécifiques à prendre en compte parmi les éléments de l'appel d'offres ?*

86.1. *Quelle marge de manœuvre devrait être laissée aux pouvoirs adjudicateurs dans leurs décisions d'achat?*

86.2. *Les exigences contraignantes devraient-elles simplement fixer un niveau minimal, de façon à laisser à chaque pouvoir adjudicateur la possibilité de fixer des exigences plus ambitieuses?*

Selon les autorités françaises, les obligations de type « *quoi acheter* » devraient porter sur les trois aspects, mais avant tout sur les deuxième et troisième aspects.

S'agissant de la proportion de MPE, il convient de fixer, au niveau européen, un objectif suffisamment ambitieux.

S'agissant des caractéristiques des biens/services/travaux ou des critères spécifiques à prendre en compte, des approches souples, mais néanmoins innovantes et ambitieuses, doivent être favorisées. Ainsi, la fixation d'un niveau minimal de performance doit relever du seul niveau national.

La directive 2009/33/CE dite « *Véhicules propres* » en constitue un exemple. Ambitieuse, elle impose à l'acheteur de prendre en considération les incidences énergétiques et environnementales de son achat. Souple, elle respecte la logique de la recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse, en laissant le choix à l'acheteur de prendre en compte ces incidences au niveau qui lui paraît le plus opportun.

87. *Quel vous paraît être le meilleur moyen d'identifier la technologie la plus avancée (par exemple, charger une entité de surveiller quelle technologie a atteint le stade le plus avancé, ou exiger des pouvoirs adjudicateurs qu'ils se fondent sur la technologie la plus avancée en tant que critère pour l'attribution du marché, ou tout autre moyen)?*

Les autorités françaises considèrent qu'il revient à l'acheteur de déterminer la technologie la plus avancée, car il est le mieux à même de déterminer les moyens d'identifier l'offre correspondant aux mieux à ses besoins.

Toutefois, dans certains cas, cette sélection peut être laissée au libre jeu du marché. Dans d'autres cas, il importe de soutenir le recours à ces nouvelles technologies. A cet effet, les autorités françaises sont favorables à la mise en place d'instruments du type « vérification des technologies environnementales » (ETV), qui permettent la reconnaissance officielle d'un certain niveau de performance avant ou en dehors de toute labellisation.

Pour autant, même en s'appuyant sur des labels ou des dispositifs ETV, on ne peut imposer aux pouvoirs adjudicateurs de faire figurer la technologie la plus avancée dans leurs spécifications techniques ou dans leurs critères d'attribution. Ce choix doit être laissé à l'acheteur public, auquel il revient notamment d'apprécier, au regard du secteur économique concerné et sous sa responsabilité, si le niveau de ses exigences n'est pas de nature à fausser la concurrence.

88. *L'introduction de critères ou d'objectifs contraignants concernant l'objet de l'achat ne devrait pas provoquer l'élimination de la concurrence sur les marchés publics. Comment cet objectif de préservation de la concurrence pourrait-il être pris en compte dans la définition de ces critères ou objectifs?*

Les autorités françaises considèrent qu'il convient de laisser les acheteurs publics, sous le contrôle du juge et sous leur responsabilité, d'identifier le niveau approprié de leurs exigences. Ils sont les seuls à même de déterminer la démarche d'achat adaptée à leurs besoins, leurs caractéristiques propres, leur environnement et leurs contraintes.

89. *Estimez-vous que l'instauration d'obligations concernant l'objet de l'achat alourdirait la charge administrative, notamment pour les petites entreprises? Dans l'affirmative, comment réduire ce risque? Quel type de mesures de mise en oeuvre et/ou quelles orientations devraient accompagner ces obligations?*

90. *Si vous n'êtes pas favorable à l'idée d'instaurer des obligations concernant l'objet de l'achat, quels autres instruments préconiserez-vous (recommandations ou autres mesures d'incitation, par exemple)?*

Les autorités françaises considèrent que l'instauration d'**obligations** portant sur l'objet de l'achat, **au niveau européen**, complexifierait le droit de la commande publique et alourdirait la charge administrative des entreprises candidates. Les risques d'une charge administrative trop lourde et d'une difficulté d'information restent réels

A l'inverse, si de telles obligations sont fixées au niveau national ou sont laissées à l'initiative des acheteurs publics, ces obligations peuvent être une source d'opportunités importantes pour de nombreuses PME. En effet, ce sont souvent les PME qui sont le plus innovantes en matière de

développement durable (par exemple, en France, les produits éco-labellisés sont produits essentiellement par des PME).

Les gains générés par les économies inhérentes au développement durable, telles que les économies en eau, en énergie et en matériaux, bénéficient à toutes les entreprises et donc aussi aux PME. C'est notamment le cas pour les PME, dont l'activité porte sur, ou inclut, le fonctionnement et la maintenance de sites ou d'installations.

Par ailleurs, il existe des alternatives aux obligations portant sur l'objet de l'achat.

Par exemple, les **variantes** favorisent les entreprises créatives et innovantes, qui sont souvent des PME.

L'élaboration, au niveau européen, de critères sectoriels facultatifs et de guides d'achat, à la manière des « boîtes à outils », est également une bonne manière de procéder. Confectionnés en concertation avec les industriels et les représentants des secteurs concernés, ils constituent en effet une aide précieuse pour les acheteurs publics.

### **4.3 L'innovation**

*91. Pensez-vous qu'il soit nécessaire de promouvoir et de stimuler davantage l'innovation dans le cadre des marchés publics? Quelles mesures encourageraient et accéléreraient l'adoption d'innovations par les organismes publics?*

Compte tenu du montant que représentent les marchés publics en Europe, **les autorités françaises considèrent que la stimulation par les marchés publics de l'innovation, qu'elle soit technologique ou sociale, est une nécessité et doit être accrue.**

Pour accroître cette stimulation, outre le nécessaire changement de mentalités des acheteurs publics en termes de crainte du risque, des orientations doivent être données au plus haut niveau politique pour encourager l'achat de solutions innovantes par la détermination des grands enjeux sociétaux que ces achats doivent résoudre.

L'innovation sociale génère, par exemple, des activités correspondant à de nouveaux besoins des communautés, non satisfaits par ailleurs. Elle est souvent à l'origine de nouvelles relations entre les parties prenantes et permet de nouvelles formes de partenariats territoriaux et locaux. Elle est dans ce sens vecteur de cohésion sociale.

Les autorités françaises souhaitent toutefois attirer l'attention sur le fait que, compte tenu des dispositions de l'accord OMC sur les marchés publics (AMP), et notamment celles relatives à la non-discrimination vis-à-vis d'autres parties à l'accord, le levier des marchés publics peut s'avérer préjudiciable à l'industrie européenne s'il est actionné sur des thématiques où celle-ci n'est pas en position de leader sur les marchés mondiaux. Eu égard à ce risque, les autorités françaises préconisent de lancer une expérimentation à l'échelle européenne sur un nombre limité de thématiques afin de mesurer les avantages et inconvénients de l'initiative pour l'industrie européenne. Par ailleurs, l'octroi de garanties financières publiques nationales ou européennes aux acheteurs qui prennent le risque d'acheter des solutions innovantes, en particulier à des PME, est une piste qui mérite réflexion. Il est par ailleurs rappelé que les marchés publics innovants impliquent une prise de risque tant pour l'opérateur économique que pour la personne publique.

92. *Pensez-vous que le dialogue compétitif garantisse une protection suffisante pour les droits de propriété intellectuelle et les solutions innovantes, de nature à donner aux soumissionnaires l'assurance qu'ils ne seront pas privés des fruits de leurs solutions Innovantes?*

Les autorités françaises considèrent que les règles sur la confidentialité des offres dans le cadre du dialogue compétitif, telles que définies dans les directives sur les marchés publics, sont actuellement suffisamment claires pour donner aux soumissionnaires l'assurance qu'ils ne seront pas privés des fruits de leur solution innovante. Le pouvoir adjudicateur ne peut en effet divulguer, d'une part, des informations décrivant le besoin à satisfaire et, d'autre part, des informations résultant de marchés antérieurs, qu'à la condition que des dispositions contractuelles relatives aux droits de propriété intellectuelle et à la divulgation des informations techniques l'y autorisent.

Il convient pour les acheteurs publics de les respecter, comme à chacun, acheteurs et soumissionnaires, de prendre ses responsabilités.

93. *Pensez-vous que d'autres procédures permettraient de mieux répondre à l'obligation consistant à stimuler l'innovation par la protection des solutions innovantes? Si oui, Lesquelles?*

Les autorités françaises considèrent que la procédure des achats publics avant commercialisation, autorisée par les directives sur les marchés publics mais largement sous-exploitée en Europe, permet déjà de stimuler l'innovation par la protection des solutions innovantes, puisque dans ces marchés publics particuliers de services de R&D, la propriété intellectuelle de la solution développée reste la propriété du soumissionnaire.

En tout état de cause, l'augmentation du recours à cette technique d'achat ne passe pas par la réglementation, au niveau européen, de la procédure. En effet, le fait que les achats publics avant commercialisation s'inscrivent dans l'exclusion des directives relatives aux marchés de services de recherche et développement fait leur force et leur intérêt. En revanche, les autorités françaises soutiennent toute opération européenne non législative visant à les promouvoir.

Pour autant, d'autres procédures pourraient être mises en place, dans le respect des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination. Une procédure à même de stimuler l'innovation consisterait, dans un premier temps, à passer simultanément plusieurs marchés de R&D sur le même objet et, dans un second temps, à attribuer un marché de développement et de production à l'opérateur économique proposant la meilleure solution à l'issue du marché exécuté au premier stade.

**Les autorités françaises estiment qu'il est en tout état de cause indispensable d'aller dans le sens d'une valorisation de l'innovation des entreprises qui sont à la pointe de la technologie.** Cela passe nécessairement par l'assurance, pour ces dernières, d'avoir un retour sur investissement permettant de rentabiliser l'innovation. Sans cette assurance, les entreprises ne prendront pas le risque d'avoir recours à des solutions innovantes. Il est donc nécessaire de réfléchir à l'instauration, dans les directives « marchés publics », d'une nouvelle procédure, distincte du dialogue compétitif, qui permettrait de limiter la concurrence et d'inciter les entreprises à innover.

Une mise en concurrence intervenant au stade de la recherche et développement, et même au tout début de la phase de commercialisation, peut avoir pour effet de provoquer, de la part de l'opérateur économique, des comportements qui compromettent l'objectif poursuivi. Il est en effet probable, dans une telle situation, que l'opérateur économique compétent limite volontairement son effort d'innovation compte tenu de l'incertitude relative à l'attribution du marché de développement /production, après mise en concurrence ultérieure. Il est peu probable, par ailleurs, qu'un opérateur

économique innovant et disposant des capacités de production nécessaires à la phase « commerciale » propose des licences à des conditions « justes et raisonnables » à ses futurs concurrents. En outre, la commercialisation des droits de propriété intellectuelle est génératrice de surcoûts pour la personne publique, si le coût de la licence est intégré dans les offres des concurrents, alors même que la personne publique a déjà obtenu des droits au titre de marchés précédents.

A droit constant également, l'identification explicite de l'innovation comme l'un des critères d'attribution serait utile. L'article 53 du code des marchés publics le fait expressément. Ce n'est pas le cas de l'article 53 de la directive 2004/18/CE.

Par ailleurs, la proposition que font les autorités françaises d'autoriser l'inversion des phases de sélection des candidatures et des offres est de nature à favoriser grandement l'innovation. En effet, et ainsi qu'il a été dit plus haut, examiner d'abord les offres avant les candidatures permettrait de contrer la tendance naturelle des acheteurs publics à la prudence, laquelle les conduit souvent à privilégier l'opérateur économique le plus solide au détriment de l'opérateur plus petit mais plus innovant. Réciproquement, examiner les candidatures après les offres et au regard de celles-ci écarte le risque pour l'acheteur d'avoir à retenir l'offre excellente d'un opérateur, certes capable d'exécuter l'objet du marché, mais pas d'exécuter l'offre qu'il propose aux conditions qu'il propose. Libérés de cette incertitude, les acheteurs seraient plus susceptibles d'autoriser les variantes et de libeller leurs spécifications techniques en termes d'exigences ou de performances fonctionnelles, favorisant ainsi l'innovation.

94. *Pensez-vous que la stratégie axée sur les achats publics avant commercialisation (c'est-à-dire l'achat de services de R&D par les pouvoirs adjudicateurs pour le développement de produits non encore disponibles sur le marché) permette de stimuler l'innovation? Une amélioration du partage et de l'évaluation des bonnes pratiques des différents États membres en matière de marchés publics de services de R&D est elle nécessaire pour accroître le recours aux achats publics avant commercialisation? Existe-t-il d'autres moyens non prévus expressément dans le cadre juridique actuel par lesquels les pouvoirs adjudicateurs pourraient demander le développement de produits ou de services non encore disponibles sur le marché? Par quels moyens particuliers les pouvoirs adjudicateurs pourraient-ils encourager les PME et les start-up à participer à des achats publics avant commercialisation?*

**Selon les autorités françaises, une stratégie axée sur les achats publics avant commercialisation permet en effet de stimuler l'innovation, à condition que les acheteurs publics recourent davantage à cette procédure.** Pour ce faire, un éclairage des entités adjudicatrices sur la mise en œuvre de cette procédure au moyen d'un guide opérationnel serait utile. Un tel guide devrait aussi préciser l'articulation de cette initiative avec les directives « marchés publics » et les lignes directrices sur les aides d'Etat.

Par ailleurs, une amélioration du partage et de l'évaluation des bonnes pratiques des Etats membres en matière d'utilisation des achats publics avant commercialisation serait nécessaire et doit être soutenue.

En revanche, aucune initiative législative ne paraît opportune, la force des achats publics avant commercialisation résidant essentiellement dans leur souplesse.

---

**Exemple :** Bonne pratique recherche et innovation utilisée dans le secteur de la défense

- ➔ *Le ministère de la défense a développé une pratique visant à développer des produits ou services non encore disponibles sur le marché.*
- Le ministère finance des études, dont l'initiative est privée, qui éclairent au plan opérationnel et technique les choix en matière d'équipement. Elles visent à soutenir les travaux de préparation de l'avenir et servent à optimiser, pour les systèmes futurs ou dans le cadre des

évolutions des systèmes existants, les caractéristiques opérationnelles, les spécifications techniques ainsi que les coûts associés ; elles peuvent notamment s'appuyer sur des simulations.

- Le cycle annuel de programmation débute par un appel à propositions d'études auprès de tous les organismes concernés du ministère et des industriels de la défense. Plusieurs jalons rythment ensuite ce cycle jusqu'au Comité qui en fixe le programme annuel. Les propositions doivent suivre un canevas spécifique et veiller à indiquer, notamment, les possibilités d'ouverture à la coopération et plus particulièrement à la coopération européenne.
- A la suite de l'établissement du programme d'études, les besoins sont naturellement satisfaits conformément aux principes de la commande publique.

*95. D'autres mesures sont-elles nécessaires pour améliorer la capacité d'innovation des PME? Dans l'affirmative, quel type de mesures particulières proposeriez-vous?*

En termes d'accès des PME à la commande publique, les autorités françaises considèrent que la Commission pourrait jouer un rôle encore plus grand dans la sélection et l'éclairage des bonnes pratiques des Etats membres, dans le suivi de la mise en œuvre du *Small Business Act* pour l'Europe.

En ce qui concerne l'amélioration de la capacité d'innovation des PME au niveau européen, les autorités françaises considèrent que les autres mesures souhaitables ne relèvent pas des directives « marchés publics ». Il s'agirait, par exemple :

- de simplifier l'accès aux aides et désigner un interlocuteur unique susceptible d'aider les PME à établir les dossiers d'aide ;
- de favoriser les transferts de technologie ;
- de renforcer les actions de simplification des procédures des programmes européens pour les PME ;
- de créer un fonds européen pour le financement des entreprises innovantes ;
- de créer un fonds européen des brevets ;
- d'adopter un brevet européen et un statut de la société privée européenne ;
- de fournir un appui technique et financier de la Commission pour la mise au point de services électroniques interopérables (facture électronique, création de systèmes de règlements des litiges en ligne au niveau européen) ;
- de renforcer les efforts entrepris par les PME pour s'internationaliser et devenir des entreprises à forte croissance<sup>48</sup>, notamment par la participation aux clusters innovants ;

Comme indiqué à plusieurs reprises, autoriser l'inversion des phases de sélection des candidatures et des offres est de nature à renforcer l'accès à la commande publique des PME innovantes, et donc, indirectement, de renforcer la capacité d'innovation des PME.

*96. Quel type de mesure des performances proposeriez-vous pour contrôler les progrès et les effets des marchés publics innovants? Quelles données seraient requises pour mesurer les performances et de quelle manière les recueillir sans créer une charge administrative supplémentaire pour les pouvoirs adjudicateurs et/ou les opérateurs économiques?*

<sup>48</sup> L'étude de la Commission européenne du 6 juillet dernier démontre que seulement 25 % des PME européennes exportent ou ont exporté à un moment donné au cours des trois dernières années et que les PME opérant sur le plan international font état d'une croissance de l'emploi de 7 %, contre 1 % pour les entreprises sans aucune activité internationale.

## 4.4 Services sociaux

*La France attache une importance particulière aux services sociaux et considère qu'il est indispensable que les Etats membres et l'Union européenne collaborent à l'élaboration d'un environnement juridique propice au développement de ces services et s'efforcent de garantir leur qualité.*

*A ce titre, les autorités françaises considèrent que les règles actuelles doivent être adaptées afin de mieux tenir compte des particularités de ces services. De la même façon, la révision du paquet « Monti-Kroes », applicable aux services d'intérêt économique général et relatif aux aides d'Etat, doit prendre en compte la spécificité des services sociaux d'intérêt général. Les propositions législatives permettant un meilleur usage des marchés publics en soutien des politiques publiques doivent en tout état de cause laisser tout leur espace aux autres modes d'intervention publique dont, notamment, les subventions indispensables pour soutenir la cohésion sociale et territoriale.*

97. *Pensez-vous que la législation de l'UE sur la passation des marchés publics devrait mieux tenir compte des particularités des services sociaux? Si oui, de quelle Manière?*

Les Services sociaux d'intérêt général (SSIG) sont l'une des caractéristiques essentielles du modèle économique et social européen en ce qu'ils contribuent tant à la cohésion sociale qu'à la vitalité économique des territoires (gisement d'emplois). Ils possèdent des caractéristiques spécifiques qui se retrouvent dans les critères utilisés pour les définir.

La France est favorable à la méthode du faisceau d'indices proposée par la Commission européenne dans sa Communication de 2006<sup>49</sup>. Cette méthode est souple, adaptée et justifiée au regard de la liberté laissée aux autorités publiques nationales pour définir les missions d'intérêt général dans le domaine social dans le respect du principe d'attribution des compétences et du principe de subsidiarité.

**La France considère que l'Union européenne et les Etats membres doivent collaborer à l'élaboration d'un environnement juridique propice au développement de ces services et s'efforcer de garantir leur qualité.** Elle soutient toute initiative permettant d'apporter les clarifications nécessaires concernant les principes applicables à la gestion et au financement des services d'intérêt général.

---

<sup>49</sup> Extrait de la Communication de la Commission « *Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne : Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne* » (26 avril 2006, COM(2006) 177 final) : [...] les services sociaux présentent de facto souvent une ou plusieurs des caractéristiques d'organisation suivantes :

- un fonctionnement sur la base du principe de solidarité requis notamment par la non sélection des risques ou l'absence d'équivalence à titre individuel entre cotisations et prestations,
- un caractère polyvalent et personnalisé intégrant les réponses aux divers besoins nécessaires pour garantir les droits humains fondamentaux et protéger les personnes les plus vulnérables,
- l'absence de but lucratif<sup>9</sup>, notamment pour aborder les situations les plus difficiles et s'expliquant souvent par des raisons historiques,
- la participation de volontaires et de bénévoles, expression d'une capacité citoyenne,
- un ancrage marqué dans une tradition culturelle (locale). Ceci trouve notamment son expression dans la proximité entre le fournisseur du service et le bénéficiaire permettant de prendre en compte les besoins spécifiques de ce dernier.
- une relation asymétrique entre prestataires et bénéficiaires ne pouvant être assimilée à une relation « normale » de type fournisseur-consommateur requérant ainsi la participation d'un tiers payant.

*97.1. Estimez-vous que certains aspects concernant l'achat public de services sociaux devraient être davantage régulés au niveau de l'UE en vue d'améliorer la qualité de ces services? Plus précisément :*

La qualité des services sociaux offerts aux citoyens ne dépend pas nécessairement des règles de passation des marchés publics mais d'objectifs mesurables et construits par la puissance publique et l'organisme chargé de la mission de service public, assortis de processus d'évaluation en cours de réalisation et de cibles finales significatives et atteignables compte tenu des moyens prévus.

*97.1.1. Les directives devraient-elles proscrire le critère du prix le plus bas pour l'attribution de marchés/limiter l'utilisation du critère du prix/limiter le poids que le pouvoir adjudicateur peut donner au prix/prévoir un troisième critère d'attribution en plus du prix le plus bas et de l'offre économiquement la plus avantageuse?*

En matière de services sociaux, les autorités publiques peuvent être tentées de privilégier le critère du prix le plus bas au détriment, parfois, de la qualité des services prestés. Pourtant, le critère du prix le plus bas ne permet a priori pas d'intégrer les coûts indirects sociaux et environnementaux.

Plusieurs pistes pourraient être explorées<sup>50</sup> :

- Prévoir un troisième critère d'attribution portant sur les avantages sociaux, environnementaux et sociétaux de la politique de responsabilité sociale des opérateurs. Cependant, la législation européenne ne doit pas imposer le recours à un tel critère ;
- intégrer dans la notion d'offre économique la plus avantageuse la dimension de l'intérêt sociétal ou la prise en compte des coûts collatéraux et de l'impact humain, sanitaire et environnemental induit.

Les autorités françaises sont favorables à un assouplissement du lien avec l'objet du marché. Ainsi, il serait utile de pouvoir retenir, dans les documents du marché, des critères de sélection des candidatures et des offres prenant en compte notamment les conditions d'exercice de son activité par l'opérateur économique au regard d'exigences sociales, environnementales et d'innovation. A titre d'exemple, un marché ayant pour objet le nettoyage des rues devrait pouvoir être attribué en tenant compte de la politique sociale des entreprises concernées, et notamment en matière d'intégration des personnes en grandes difficultés de retour à l'emploi.

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

Au sein de l'Union européenne, la prestation de services sociaux est souvent marquée par la grande diversité des acteurs et la mixité du statut des prestataires, mêlant public, partenariat public-privé, privé non lucratif et privé lucratif. Il importe de ne pas favoriser davantage l'un ou l'autre secteur mais, au contraire, de permettre l'exercice de mêmes activités par des partenaires divers favorisant ainsi le développement d'un large panel de solutions pour les autorités publiques au bénéfice de l'utilisateur.

Le cas échéant, l'utilisation de l'instrument des marchés publics peut permettre d'atteindre également ce résultat : critères sociaux et clause d'exécution sociale, allotissement.

<sup>50</sup> Cf. réponses aux questions 70 et suivantes.

L'une des pistes possibles réside dans l'autorisation d'inclure, à tous les stades de la procédure, des éléments qui ne sont pas dépourvus de tout lien avec l'objet du marché, à savoir aussi bien au stade de la définition des besoins et des spécifications techniques, qu'à celui de la sélection des candidatures et des offres. Sous le contrôle du juge, l'acheteur public aura alors la responsabilité de s'assurer du caractère objectif et indistinctement applicable à toutes les offres de ces nouveaux éléments<sup>51</sup>. Ainsi, par exemple, en matière d'achat de prestations de formation professionnelles, les acheteurs publics pourraient prendre en compte la politique sociale des candidats, notamment en termes de retour à l'emploi des personnes qui en sont éloignées.

La difficulté ne réside pas uniquement dans la nécessité pour les organisations à but non lucratif de se soumettre ou de s'adapter au droit de la commande publique mais aussi dans celle de préserver des marges de manœuvre dans l'attribution des subventions publiques. La clarification des règles applicables aux aides d'Etat permettrait la préservation de certains modèles sociaux internes.

---

**Exemple :** Un acheteur public peut décider, dans le cadre d'un marché d'impression, de prévoir plusieurs lots afin de sécuriser son approvisionnement et de réserver l'un de ces lots, selon les modalités de l'article 15 à une entreprise adaptée ou un établissement et service d'aide par le travail (ESAT) ou toutes autres structures équivalentes, dans le règlement de consultation du marché.

De façon classique, il convient lors du choix du lot réservé de bien évaluer la capacité de production du marché des entreprises adaptées et des ESAT. Il doit y avoir une mise en concurrence des fournisseurs potentiels conformément aux règles du code des marchés publics.

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

Selon les autorités françaises, le moindre coût ne doit pas seulement refléter un coût immédiat monétaire. Pour les services sociaux, la notion de coût pour la collectivité doit également intégrer le coût sociétal, sanitaire, social, ou environnemental.

Les autorités françaises considèrent que la proposition formulée relative à l'ajout de deux critères complémentaires doit permettre de prendre en compte de telles considérations.

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

La France considère que les activités socialement sensibles doivent intégrer des préoccupations spécifiques dans les cahiers des charges, y compris à travers l'édition de critères appropriés. Il ne s'agit donc pas d'un traitement de faveur pour les services sociaux mais **de l'efficacité de la réponse aux besoins sociaux** identifiés dans le cadre d'un marché.

---

<sup>51</sup> CJCE, 17-9-2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab*, C-513/99, points 64 et 85.

## 5 GARANTIR L'INTEGRITE DES PROCEDURES

### 5.1 Prévention des conflits d'intérêts

98. *Seriez-vous favorable à l'introduction, au niveau de l'Union européenne, d'une définition du conflit d'intérêts dans les marchés publics? Quelles activités/situations présentant un risque potentiel devraient être prises en compte (relations personnelles, intérêts commerciaux telles que participations au capital, incompatibilités avec des activités externes, etc.)?*

99. *Pensez-vous qu'il est nécessaire d'adopter des mesures de prévention, d'identification et de résolution des situations de conflit d'intérêts au niveau de l'Union européenne? Dans l'affirmative, quel type de mesure vous semblerait utile?*

La France a engagé, à la suite du rapport de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique<sup>52</sup>, une réflexion générale sur les conflits d'intérêts dans la vie publique et s'apprête à légiférer en ce sens.

Le rapport ne s'intéresse pas spécifiquement aux marchés publics mais formule plusieurs propositions qui, mises en œuvre par la loi, renforceraient les garanties d'impartialité des agents amenés à passer des marchés publics.

Il convient de rappeler pour l'heure qu'il n'existe pas de définition harmonisée du conflit d'intérêt au niveau européen. Ainsi, il est réprimé pénalement en Allemagne, alors que par exemple en France est réprimée la prise illégale d'intérêt sur le fondement de l'article 432-12 du code pénal.

De manière générale, les autorités françaises estiment que la définition de règles en matière pénale relève, en tout état de cause, de l'appréciation des seuls Etats-membres.

### 5.2 Lutte contre le favoritisme et la corruption

100. *Estimez-vous que la corruption et le favoritisme constituent un risque particulier pour les marchés publics? Appartient-il à l'Union européenne ou aux seuls États membres de prendre des mesures dans ce domaine?*

La France considère qu'il appartient aux seuls Etats-membres de prendre les mesures utiles en ce domaine.

En matière de marchés publics, les principales atteintes à la probité relèvent soit du favoritisme, soit de la prise illégale d'intérêts. Pour la France, il convient de relever que les infractions relevées par les services d'enquêteurs et instruites par les juridictions de jugement restent assez marginales au regard des données statistiques. Il s'agit environ d'une quarantaine de condamnations par an prononçant pour l'essentiel d'entre elles des amendes. Le Code Pénal prévoit en conséquence des incriminations pénales adaptées afin de lutter contre les atteintes à la probité pouvant se révéler dans les marchés publics.

<sup>52</sup> Rapport remis au Président de la République le 26 janvier 2011 (<http://www.conflits-interets.fr/pdf/rapport-commission-conflits-interets-vie-publique.pdf>).

*101. Quels sont les principaux risques pour l'intégrité de chacune des phases du processus de passation (définition de l'objet, préparation de l'appel d'offres, phase de sélection, phase d'attribution, exécution du marché)?*

*102. Parmi ces risques, lesquels justifient l'introduction de règles supplémentaires/plus spécifiques dans les directives «marchés publics»? De quelle manière (quelles règles/mesures)?*

En droit français, selon l'article 432-14 du code pénal français, le délit de favoritisme consiste pour toute personne mentionnée à procurer ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public.

Cette disposition permet en réponse de poursuivre du chef de favoritisme toute personne mentionnée à cet article qui intervient de façon illicite dans la procédure des marchés publics afin de procurer ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié.

Le risque pénal lié au délit de favoritisme est présent dans toutes les phases de la procédure de passation des marchés publics puisque l'élément matériel du délit consiste en un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public. Dans la phase d'évaluation, il peut s'agir d'une pratique comme celle de prévenir certains candidats potentiels du lancement prochain d'une procédure tout en faisant prévaloir l'absence de transparence pour des achats récurrents. Dans la phase de montage, d'une sous-estimation des contraintes, ou d'une définition des besoins tournée vers une solution ou un candidat prédéterminé(e). Dans la phase de mise en concurrence, de réserver à certains l'accès à des données sensibles. Dans la phase d'attribution, de jouer sur l'ambiguïté sur les critères de choix.

En vertu du principe de subsidiarité et conformément au champ d'application des directives « marchés publics », des règles relatives au domaine pénal n'ont pas à figurer dans ces directives. Ces dernières, en fixant des règles traduisant les principes de non-discrimination et de transparence, garantissent déjà l'intégrité des acheteurs publics.

De plus, les autorités françaises considèrent qu'une telle introduction serait de nature à poser des difficultés : le fait d'adopter des mesures spécifiques en la matière dans les directives « marchés publics » figerait les règles de manière préjudiciable.

*103. Quels instruments supplémentaires les directives pourraient-elles prévoir pour lutter contre le crime organisé dans les marchés publics? Seriez-vous favorable, par exemple, à l'établissement d'un contrôle ex ante des sous-traitants?*

La France s'est dotée d'un dispositif de sanctions pénales adapté, permettant de lutter efficacement contre les infractions pouvant être commises dans le cadre des marchés publics (favoritisme, prise illégale d'intérêt, corruption,...etc).

En ce qui concerne les sous-traitants, l'article 114 du code des marchés publics prévoit que le pouvoir adjudicateur doit avoir accepté les sous-traitants et agréé leurs conditions de paiement. Le sous-traitant peut être déclaré pendant la phase précontractuelle (au moment de la remise de l'offre) ou bien en cours d'exécution du marché.

Le soumissionnaire et/ou le titulaire doivent fournir au pouvoir adjudicateur une déclaration mentionnant :

- La nature des prestations sous-traitées ;
- Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ;

- Le montant maximum des sommes à verser par paiement direct au sous-traitant ;
- Les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitante et, le cas échéant, les modalités de variation des prix ;
- Les capacités professionnelles et financières du sous-traitant.

Doit également être remise une déclaration du sous-traitant indiquant qu'il ne tombe pas sous le coup d'une interdiction d'accéder aux marchés publics.

Le titulaire reste toujours l'unique responsable de son sous-traitant : « *En cas de sous-traitance, le titulaire demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du marché* » (article 113 du code des marchés publics).

Il existe donc en droit national une forme de contrôle « ex ante » des sous-traitants.

**Les autorités françaises ne sont pas favorables à l'introduction, dans les directives, de règles en la matière dont la définition relève de l'appréciation des seuls Etats-membres.**

### **5.3 Exclusion de soumissionnaires**

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

L'article 45 de la directive 2004/18/CE instaure des conditions d'accès aux marchés publics tenant d'une part à la probité du soumissionnaire (existence de condamnations pénales antérieures pour certaines infractions listées) et d'autre part à la solidité économique des entreprises se portant candidates à l'obtention d'un marché public.

Ces règles ont donc une vocation préventive aux fins d'assainissement des marchés publics.

L'interdiction de candidater à un marché peut néanmoins être considérée comme une sanction de pratiques commerciales illicites antérieures qui auraient été pénalement sanctionnées.

Les autorités françaises sont satisfaites de ce mécanisme tel qu'il existe aujourd'hui.

*105. Comment la coopération mise en place entre les pouvoirs adjudicateurs pour obtenir des informations sur la situation personnelle des candidats et des soumissionnaires pourrait-elle être renforcée?*

En l'absence d'un système uniformisé et formalisé commun, qui permettrait de constater l'absence d'interdiction de soumissionner des opérateurs économiques des autres Etats membres, il est extrêmement difficile pour les autorités et entités adjudicatrices de connaître les pratiques des différents Etats en matière de délivrance de certificats et attestations officiels.

Les échanges d'informations de ce type peuvent être envisagés mais devront respecter les principes applicables à la protection des données personnelles, tels qu'ils découlent notamment de la directive 95/46 et de la convention 108 du Conseil de l'Europe.

*106. Pensez-vous que la question des mesures prises par l'opérateur économique pour redresser sa situation personnelle devrait être expressément traitée dans l'article 45, ou ne devrait-elle faire l'objet d'une réglementation qu'au niveau national?*

Les mesures de redressement évoquées dans cette question visent tout autant la question du candidat ou soumissionnaire ayant fait l'objet d'une condamnation pénale ou ayant commis une faute grave, que celle où ce candidat ou soumissionnaire est « insolvable », y compris le cas où il est en procédure collective.

Pour mémoire, s'agissant des procédures collectives, la directive prévoit (point 2 de l'art. 45) la possibilité pour les Etats membres (et non l'obligation) d'exclure un candidat ou soumissionnaire de la participation à un marché public si celui-ci est en état de faillite ou fait l'objet d'une procédure de faillite.

**Les autorités françaises estiment préférable de laisser à la réglementation nationale le soin de définir les éléments à prendre en compte pour apprécier si le candidat ou le soumissionnaire a pris les mesures de nature à remédier aux incertitudes sur sa solvabilité.** Toute autre solution pourrait remettre en cause le système national de répartition des pouvoirs.

A titre d'exemple, le système français d'exclusion des marchés publics est un système mixte ; il prévoit à la fois des interdictions de soumissionner à l'attribution d'un marché public prononcées par un juge et des interdictions par application de la loi.

L'interdiction de soumissionner peut résulter d'une condamnation prononcée par un juge ou d'un état reconnu par un juge. Dans les hypothèses où la loi le prévoit, et qui correspondent à des condamnations pour participation à une organisation criminelle, pratique de corruption, de fraude ou de blanchiment de capitaux, mais également à des hypothèses de faute professionnelle ou de fausses déclarations, le juge peut prononcer une interdiction de soumissionner à l'attribution de marchés publics. En raison de la séparation des pouvoirs, il est impossible, pour les acheteurs publics, de revenir sur la décision prise par le juge. Le contrevenant dispose, pour sa part, de la possibilité de demander au juge de réexaminer sa situation, au regard des mesures qu'il a prises.

L'interdiction de soumissionner peut résulter du constat d'un défaut de production par le candidat des preuves de la régularité de sa situation au regard de ses obligations sociales et fiscales. Dans cette hypothèse, le pouvoir ou l'entité adjudicateur constate l'interdiction sur la base de certificat ou attestations délivrés par d'autres organismes. Ces situations sont constatées par les organismes et administrations chargés de collecter les différentes taxes, impositions et contributions de sécurité sociale, qui peuvent décider de revenir sur leur décision, notamment lorsque le débiteur constitue des réserves ou des garanties de paiements, ou lorsqu'un plan de paiement différé a été convenu.

La seule hypothèse où l'entité ou le pouvoir adjudicateur doit effectivement se prononcer plus en avant sur la situation du candidat au regard des interdictions de soumissionner est celui des personnes admises au redressement judiciaire au sens de l'article L. 620-1 du code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger. En France, une difficulté pour l'acheteur résulte de la recherche d'équilibre entre, d'une part, la protection des pouvoirs et entités adjudicateurs contre la participation d'opérateurs potentiellement défaillants et, d'autre part, l'absence de pénalisation des entreprises en redressement judiciaire, qui est garantie par les textes. Dans ce cas, l'admission au redressement judiciaire étant prononcée par un juge, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice doit vérifier, sur la base des justificatifs fournis par le candidat (copie du ou des jugements concernés), que ce dernier a été habilité à poursuivre son activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché. En cas de réponse positive, aucune décision de rejet de la candidature ne peut être prise à l'encontre du candidat concerné.

De cet état du droit, il résulte que les autorités françaises sont réservées sur une intervention supplémentaire des directives « marchés publics » en la matière.

*107. Une décision motivée concernant le rejet d'une offre ou d'une candidature est-elle une sanction appropriée pour améliorer le respect du principe de l'égalité de traitement?*

Selon les autorités françaises, il s'agit d'une piste intéressante qui permettrait de sécuriser juridiquement l'exclusion d'un candidat qui aurait essayé de violer à son profit le principe d'égalité de traitement.

Les sanctions doivent toutefois être motivées et précédées d'une procédure contradictoire. Il faudra donc que le candidat ou le soumissionnaire voyant sa candidature ou son offre rejetée à titre de sanction soit mis à même de présenter ses observations préalablement à la notification de la décision d'exclusion.

*108. Pensez-vous que, à la lumière du traité de Lisbonne, des normes minimales en matière de sanctions pénales devraient être élaborées au niveau de l'UE pour des cas particuliers (corruption ou conflits d'intérêts non déclarés, par exemple)?*

Les autorités françaises considèrent qu'il convient d'être très prudent sur l'élaboration de normes minimales en matière de sanctions pénales au niveau de l'UE pour des cas particuliers.

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

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

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

Les autorités françaises considèrent que l'adoption de règles spécifiques de l'Union européenne pour traiter la question des avantages procurés à certains soumissionnaires par leur participation précédente à la conception du projet de l'appel d'offres ou aux soumissionnaires sortants n'est pas nécessaire.

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, notamment son arrêt de 2005, *Fabricom SA*<sup>53</sup>, est suffisamment claire et n'appelle pas de précisions complémentaires dans une directive sur les marchés publics.

<sup>53</sup> CJCE, 3 mars 2005, *Fabricom SA*, C-21/03 et C-34/03.

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

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

**Les autorités françaises constatent que les mécanismes prévus par les articles 58 et 59 de la directive 2004/17/CE sont mal connus et ne sont pas utilisés.**

a. Article 58 de la directive 2004/17/CE

En application du paragraphe 2 de l'article 58 de la directive 2004/17/CE, une offre contenant des produits originaires de pays tiers, avec lesquels l'Union européenne n'a conclu aucune convention sur les marchés publics, peut être rejetée lorsque la valeur de ces produits représente plus de 50 % de la valeur totale des produits composant ces offres.

Alternativement, lorsque plusieurs offres sont équivalentes au regard des critères d'attribution – c'est-à-dire lorsque l'écart de prix entre ces offres est inférieur à 3 % – l'acheteur peut accorder une préférence, parmi ces offres, à celle dans laquelle les produits originaires de pays tiers représentent moins de 50 % de la valeur totale des produits.

Il n'existe aucune obligation pour les acheteurs publics concernés de rejeter les offres répondant aux conditions précitées. L'acheteur demeure libre de choisir entre un rejet et une analyse de l'offre en question. S'il décide d'analyser cette offre, il est libre de décider, en cas d'offre équivalente, de faire jouer la préférence communautaire ou non.

Il n'existe aucune donnée statistique sur la question de la mise en œuvre de ces dispositions par des autorités contractantes. A la connaissance des autorités françaises, toutefois, ces dispositions ne sont pas appliquées. En dépit de l'absence de données statistiques, des informations fournies par des acheteurs publics permettent de dresser la typologie suivante des raisons présidant à la non-utilisation de ce dispositif :

➤ **Le recours à ces dispositions a un effet juridique et pratique limité :**

- ces dispositions ne concernent, d'une part, que les marchés de fournitures et, d'autre part, que les marchés passés pour l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux dans les domaines de l'eau, des transports, de l'énergie et des services postaux ;
- leur portée pratique est extrêmement faible : les conditions légales permettant d'attribuer une préférence à certaines offres – plusieurs offres notées de manière identique pour les critères non monétaires et des prix différant de moins de 3% – se cumulent très rarement dans la réalité ;
- procédant d'une logique déclarative, ce dispositif est aisément contournable. L'acheteur désireux de vérifier l'origine des produits se heurte à la complexité de la législation et des classifications douanières. Il lui est, en pratique, quasiment impossible de procéder à une vérification compatible avec les délais d'une procédure d'attribution.

➤ **La portée exacte de ce dispositif est particulièrement mal connue.**

- **Les acheteurs publics disposent d'une connaissance limitée des accords existants ;** mettre en œuvre le dispositif de l'article 58 de la directive 2004/17/CE est dès lors perçu comme impliquant un risque juridique important :

- si la grande majorité des acheteurs publics connaît l'Accord plurilatéral sur les marchés publics, peu d'entre eux connaissent les parties à l'AMP ;
- peu connaissent la liste des pays ayant conclu un accord de libre-échange, ou autre accord international, comportant un volet « marchés publics », avec l'Union européenne.
- **Au-delà même de ses faiblesses, le dispositif emporte des effets pervers :**
  - fondé sur la seule origine des produits, il peut conduire à l'exclusion d'opérateurs européens ;
  - un acheteur peut être réticent à le mettre en œuvre car il l'expose à un renchérissement de son marché, voire à l'infructuosité de celui-ci ;
  - en complexifiant les conditions d'attribution du marché, il emporte un fort risque contentieux.

Aucune autre disposition ne traite, en l'état actuel du droit français, de la question de l'accès des entreprises issues de pays tiers aux procédures de marchés publics. Les entreprises bénéficient toutes, quelle que soit leur nationalité, du principe d'égalité de traitement des candidats.

#### b. Article 59 de la directive 2004/17/CE

L'article 59 de la directive 2004/17/CE permet de restreindre, dans certaines conditions, l'attribution de marchés de services dans l'UE.

Il prévoit que la Commission, en intervenant auprès du pays tiers concerné, « s'efforce » de remédier aux situations dans lesquelles elle constate que ce pays n'accorde pas aux entreprises européennes un accès effectif et comparable à celui que l'UE accorde aux entreprises de ce pays ou lorsque ce dernier réserve aux entreprises européennes un traitement discriminatoire. En cas d'échec, elle peut proposer au Conseil de décider (à la majorité qualifiée) de suspendre ou de restreindre, pendant une période déterminée, l'attribution de marchés de services aux entreprises du pays concerné<sup>54</sup>.

Ce dispositif est limité aux seuls marchés publics de services passés par des acheteurs publics ayant des activités d'opérateurs de réseaux visées par la directive (eau, énergie, transports, services postaux)<sup>55</sup>. Sont donc exclus les marchés passés par l'Etat et les collectivités territoriales en dehors de ces activités. Ce dispositif devrait être mis en œuvre après la saisine de l'ORD, lorsque le marché en

<sup>54</sup> Peuvent être visées : - les entreprises constituées dans ce pays ; - les entreprises liées à des entreprises constituées dans ce pays, ayant leur siège social sur le territoire communautaire, mais n'ayant pas de lien direct et effectif avec l'économie d'un Etat membre ; - les entreprises présentant des offres ayant pour objet des services originaires du pays concerné. On notera que la Commission peut également faire une telle proposition visant à la mise en place de « sanctions », après que les Etats membres l'ont informée de difficultés rencontrées par leurs entreprises pour accéder aux marchés de services de pays tiers, résultant du non respect des conventions fondamentales de l'OIT.

<sup>55</sup> Sont visées les activités suivantes :

1. L'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité, de gaz ou de chaleur, la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux, ou l'alimentation de ces réseaux en électricité, en gaz, ou en chaleur ;
2. L'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux, ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable ;
3. Les activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides ;
4. Les activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique permettant d'organiser et de mettre à disposition des transporteurs, des aéroports, des ports maritimes, des ports fluviaux, ou d'autres terminaux de transport ;
5. Les activités d'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, tramway, trolleybus, autobus, autocar, câble ou tout système automatique, ou la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux ;
6. Les activités visant à fournir des services postaux ou les services autres que les services postaux (services de gestion de services courrier) faut-il lire (services de gestion, services de courrier) ou (services de gestion des services de courrier) ? ;
7. services de courrier électronique assurés entièrement par voie électronique ; services de gestion des adresses et transmission de courrier électronique recommandé ; services d'envois non postaux ; services bancaires et d'investissement et services d'assurance ; services de philatélie ; services logistiques, associant la remise physique des colis ou leur dépôt à des fonctions autres que postales, tels que les services d'envois express).

cause relève de l'AMP, ou après la saisine du mécanisme bilatéral de règlement des différends applicable, si le marché en cause relève d'un accord bilatéral conclu avec l'UE comportant un volet sur les marchés publics couverts par le mécanisme de règlement des différends prévu par ce traité.

A la connaissance des autorités françaises, ces dispositions ne sont pas appliquées. Les entreprises qui rencontrent des difficultés d'accès aux marchés étrangers ne souhaitent pas préparer de dossier exposant leurs difficultés et qui permettrait d'enclencher la procédure prévue à l'article 59. Elles craignent que cela les stigmatise et altère leurs chances futures de remporter un marché dans le pays concerné.

Ces articles prévoient néanmoins un mécanisme de « préférence communautaire » dont il pourrait être utile de s'inspirer dans la perspective du futur instrument européen visant à assurer un accès réciproque aux marchés publics de l'Union européenne et des pays tiers.

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

Ces dispositions étant incomplètes et inappliquées, elles ne sont pas à la hauteur des enjeux de l'ouverture réciproque des marchés publics de l'UE et des pays tiers. En particulier, le champ d'application de l'article 59 est trop limité et il n'offre pas une base suffisamment solide et opérationnelle pour permettre une action spécifique visant à améliorer l'accès aux marchés publics des pays tiers. L'actuelle limitation des mécanismes des articles 58 et 59 au seul champ d'application de la directive 2004/17/CE n'est pas justifiée, alors que ces mécanismes devraient concerner l'ensemble des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Ces mécanismes pourraient être étendus à tout achat susceptible de faire l'objet d'une traçabilité. Il en va ainsi des biens à double usage soumis à autorisation d'exportation vers les pays tiers à l'UE, en vertu du règlement 429/2009/CE. Les mécanismes d'autorisation d'exportation permettent de déterminer plus aisément l'origine des fournitures ou services.

Le dispositif pourrait être complété par une autorisation à participer à la procédure de passation prenant en compte notamment la localisation des moyens nécessaires à la maintenance, à la modernisation ou à l'adaptation des fournitures faisant l'objet du marché.

Toutefois, les mécanismes tels qu'actuellement prévus par la directive 2004/17/CE ont des effets pratiques limités<sup>56</sup>.

Les efforts doivent donc porter en priorité sur la création d'un instrument européen large et complet visant à assurer une réciprocité dans l'accès aux marchés publics de l'UE et des pays tiers.

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

Les autorités françaises sont favorables à l'adoption rapide d'un instrument européen qui permette d'assurer une symétrie dans l'accès aux marchés publics de l'UE et des pays tiers, comme l'a proposé la Commission dans sa communication du 9 novembre 2010 sur l'avenir de la politique commerciale européenne, ainsi que des conditions de concurrence équitables sur le marché intérieur.

L'objectif est de fournir à l'UE un instrument opérationnel permettant d'ouvrir les marchés publics des pays tiers et, pour ce faire, de prévoir la possibilité de restreindre l'accès aux marchés publics des Etats membres de l'Union européenne des entreprises issues de pays tiers qui n'ouvrent pas leurs marchés de manière équivalente. Cela est fondamental pour donner une portée concrète aux conclusions du

<sup>56</sup> Cf. Question précédente.

Conseil européen du 16 septembre 2010 aux termes desquelles « L'Europe devrait défendre ses intérêts et ses valeurs avec plus d'assurance et dans un esprit de réciprocité et de bénéfice mutuel ». Il s'agit également de disposer de leviers pour inciter les partenaires de l'UE à négocier des dispositions ambitieuses dans le domaine des marchés publics, alors qu'ils ne trouvent pas nécessairement d'intérêt à négocier avec l'UE le niveau d'ouverture dont ils bénéficient déjà, qui est le plus ouvert au monde.

Un dispositif efficace devrait inclure plusieurs principes :

- être un instrument européen et donc engager tous les Etats membres ;
- être connu de tous les acheteurs publics européens ;
- être facilement applicable ;
- s'appliquer à l'ensemble des pays tiers à l'UE ;
- permettre la possibilité de restreindre réellement l'accès aux marchés publics de l'UE (règles claires et facilement applicables) ;
- inciter nos partenaires à négocier des dispositions ambitieuses sur l'accès aux marchés publics ;
- conduire nos partenaires à respecter leurs engagements.

Il faut notamment que les clauses de réciprocité contenues dans les engagements de l'UE puissent être appliquées (pas d'ouverture si le partenaire n'ouvre pas).

Il faut parallèlement mieux régler la détection et l'exclusion des offres anormalement basses (afin de répondre à l'inapplicabilité de l'antidumping aux marchés publics).

Par ailleurs, pour éviter un contournement, le dispositif devrait prévoir l'exclusion des opérateurs étrangers qui, bien que disposant d'une officine sur le territoire de l'Union, n'entretiennent pas un lien effectif et continu avec l'économie de l'Union européenne.

## 7 Autres

*113. Y a-t-il d'autres questions qui, selon vous, devraient être traitées dans une future réforme des directives européennes relatives aux marchés publics? Si oui, lesquelles? Quels sont, selon vous, les problèmes à traiter et quelles solutions proposeriez-vous à cette fin?*

La révision des directives doit être l'occasion de tracer de manière plus claire une frontière entre commande publique et aides d'Etat.

*114. Veuillez classer par ordre d'importance les sujets abordés dans le présent livre vert et indiquer les autres sujets que vous considérez comme importants. Si vous deviez choisir, quels seraient les trois thèmes à traiter en priorité? Veuillez motiver votre réponse.*

La priorité va à l'adoption d'un instrument européen qui permette d'assurer une réciprocité dans l'accès aux marchés publics de l'UE et des pays tiers ainsi que des conditions de concurrence équitables sur le marché intérieur.

Cet objectif, essentiel pour maintenir la place des entreprises européennes à l'export et des conditions de concurrence saines sur le marché communautaire et sur les marchés tiers dans le domaine des marchés publics, doit primer sur la réforme du cadre réglementaire des marchés publics.

Une autre priorité consiste, au niveau multilatéral, à rééquilibrer les engagements réciproques de l'UE et des autres membres de l'OMC parties à l'AMP et d'obtenir une adhésion plus large à cet accord, en accordant la priorité à l'adhésion de la Chine, sur la base d'une offre ambitieuse.

- *Le problème de l'accès des fournisseurs de pays tiers au marché de l'UE ;*
- *l'allègement et la simplification des procédures de passation (notamment faire de la procédure négociée avec publication d'un avis de marché une procédure de droit commun) ;*
- *l'assouplissement du lien entre objet du marché, critères de sélection des candidatures ou d'évaluation des offres et spécifications techniques.*