



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le 11 mars 1998

COM (98) 143

COMMUNICATION DE LA COMMISSION

**LES MARCHÉS PUBLICS
DANS L'UNION EUROPÉENNE**

TABLE DE MATIERES

1. INTRODUCTION	1
2. ADAPTER LE CADRE RÉGLEMENTAIRE À L'ÉVOLUTION DU MARCHÉ	5
2.1 Les règles de base: simplification et souplesse de réaction à l'évolution du marché.....	5
2.1.1 Objectif.....	5
2.1.2 Présentation d'un paquet législatif	6
2.1.2.1 L'adaptation du champ d'application de la directive 93/38/CEE à l'évolution des secteurs qu'elle couvre	6
2.1.2.2 Favoriser les possibilités de dialogue	7
2.1.2.3 Le rôle des marchés-cadre	8
2.1.2.4 Le traitement des concessions et autres formes de partenariat public-privé	9
2.1.3 Clarification et codification.....	10
2.2 Améliorer l'application de la politique des marchés publics : une responsabilité conjointe des Etats membres, de la Commission et des acteurs économiques.....	11
2.2.1 Objectif.....	11
2.2.2 L'amélioration des contrôles au niveau communautaire	12
2.2.3 Autorités indépendantes	13
2.2.4 Le suivi du marché	14
2.2.5 Attestation: une garantie de non-discrimination dans les marchés publics.....	15
2.2.6 La lutte contre la corruption.....	16
2.2.7 Marchés passés par la Commission	16
3. DÉVELOPPER UN ENVIRONNEMENT FAVORABLE AUX ENTREPRISES ET NOTAMMENT AUX PME	18
3.1 Formation, information et mesures en faveur des PME.....	18
3.1.1 Objectif.....	18
3.1.2 Information	18
3.1.3 Formation et pratiques commerciales (« best practice »)	19
3.1.4 Mesures en faveur des PME	19
3.1.5 Qualification des fournisseurs	20

3.2	Vers une passation efficace des marchés par voie électronique	21
3.2.1	Préparer l'Union afin de répondre au nouveau défi des achats électroniques.....	21
3.2.2	Perspectives : un système paneuropéen de passation électronique des marchés publics	23
3.2.3	Mesures envisagées	24
4.	RÉALISER ET RENFORCER LA SYNERGIE AVEC D'AUTRES POLITIQUES DE LA COMMUNAUTÉ	25
4.1	Objectif	25
4.2	La défense	25
4.3	La protection de l'environnement.....	26
4.4	Marchés publics et aspects sociaux	28
4.5	La protection des consommateurs.....	29
4.6	International	29
4.6.1	Ouvrir les marchés publics des pays tiers aux entreprises européennes	29
4.6.2	Intégrer les économies des pays voisins dans la politique de l'Union européenne en matière de marchés publics	30
4.6.3	Assurer l'attribution efficace des marchés financés par l'Union européenne.....	32
	ANNEXE 1 : ETAT DE LA TRANSPOSITION DES DIRECTIVES MARCHES PUBLICS	33
	ANNEXE 2 : CALENDRIER.....	34

1. INTRODUCTION

Optimiser le fonctionnement du marché intérieur est d'une importance capitale pour l'Union européenne. L'objectif recherché par le *Plan d'action en faveur du marché unique*¹ élaboré par la Commission et approuvé par le Conseil européen d'Amsterdam ainsi que par le Parlement européen, est de veiller à ce que le Marché unique puisse tenir toutes ses promesses. Dans le cadre du Plan d'action, la Commission a publié, en novembre 1997, la première édition du *Tableau d'affichage du Marché unique*² contenant des indicateurs détaillés du stade de transposition et d'application de la législation relative au marché unique.

Ce tableau a confirmé que les marchés publics sont l'un des domaines clés du marché unique où les résultats ne sont pas encore à la hauteur des attentes. Cette constatation est particulièrement importante lorsque l'on connaît tout le poids économique des marchés publics: ils représentent en effet plus de 720 milliards d'écus, soit environ 11% du PIB de l'Union, soit encore la moitié du PIB de la République fédérale d'Allemagne.

La politique existante vise à ouvrir les marchés publics nationaux à la concurrence provenant d'autres Etats membres, en offrant aux fournisseurs compétitifs des possibilités de débouchés intéressantes. À l'heure actuelle, ces possibilités s'étendent aux pays de l'EEE et aux principaux partenaires commerciaux de l'Europe, à savoir les États-Unis, le Canada et le Japon. En ce qui concerne l'EEE, cette extension résulte de l'intégration dans l'accord sur l'EEE et, par conséquent, dans la législation des pays de l'AELE signataires de l'acquis communautaire en matière de marchés publics. L'accord garantit l'accès des fournisseurs de ces pays au marché communautaire, de la même façon que l'accès des fournisseurs des Etats membres aux marchés des pays de l'AELE est garanti. La politique existante cherche à encourager des comportements d'achat transparents dans un environnement concurrentiel, qui permettent d'obtenir le meilleur rapport qualité/prix dans le cadre de ces marchés. La concurrence au niveau communautaire conduira à une allocation efficace des ressources, améliorant ainsi la qualité des services publics et stimulant la croissance économique, la compétitivité et la création d'emplois. L'efficacité des marchés publics est particulièrement importante à la veille de l'entrée en vigueur de la monnaie unique et dans le climat actuel de stabilité et de rigueur budgétaires nécessaire pour qu'un changement aussi fondamental puisse s'opérer et se poursuivre dans des conditions satisfaisantes. Une politique efficace dans le domaine des marchés publics aura pour effet, en empêchant des dépenses publiques inefficaces et en fournissant un moyen très important de prévention de la corruption, de donner aux contribuables l'assurance que leur argent est dépensé convenablement, ce qui renforcera la confiance du public dans ceux qui les gouvernent. Quoique la lutte contre la corruption ne soit pas le premier objectif de la politique des marchés publics, l'amélioration des procédures de passation peut contribuer efficacement à cette lutte³. Ainsi, les propositions qui sont faites dans la

1 CSE (97) 1 final, 04.06.1997.

2 Tableau d'affichage du Marché unique, n°1, novembre 1997, SEC 97/2196.

3 Voir Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur *Une Politique de l'Union contre la Corruption (COM(97)0192)*.

présente communication visant à accroître la transparence et la clarté telles que la publication d'informations relatives aux marchés ou la désignation d'autorités indépendantes dans chaque Etat membre, contribueront à établir un système qui minimise les risques de corruption.

Le cadre juridique dans ce domaine qui repose sur les principes et les règles consacrés dans le Traité et précisés par six directives, a été parachevé il y a presque quatre ans, les premières directives remontant, elles, à plus de vingt ans. Toutefois, plusieurs Etats membres ne sont pas encore parvenus à mettre en place toutes les directives. Comme le montre le Tableau d'affichage de novembre 1997, les marchés publics sont l'un des domaines où la transposition est le plus à la traîne, la transposition correcte des directives dans tous les Etats membres ne dépassant pas 55,6 %⁴. En outre, la Communication de la Commission sur *l'Impact et efficacité du marché unique*⁵ montre clairement que les résultats économiques atteints jusqu'ici sont décevants par rapport aux attentes. Même si le taux de pénétration des importations dans le secteur public (à savoir la combinaison des importations directes et indirectes des acheteurs publics) est passé de 6 % en 1987 à 10 % aujourd'hui, on peut constater que les secteurs spécifiques restent cloisonnés en raison de l'utilisation de normes, de systèmes de certification et de qualification. En outre, il n'y a aucun signe évident de convergence des prix entre les Etats membres au cours de la même période.

Préoccupée par la défaillance constatée lors de la transposition des directives par les Etats membres ainsi que par les résultats économiques décevants, la Commission a publié en novembre 1996 un Livre vert intitulé *Les marchés publics de l'Union européenne: pistes de réflexion pour l'avenir*⁶. Les nombreuses réactions suscitées par cette publication sont encourageantes. Près de 300 réponses émanant d'un large éventail d'acteurs ont été reçues et la Commission les remercie tous - institutions, Etats membres, fournisseurs et acheteurs, organisations représentatives tant du côté de l'offre que de la demande, autres parties intéressées - pour leur précieuse contribution. Les discussions qui ont eu lieu au Conseil, au Parlement européen et au sein des comités consultatifs pour les marchés publics ont également été extrêmement utiles et fructueuses.

La Commission a soigneusement analysé toutes les contributions reçues. Les mesures qu'elle propose dans la présente communication en tiennent pleinement compte, reconnaissent la nécessité d'insuffler un nouveau dynamisme à la politique des marchés publics si l'on veut recueillir tous les fruits du dispositif déjà mis en place et fixent les orientations que devra suivre cette politique au cours des cinq prochaines années.

Les conclusions que tire la Commission de ce débat sont de deux ordres: premièrement, l'Union doit prendre des mesures pour faire en sorte que le régime mis en place dans le domaine des marchés publics procure à l'économie les avantages promis et, deuxièmement, elle doit adapter les instruments existants à un environnement économique changeant. Il faudra, pour ce faire, un immense effort de la part de toutes les parties

4 Voir Annexe I.

5 COM (96) 520 final du 30.10.1996.

6 COM (96) 583 final du 27.11.1996.

concernées: Commission, Etats membres et secteur privé. Même si les règles et principes sur lesquels repose la politique du Marché Intérieur ont été fixés dès le Traité de Rome, l'Europe a connu des changements tout à fait considérables depuis l'adoption des premières directives sur les marchés publics dans les années soixante-dix. La révolution de l'information, le changement d'attitude à l'égard du rôle de l'Etat dans l'économie (privatisations, libéralisation dans le secteur des opérateurs de réseaux, partenariats public-privé), l'instauration de la rigueur budgétaire joints à l'augmentation des échanges transfrontaliers de biens et de services engendrée par le marché intérieur, ont conduit à un environnement commercial fortement concurrentiel et à une plus grande prise de conscience de la part de l'opinion de la nécessité de lutter contre la corruption et d'empêcher un mauvais usage des deniers publics.

Le thème principal qui se dégage du débat lancé par le Livre vert est la nécessité de simplifier le cadre juridique et de l'adapter à l'ère de l'électronique tout en veillant à ne pas déstabiliser sa structure fondamentale et en évitant toute modification inutile impliquant des travaux législatifs supplémentaires, tant au niveau communautaire que national.

Les principaux éléments de la réponse de la Communauté et des mesures proposées dans la présente communication sont les suivants:

- La Commission reconnaît l'importance capitale d'un cadre juridique stable pour le bon fonctionnement des marchés publics et pour maintenir la confiance de tous les acteurs dans l'efficacité du système. Cependant, le cadre juridique actuel n'est pas une fin en soi: il est là pour permettre de recueillir les fruits du marché unique dans le domaine des marchés publics. Les orientations politiques, les règles et les conditions d'application devraient refléter la réalité plutôt que l'inverse. Consciente des changements considérables intervenus depuis la publication des premières directives dans les années soixante-dix, la Commission reconnaît la nécessité de réorienter sa politique et d'alléger ses règles.
- La Commission reconnaît la complexité du cadre juridique actuel et la rigidité de ses procédures. Elle entend donc simplifier ce cadre et assouplir ces procédures. Dans ce contexte, simplifier implique d'une part de clarifier les règles existantes et d'autre part de les modifier. Pour préserver la stabilité du cadre, priorité sera donnée à la clarification des règles existantes de façon à résoudre les problèmes les plus complexes. Lorsqu'il ne suffit pas de clarifier ou lorsque le cadre actuel est ressenti comme insuffisamment souple pour tenir compte des nouvelles pratiques ou de la réalité du marché, la Commission a l'intention de proposer des modifications par le biais d'un ensemble de mesures législatives.
- L'utilisation des technologies de communication et d'information dans les marchés publics conditionnera notre capacité à nous adapter à l'avenir et à préserver une industrie européenne compétitive. Un recours beaucoup plus systématique à l'électronique accélérera les procédures de passation et réduira de manière significative les coûts de transaction sur tout le cycle de vie des produits ou services achetés.
- Se borner à édicter et à faire appliquer des règles juridiques ne saurait en soi suffire à garantir des avantages économiques. D'autres mesures visant à améliorer l'accès aux marchés sont tout aussi importantes et nécessaires:
 - Il est primordial, si l'on veut parvenir à des achats efficaces, de donner aux différents intervenants dans un marché public une formation qui fasse d'eux de véritables professionnels. Cette formation ne devrait pas être axée sur les seules dispositions juridiques, mais aussi sur la manière de les utiliser efficacement au

quotidien et de trouver de nouvelles méthodes de travail dans un environnement toujours changeant.

- Pour remédier au problème du taux de réponse relativement faible des fournisseurs à l'énorme volume des débouchés qui s'offrent à eux par le biais de ces marchés, il convient de stimuler une prise de conscience de l'enjeu qu'ils représentent en améliorant la transparence et la disponibilité des informations sur les possibilités offertes par les marchés, aux informations concernant la surveillance générale du marché et aux autres informations utiles.
- Le Parlement européen a demandé des actions spécifiques en faveur de la participation des PME. Des mesures seront prises en liaison avec les problèmes plus généraux de la participation des fournisseurs.

Les Etats membres et l'industrie européenne ont un rôle clé à jouer dans l'édification d'un marché unique dans le domaine des marchés publics. Les gouvernements, en faisant respecter le cadre juridique et en donnant eux-mêmes le bon exemple, contribueront à susciter la confiance dans l'ouverture réelle de leurs marchés. L'industrie européenne, quant à elle, devrait chercher activement de nouvelles possibilités de débouchés et, lorsqu'elle rencontre des difficultés, faire preuve de plus de courage dans la défense de ses droits. Les marchés publics sont un secteur trop fondamental pour l'économie européenne pour être laissé aux mains d'un petit nombre de spécialistes: seule l'instauration d'un véritable partenariat entre la Communauté, les Etats membres et l'industrie permettra d'obtenir tous les avantages que l'on est en droit d'attendre.

2. ADAPTER LE CADRE REGLEMENTAIRE A L'EVOLUTION DU MARCHÉ

2.1 Les règles de base: simplification et souplesse de réaction à l'évolution du marché

2.1.1 Objectif

Il ressort du débat consécutif au lancement du Livre vert par la Commission qu'il est nécessaire de simplifier le cadre juridique existant⁷ et ses procédures. La Commission accepte cette demande d'autant plus qu'elle est conforme avec l'un des objectifs stratégiques de son Plan d'action, à savoir le renforcement du cadre juridique actuel à travers, notamment, une simplification et une amélioration des dispositions nationales et communautaires (premier objectif stratégique, quatrième action).

En tout état de cause, la Commission a l'obligation de réexaminer l'application des directives dans les délais prévus par celles-ci, ce qui lui a été rappelé par le Parlement, dans son avis sur le Livre vert. La présente communication constitue donc à la fois une réponse à cette demande du Parlement et à l'obligation prévue par les directives.

La « simplification » signifie dans ce contexte, d'une part, la « clarification » des dispositions obscures ou complexes et, d'autre part, l'« aménagement » du régime en vigueur lorsque les problèmes posés ne peuvent être résolus par la voie interprétative.

En effet, la Commission considère que certains aspects importants ne peuvent être traités à travers de simples documents interprétatifs et qu'ils nécessitent un aménagement législatif. Cet aménagement ne correspond pas à une sur-réglementation mais vise au contraire à rendre plus flexibles et plus claires les règles et les procédures. L'aménagement du cadre juridique se fera de façon ciblée en vue de respecter sa structure et ses fondements.

Ces aménagements vont dans la ligne de ce qui est prévu dans le Plan d'action en faveur du Marché unique, où la Commission avait déjà annoncé la nécessité de remédier aux lacunes du cadre juridique actuel dans le domaine des marchés publics pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur dans ce domaine (cinquième action du premier objectif stratégique).

⁷ Les directives 93/36/CEE, 93/37/CEE et 92/50/CEE relatives aux marchés publics de fournitures, aux marchés publics de travaux et aux marchés publics de services (directives dites « classiques ») telles qu'amendées par la directive 97/52/CE; la directive 93/38/CEE sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (« directive "secteurs spéciaux" ») telle qu'amendée par la directive 98/4/CE; les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE relatives à l'application des procédures de recours (« directives recours »).

2.1.2 Présentation d'un paquet législatif

Même si la Commission estime qu'il est nécessaire d'aménager sur certains points le cadre juridique actuel, elle tient à rappeler que, trois ans après l'expiration du délai de transposition des dernières directives adoptées en matière de marchés publics, celles-ci ne sont pas encore totalement mises en place dans tous les Etats membres. De nombreuses contributions au Livre vert, et notamment celle du Parlement européen, déplorent ce fait et demandent l'intervention urgente de la Commission.

La Commission invite les Etats membres à démontrer leur volonté politique de mettre fin de toute urgence aux retards dans la transposition. La transposition des directives et leur application correcte étant un préalable pour le bon fonctionnement de la politique des marchés publics, la Commission tient à réaffirmer sa volonté ferme de prendre toutes les mesures nécessaires pour que les Etats membres respectent leurs obligations. À cet égard elle propose une série de mesures (v. point 2.2 ci-dessous).

La Commission a l'intention de proposer une série d'amendements au régime juridique actuel qui visent les aspects suivants :

- présentation de propositions visant à exclure du champ d'application de la directive 93/38/CEE les secteurs et/ou les services visés par celle-ci (eau, énergie, transports et télécommunications) qui opèrent, au sein de chacun des Etats membres dans des conditions de concurrence effective.
- la mise en place de procédures plus flexibles, à savoir la procédure de dialogue compétitif et les marchés cadres, pour répondre à la critique parfois exprimée que les procédures sont excessivement rigides et formalistes et que leur strict respect provoque des dysfonctionnements dans la passation des marchés;
- l'encadrement de certains phénomènes, tels que les concessions ou contrats de service public et autres formes de partenariat entre les secteurs public et privé ainsi que les privatisations, de façon à concilier leur bon fonctionnement avec celui du Marché intérieur ;
- la passation de marchés entièrement électronique (v. point 3.2 ci-dessous).

Ces mesures seront proposées par la Commission dans un paquet législatif visant à apporter certains aménagements au cadre juridique existant dans des domaines où une interprétation évolutive des règles ne suffirait pas à résoudre les problèmes.

2.1.2.1 L'adaptation du champ d'application de la directive 93/38/CEE à l'évolution des secteurs qu'elle couvre

Suite à la libéralisation de certains secteurs couverts par la directive 93/38/CEE (eau, énergie, transports et télécommunications), il apparaît nécessaire de vérifier le degré d'ouverture à la concurrence des secteurs libéralisés pour pouvoir décider si les contraintes imposées par la directive aux entités adjudicatrices sont encore justifiées. Leur raison d'être réside en effet dans l'absence de concurrence découlant d'une intervention étatique accordant un monopole ou un privilège à un opérateur. La contrepartie de cette situation de privilège garantie par l'Etat est constituée par l'imposition d'obligations de publicité et de procédure lors de la passation de marchés. Lorsqu'il est constaté que dans

un secteur il y a une concurrence effective, les contraintes imposées par la directive devraient être levées.

La Commission est à l'origine du processus de libéralisation dans les secteurs couverts par la directive 93/38/CEE (v. troisième rapport sur la transposition du paquet réglementaire en matière de télécommunications⁸). Elle doit prendre en compte l'évolution qui s'est produite et les nouvelles orientations du marché de sorte que les entités opérant dans des conditions de concurrence effective à l'instar d'entités privées qui n'obéissent qu'à des critères économiques, soient exclues du champ d'application de la directive.

La Commission envisage de présenter, avant la fin de l'année 1998, des propositions visant à exclure du champ d'application de la directive 93/38/CEE les secteurs et/ou les services visés par celle-ci (eau, énergie, transports et télécommunications) qui opèrent, au sein de chacun des États membres dans des conditions de concurrence effective.

Dans l'immédiat, la Commission, à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice, est décidée à utiliser les possibilités prévues par l'article 8 de la directive 93/38/CEE pour exempter les services du secteur des télécommunications opérant dans des conditions de concurrence effective. Elle invite, par conséquent, les entités adjudicatrices à lui communiquer les services qu'elles considèrent exclus du champ d'application de la directive 93/38/CEE.

Dans son appréciation du caractère effectif du jeu de la concurrence, la Commission prendra notamment en compte le degré de transposition et de mise en œuvre du cadre législatif communautaire pertinent.

2.1.2.2 Favoriser les possibilités de dialogue

De nombreuses contributions ont confirmé le constat de la Commission que, notamment dans des marchés particulièrement complexes et en évolution constante, comme, par exemple, dans le domaine de la haute technologie, les acheteurs connaissent leurs besoins mais ignorent à l'avance la meilleure solution technique pour les satisfaire. Par conséquent, dans de tels cas, une discussion du contrat et un dialogue entre acheteurs et fournisseurs s'avère nécessaire. Or, les procédures de droit commun prévues par les directives « classiques » ne laissent qu'une marge très réduite pour la discussion au cours de la procédure d'adjudication et sont donc perçues comme trop rigides pour ce type de situation.

La Commission proposera donc de modifier les textes actuels des directives pour donner une plus grande souplesse aux procédures et pour que le dialogue au cours de celles-ci ne soit plus exceptionnel. Elle proposera une nouvelle procédure de droit commun, le « dialogue

⁸ COM(98)80 du 19.2.98.

compétitif » s'ajoutant aux procédures « ouverte » et « restreinte » et remplaçant l'actuelle procédure négociée avec publication. Les conditions et modalités dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs pourront avoir recours à cette procédure ainsi que le déroulement de celle-ci devront être précisés en se basant notamment sur les principes de transparence et d'égalité de traitement. Il ne subsistera donc comme procédure exceptionnelle qu'une procédure dénommée « procédure de gré à gré » dont les conditions d'application doivent être interprétées de façon restrictive, conformément à la jurisprudence de la Cour.

Il s'agit ici d'une initiative dont le but ne consiste pas à introduire de nouvelles contraintes réglementaires mais qui, au contraire, va clairement dans le sens de la simplification et l'assouplissement des procédures demandés par tous les acteurs ayant participé au débat du Livre vert, aussi bien au niveau institutionnel qu'au niveau privé. Elle permettra aux opérateurs de bénéficier d'une plus large marge de manœuvre, ce qui ne manquera pas de produire des effets bénéfiques en termes de qualité et d'efficacité des achats.

2.1.2.3 Le rôle des marchés-cadre

Dans des marchés en constante évolution, tels les marchés de produits et services dans le domaine des technologies de l'information, il est difficilement justifiable, d'un point de vue économique, de lier les acheteurs publics à des prix et des conditions fixes. Les acheteurs publics ressentent donc de plus en plus le besoin de gérer leurs achats sur le long terme. Par conséquent, ce type de contrat doit s'accompagner de la souplesse nécessaire en ce qui concerne ses éléments essentiels. La question de la compatibilité de cette souplesse avec les directives dans les secteurs classiques a été évoquée par bon nombre de contributions.

Pour simplifier les procédures et pour clarifier cette situation, la Commission envisage de proposer d'aménager les textes existants afin de permettre une utilisation plus large de contrats souples qui permettent de tenir compte de l'évolution des produits et de leur prix. Des contrats à long terme peuvent cependant comporter des risques pour la concurrence car ils pourraient figer des situations et aboutir à l'exclusion de certaines firmes. Il importe dès lors de tracer un cadre juridique précis pour leur utilisation. Sans préjuger des suites du débat sur cette question, la Commission estime que les marchés-cadre devront faire l'objet d'une publication contenant des informations objectives et transparentes. Suite à la présentation des candidatures, des listes de contractants potentiels pourraient être élaborées. Pour ne pas cloisonner les marchés, ces listes ne devraient avoir qu'une durée limitée ou être ouvertes de manière permanente.

2.1.2.4 Le traitement des concessions et autres formes de partenariat public-privé

La notion de « partenariat public-privé » vise les différentes formes de participation des capitaux privés au financement et à la gestion d'infrastructures et de services publics. Le rôle que les pouvoirs publics assument encore dans ces partenariats varie grandement

selon les situations. La Commission n'entend nullement intervenir dans les choix que les Etats membres opèrent quant au financement et à la gestion publique ou privée de ces infrastructures et services, ces choix relevant de leur responsabilité. Par contre, pour être pleinement en phase avec la réalité, la Commission se doit de définir un encadrement juridique qui permette le développement de ces formes de partenariat tout en garantissant le respect des règles de concurrence et des principes fondamentaux du Traité.

Actuellement, seules les concessions de travaux sont soumises à un régime spécifique dans une directive. Les concessions de services, les contrats de service public ou autres partenariats de services ne sont par contre pas couvertes.⁹ Certes, les règles et les principes du Traité tels que l'égalité de traitement et la non-discrimination, sont applicables mais leur application aux cas concrets n'est pas toujours aisée. C'est pourquoi un encadrement juridique de ces phénomènes s'impose en vue de clarifier et de simplifier les conditions dans lesquelles ils peuvent s'exercer et assurer ainsi une plus grande sécurité juridique.

Dans un souci de simplification et de clarification, la Commission envisage les actions suivantes visant à instaurer des principes uniformes pour tous les cas de concession :

Ainsi, dans une première phase, la Commission élaborera un document interprétatif qui explicitera et précisera les règles et les principes qu'elle considère comme étant applicables aux concessions sur la base des cas dont elle a eu à traiter. Dans ce contexte, la Commission examinera également les autres formes de partenariat public-privé afin de déterminer dans quelle mesure les règles marchés publics peuvent constituer ou non un cadre juridique approprié afin de garantir le respect des règles du Traité tout en permettant le développement de ces formes de coopération. Cette réflexion pourra aboutir à des éclaircissements apportés aux textes existants, voire à leur aménagement. De même, la Commission entend répondre à certains problèmes urgents d'interprétation qui se posent dans le domaine des réseaux transeuropéens (RTE). Dans le cadre du groupe à haut niveau Kinnock et dans d'autres instances, la Commission a déjà annoncé son intention de publier un guide explicatif donnant des solutions concrètes à certaines questions posées dans ce domaine à la lumière du cadre juridique actuel.

Dans une deuxième phase, la Commission envisage de proposer une modification des directives afin de couvrir les formes de concessions qui ne sont pas encore réglementées. Il s'agirait de garantir que le choix du partenaire s'effectue après une mise en concurrence au niveau communautaire par le biais d'une publication préalable et d'un minimum de règles de procédure qui, dans un souci de flexibilité, permettent un large recours au dialogue entre les parties impliquées tout en respectant le principe d'égalité de traitement. Par ailleurs, afin de prendre en compte les soucis légitimes exprimés par certains opérateurs, des dispositions seront envisagées prévoyant que le consortium choisi puisse passer des contrats avec ses partenaires pourvu que l'existence de ces contrats ait été annoncée lors de la procédure d'adjudication.

Un phénomène lié aux partenariats publics-privés est celui des privatisations par lesquelles les pouvoirs publics transfèrent au secteur privé la gestion de tâches qu'ils géraient auparavant. Ce phénomène peut revêtir de nombreuses formes qui vont du simple transfert d'actifs à des opérations plus complexes qui combinent, d'une part, une transmission de la propriété du capital d'une entité publique au secteur privé et, d'autre part, l'établissement d'un rapport contractuel (achat de biens ou de services, concessions, ...) entre l'organisme public et cette entité après sa privatisation.

⁹ Sont exceptées les procédures de passation où, pour des raisons d'intérêt public, les Etats membres limitent l'accès aux routes aériennes intra communautaires ou à l'assistance en escale des aéroports de la Communauté.

Le choix d'opérer ou non de telles privatisations relève de la seule compétence des Etats membres. La Commission doit toutefois veiller à éliminer tous les obstacles qui pourraient freiner indûment ce type d'opération.

Pour ce qui est de l'opération de cession d'actifs à l'acheteur privé, il est clair que les règles et les principes du Traité et notamment ses articles 34, 52, 59 et 67 concernant, respectivement, la libre circulation des produits, le droit d'établissement, la libre prestation de services et la libre circulation de capitaux, sont valables.

La Commission entend étudier les problèmes qui se posent du point de vue des directives relatives aux marchés publics et, dans un souci de clarté, publier un document interprétatif à ce sujet.

2.1.3 Clarification et codification

Comme cela a été souligné dans l'introduction, la Commission considère qu'un régime juridique stable est important pour que les acteurs économiques puissent opérer dans un environnement favorable. Il importe cependant aussi que ce régime soit transparent. C'est pourquoi là où cela est possible, la Commission essaiera d'éviter de constantes modifications des textes et de résoudre les problèmes qui se posent par une interprétation évolutive du droit, à la lumière des principes dégagés par la Cour, seule institution pouvant interpréter de manière authentique le droit communautaire.

La Commission s'engage donc à prendre ses responsabilités en se prononçant clairement sur les questions complexes qui se posent dans l'application du droit communautaire des marchés publics et qui ont été soulevées dans les contributions au Livre vert ¹⁰.

¹⁰ La Commission se propose de clarifier notamment les sujets suivants au moyen d'un document interprétatif :

- les définitions de concepts de base tels que « organisme de droit public », « ouvrage », « droits spéciaux et exclusifs », « pouvoir adjudicateur » et « entité adjudicatrice » ainsi que la délimitation des marchés de travaux par rapport aux marchés de services ;
- les marchés de services couverts par la directive, en particulier la situation des services financiers et des services de recherche et développement ;
- les marchés « in-house », c'est à dire ceux passés au sein de l'administration publique, par exemple entre administration centrale et locale ou encore entre une administration et une société entièrement détenue par celle-ci;
- le « dialogue technique » par lequel un pouvoir adjudicateur entame des discussions techniques avec des soumissionnaires potentiels dans la phase de définition des besoins, avant le lancement de la procédure de passation du marché, tout en respectant l'égalité de traitement et en ne portant pas atteinte à la concurrence;
- les méthodes à suivre pour déterminer si un marché excède ou non les seuils qui déterminent le champ d'application des directives ;
- une distinction opérationnelle entre critères de sélection et critères d'attribution;
- l'identification des « offres anormalement basses » au sens des directives ;
- la définition du concept d'offres « irrégulières », « inacceptables » et non « appropriées » au sens des directives ;
- les conditions dans lesquelles le recours aux « variantes » est possible ;

En portant à la connaissance de tous la position de la Commission sur ces problèmes, une sécurité juridique accrue en résultera; ceci contribuera à créer un environnement favorable pour inciter les opérateurs à participer plus activement aux marchés lancés.

Par ailleurs, nombreux sont ceux qui estiment que les directives dites « classiques » (« Fournitures », « Travaux », « Services ») devraient être codifiées dans le but d'éliminer leurs incohérences et de faciliter leur compréhension.

La Commission envisage d'entamer à terme, une fois les aménagements interprétatifs et les adaptations législatives achevés, une codification des trois directives « classiques » de façon à les réunir en un seul texte. Cette codification serait strictement limitée aux aménagements et aux clarifications intervenus entre-temps et à l'élimination d'éventuelles incohérences.

Néanmoins, à cet égard, il ne faut pas oublier que cette codification, pour aboutir réellement à une plus grande clarté des règles applicables en matière de marchés publics, doit aussi s'accompagner d'une codification et d'une clarification de la réglementation nationale applicable.

2.2 Améliorer l'application de la politique des marchés publics : une responsabilité conjointe des Etats membres, de la Commission et des acteurs économiques

2.2.1 Objectif

Pour assurer le bon fonctionnement du Marché intérieur, il est essentiel que les règles soient appliquées et respectées de façon uniforme dans tous les Etats membres, ce qui est loin d'être le cas à présent, comme le soulignent différentes études et de nombreuses contributions.

En outre, la Commission envisage d'adopter des communications interprétatives, notamment dans les domaines suivants :

- les règles du Traité applicables aux marchés non couverts par les directives ainsi que les principes explicités par la jurisprudence de la Cour en la matière, tels que, par exemple, les principes de l'égalité de traitement, la non discrimination, la transparence, la reconnaissance mutuelle et la proportionnalité et les principes applicables à la phase suivant l'attribution du marché;
- les conditions dans lesquelles des critères environnementaux peuvent être pris en compte dans les marchés publics (seront traités entre autres, l'utilisation d' «eco-labels », et de systèmes d' «éco-audits », la prise en compte de méthodes de production et d'élaboration et l'utilisation correcte des standards à différents niveaux).
- les conditions dans lesquelles des critères sociaux peuvent être pris en compte dans les marchés publics.

A cet égard, les Etats membres doivent prendre leurs responsabilités pour faire respecter le régime existant, et les acteurs économiques doivent utiliser les instruments (notamment les voies de recours) mis à leur disposition pour faire fonctionner le marché intérieur dans le domaine des marchés publics. Une telle répartition des tâches est conforme au principe de subsidiarité et à l'idée du partenariat entre institutions européennes, Etats membres et acteurs économiques nécessaire au succès de la libéralisation des marchés publics.

La Commission reconnaît la nécessité de continuer d'améliorer la procédure en manquement de l'article 169 du Traité et ses propres procédures internes. Cependant, il faut aussi établir une meilleure coopération avec les Etats membres, car, au vu du grand nombre de cas concernant les marchés publics, il est nécessaire que le citoyen puisse obtenir rapidement satisfaction aux difficultés qu'il peut rencontrer.

C'est pourquoi, en application du principe de subsidiarité, la Commission encourage la création ou la désignation d'autorités indépendantes qui seraient chargées de traiter de la grande majorité des cas de litige dans le domaine des marchés publics. La Commission pourrait ainsi se concentrer sur des cas ayant un impact au niveau européen ou posant des questions d'interprétation importantes. L'objectif poursuivi est de traiter les problèmes au niveau approprié.

Par ailleurs, la Commission veut également s'investir dans la lutte contre les irrégularités liées aux marchés publics sous les deux aspects suivants :

- la corruption pouvant avoir lieu durant la procédure de passation du marché ;
- les irrégularités qui peuvent surgir lors de l'exécution du marché une fois qu'il a été attribué.

Ceci vaut en particulier pour les marchés qui sont soit passés par la Commission (dépenses directes) soit financés par celle-ci (dépenses indirectes), pour lesquels des intérêts financiers des Communautés sont impliqués.

2.2.2 L'amélioration des contrôles au niveau communautaire

L'instrument principal à la disposition de la Commission pour assurer le respect du droit communautaire est la procédure en manquement de l'article 169 du Traité. Cette procédure ne peut pas garantir à elle seule la résolution rapide et efficace des conflits qui est nécessaire dans le domaine des marchés publics. Lorsque la solution du litige intervient, les marchés sont la plupart du temps attribués, voire exécutés.

Le Parlement européen a proposé un renforcement des pouvoirs d'enquête et de sanction de la Commission, comme cela se fait dans le domaine du droit de la concurrence, pour assurer l'application effective du cadre juridique. Par ailleurs, le Conseil Européen d'Amsterdam a demandé à la Commission de lui faire des propositions en vue de mettre en place un mécanisme efficace pour lutter contre les infractions graves au droit communautaire dans le domaine de la libre circulation des marchandises.

La Commission examinera s'il est opportun, le cas échéant, de prévoir un tel mécanisme pour les infractions aux règles relatives aux marchés publics. La Commission pourrait aussi envisager d'avoir recours, dans les cas appropriés, à l'article 90, paragraphe 3 du Traité CE.

Par ailleurs, la Commission est déterminée à tout mettre en œuvre pour accélérer le traitement des procédures en manquement.

Cependant, cet effort requiert aussi la collaboration des Etats membres qui doivent répondre aux demandes formulées par la Commission dans les délais impartis. Plus généralement, la Commission est fermement décidée à utiliser, dans tous les cas où cela s'avère nécessaire, la procédure de l'article 171 du Traité CE, qui prévoit la possibilité pour la Commission de demander à la Cour de Justice l'imposition d'astreintes à l'encontre des Etats membres qui ne se conforment pas à un arrêt constatant une violation des règles marchés publics.

Une autre insuffisance constatée par certaines contributions porte sur le fait que la Commission n'intervient pas de manière systématique dans les cas de manquements aux règles relatives aux marchés publics mais au hasard des plaintes qui lui sont soumises.

Pour répondre à cette critique, la Commission s'engage à suivre une approche plus active et moins réactive. Ainsi, en premier lieu, elle tâchera de prévenir des infractions en renforçant la coopération avec les Etats membres, par exemple lorsqu'ils préparent des événements importants ou qu'ils planifient de grands projets d'infrastructure présentant un intérêt particulier du point de vue des marchés publics. En deuxième lieu, la Commission accordera une importance spéciale aux infractions particulièrement graves portées à sa connaissance par quelque moyen que ce soit, y inclus les médias ; dans de tels cas elle prendra l'initiative de lancer la procédure ex article 169. Enfin, lorsqu'un cas particulier, qui sera porté à sa connaissance, soulève un problème général d'application, la Commission vérifiera la situation dans tous les Etats membres et poursuivra tous ceux qui se trouvent dans une situation d'infraction similaire.

2.2.3 Autorités indépendantes

Dans son Livre vert, la Commission a invité les Etats membres à désigner des autorités indépendantes spécialisées dans les marchés publics.

La Commission ne propose pas la création *ex novo* d'institutions, mais plutôt l'utilisation d'organes déjà existants tels que, par exemple, les Cours des comptes ou les Autorités chargées du respect de la concurrence. Sans se dérober à la tâche de gardienne du droit communautaire qui est la sienne, la Commission estime qu'elle ne saurait s'ériger en une sorte de « super autorité de contrôle » pour l'ensemble des litiges dans le domaine des marchés publics. Elle ne dispose d'ailleurs pas des ressources humaines et matérielles suffisantes pour résoudre tous les problèmes qui se posent. Une telle décentralisation du traitement des cas au niveau national vise à décharger la Commission d'une partie des

litiges qui lui sont actuellement soumis. Elle pourra ainsi se concentrer sur son rôle d'élaboration des règles et sur le traitement des cas ayant un impact au niveau européen ou posant des questions d'interprétation importantes, tandis que les plaignants pourront trouver la solution de leurs litiges au niveau national.

La Commission encourage dès lors les Etats membres à créer ou à désigner des autorités indépendantes dont la tâche serait d'identifier des problèmes d'interprétation et de discuter du traitement de cas individuels. Elles seraient le point de référence pour la résolution rapide et informelle de problèmes d'accès aux marchés. Ces autorités pourraient collaborer entre elles ainsi qu'avec la Commission, dans ce dernier cas notamment pour l'obtention de données statistiques fiables.

Ces effets positifs se trouveront encore renforcés avec la prochaine mise en œuvre du projet pilote de coordination et de coopération entre ces autorités, suggérée par le Danemark¹¹. Selon ce projet, un fournisseur aux prises avec un problème lors d'une procédure de passation de marché dans un autre Etat membre peut prendre contact avec l'autorité indépendante de ce pays. Il peut aussi s'adresser à l'autorité de son "pays d'origine", qui prendra contact avec l'autorité de l'Etat membre en question. Ces contacts devraient permettre de trouver une solution rapide, informelle et adéquate, ce qui pourrait contribuer à l'ouverture réelle des marchés publics européens sans obliger les fournisseurs à recourir aux tribunaux.

2.2.4 Le suivi du marché

Une politique efficace en matière de marchés publics n'est possible que si tous les acteurs impliqués - acheteurs, fournisseurs et autorités publiques - disposent de suffisamment d'informations sur le fonctionnement réel des marchés publics ainsi que sur les effets induits, notamment économiques, des politiques mises en œuvre.

Très peu d'informations sont actuellement disponibles. Elles sont insuffisantes pour servir d'outil d'analyse quant à l'efficacité de la politique actuelle, ainsi que des retombées économiques pour les principaux acteurs concernés. Actuellement, les Etats membres et les entités adjudicatrices fournissent peu et très tardivement les statistiques requises par les directives et l'Accord sur les marchés publics (AMP). Le nombre et la complexité des informations demandées expliquent partiellement cette situation.

La Commission proposera une réduction de ces exigences statistiques au minimum indispensable pour un suivi de marché efficace. La Commission veillera à une bonne application des obligations statistiques.

¹¹ Le projet pilote suggéré par le gouvernement danois a le soutien de la Commission. Il s'agit du premier projet qui concrétise les idées développées dans le Plan d'action en faveur du Marché unique dans le cadre de la deuxième action du premier objectif stratégique (Elaborer un cadre pour assurer l'application de la législation et pour résoudre les problèmes) et qui s'inscrit dans la logique de "l'Observatoire" lancé par le Comité consultatif pour les marchés publics en 1994.

Dans le futur, une autre solution pour obtenir ces informations statistiques pourrait être basée sur les avis d'attribution de marchés dans le cadre du système SIMAP. Les informations indispensables pourraient être collectées via ces avis s'ils étaient revus et effectivement publiés. On pourrait envisager de ne demander les informations sur les prix qu'à titre confidentiel afin que la Commission puisse agréger ces informations.

La Commission insiste sur le respect de l'obligation de publier les avis d'attribution de marché et fera usage de tous les moyens nécessaires pour faire respecter cette obligation. Si cette obligation était respectée, la Commission pourrait envisager de supprimer l'obligation de fournir des données statistiques.

Dans le cadre du système SIMAP, un outil d'analyse du marché sera mis au point pour permettre de présenter les informations de manière conviviale. Ces informations pourraient être utilisées par les fournisseurs et les acheteurs pour mieux comprendre le fonctionnement des marchés sur lesquels ils opèrent. Un tel système améliorerait fortement la transparence des marchés publics.

Afin de poursuivre la série des enquêtes statistiques dans les Etats membres qui ont jusqu'à présent été menées par les instituts nationaux de statistiques en Grèce, au Portugal et en Allemagne, la Commission invite les autres Etats membres à se porter volontaires pour une telle étude.

En rassemblant toutes les informations disponibles, la Commission définira des indicateurs permettant de mesurer les tendances du marché et l'impact de la politique en matière de marchés publics au cours du temps.

En complément de ces différentes actions prévues la Commission réalisera si nécessaire des études économiques complémentaires.

2.2.5 Attestation: une garantie de non-discrimination dans les marchés publics

Partant du principe qu'il vaut mieux prévenir que guérir, la Communauté a mis sur pied un système d'attestation pour les fournisseurs. Cependant, ainsi qu'il résulte des contributions fournies dans le cadre du débat sur le Livre Vert, pour qu'un tel mécanisme puisse être utilisé, il convient de l'assortir de certains bénéfices en faveur de l'entité attestée.

Parmi ces bénéfices, la Commission songe en particulier à l'exemption de certaines contraintes actuellement prévues par les directives qui constitueraient une charge excessive pour une entité qui a accepté de se soumettre à l'attestation.

Cependant, même dans un cas d'exemption, les principes fondamentaux comme, notamment, la transparence, la non-discrimination et le traitement égal de tous les fournisseurs demeureront valables.

2.2.6 La lutte contre la corruption

Dans sa Communication sur la Corruption¹², la Commission souligne l'importance des marchés publics pour une politique efficace de lutte contre la corruption dans toute l'Union.

La Commission étudiera la possibilité d'imposer aux pouvoirs adjudicateurs l'obligation de prendre des engagements anti-corruption et d'imposer aux soumissionnaires une obligation similaire de ne pas utiliser de « pots de vin » pour l'obtention d'un contrat.

La nécessité d'un système de « listes noires » a été évoquée dans l'Union européenne sur au moins deux fronts. Premièrement, la Communication de la Commission sur la Corruption mentionnée ci-dessus engage la Commission à élaborer un système de « listes noires » applicable dans des domaines dans lesquels des fonds de la Communauté sont impliqués. De façon analogue, le Conseil européen de Juin 1997 a adopté un *Plan d'action pour la lutte contre la criminalité organisée*¹³ qui contient une recommandation à la Commission et aux Etats membres pour qu'ils prévoient la possibilité d'exclure des procédures de passation un soumissionnaire ayant commis ou étant sous investigation ou faisant l'objet de poursuites pour avoir commis un délit ayant un lien avec la criminalité organisée.

La Commission explorera la possibilité d'utiliser un système de « listes noires » comme instrument anti-corruption.

2.2.7 Marchés passés par la Commission

La Commission a fait l'objet de critiques tant au niveau institutionnel (Conseil marché intérieur et Comité économique et social) qu'au niveau des opérateurs économiques, non seulement quant à ses propres procédures de passation de marchés mais également en ce qui concerne les marchés qu'elle finance (pour ce qui est de ce dernier point, v. ci-dessous 4.6.3).

Par ailleurs, des aspects tels que des retards excessifs dans les paiements des contractants ainsi que des manquements à l'obligation prévue par les directives de publier des avis de pré et post-information, ont aussi été mentionnés.

La Commission considère néanmoins que des progrès considérables ont été faits dans les dernières années, notamment suite au programme *SEM 2000* («Sound and Efficient Management 2000») qui vise à la rationalisation et à la professionnalisation des achats.

Par ailleurs, pour ce qui est de la lutte contre la corruption et les irrégularités financières concernant des marchés passés par la Commission, dans sa communication sur «Une bonne gestion et administration financières : améliorer l'action contre l'incompétence, les

¹² Voir Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur *Une Politique de l'Union contre la Corruption* (COM(97)0192).

¹³ JO C 251 du 15.8.97, page 1.

irrégularités financières, la fraude et la corruption”¹⁴ de novembre 1997, qui traite explicitement des marchés publics, une série de mesures à prendre ou déjà prises sont annoncées en vue d’améliorer les procédures de passation de la Commission. Ceci a en particulier amélioré les procédures administratives internes de passation et établi un système d’alerte précoce.

La Commission réaffirme sa ferme volonté de se soumettre aux mêmes règles que les autorités nationales. Les procédures de passation des marchés des institutions communautaires prévoient déjà l’application des directives du Conseil en matière des marchés publics, de travaux, de fournitures et de services et la Commission a proposé d’ajouter une référence à l’accord plurilatéral sur les marchés publics conclu au sein de l’OMC. Elle s’engage à une plus grande vigilance dans le respect des directives et à une plus grande discipline de paiements. La Commission s’est engagée à inclure dans tous ses contrats comportant une contre-prestation identifiable une clause pour laquelle elle s’engage à payer, sous peine d’intérêts de retard, dans les 60 jours de la réception de la demande de paiement. Elle entend aussi respecter, pour ce qui est des marchés en-dessous des seuils des directives, les principes de transparence, de non-discrimination et d’égalité de traitement.

La Commission entend explorer les différents moyens possibles pour renforcer le contrôle du respect des principes et des règles applicables en matière de passation de ses marchés publics, y compris la désignation éventuelle d’une instance indépendante accessible aux prestataires et aux fournisseurs concernés, qui pourrait exercer des tâches de contrôle mais aussi et surtout des fonctions de conciliation et d’assistance.

Afin d’assurer la transparence, les services de la Commission procéderont à une plus large utilisation des nouveaux moyens électroniques, et notamment l’Internet. Elle offrira ainsi un accès à un nombre d’informations beaucoup plus important que celui disponible actuellement au Journal Officiel et dans la base de données « TED ». Elle permettra notamment de consulter sur l’Internet les cahiers de charges, voire même de les imprimer directement afin de permettre aux fournisseurs intéressés d’obtenir ces documents immédiatement.

¹⁴ SEC(97)8198 18/11/97.

3. DEVELOPPER UN ENVIRONNEMENT FAVORABLE AUX ENTREPRISES ET NOTAMMENT AUX PME

3.1 Formation, information et mesures en faveur des PME

3.1.1 Objectif

L'ouverture des marchés publics à la concurrence est une opération importante au niveau de l'offre. L'élimination des formalités administratives est capitale sur le plan économique parce qu'elle offre des perspectives commerciales aux fournisseurs européens compétitifs de presque tous les secteurs économiques.

La faiblesse de l'impact tangible du régime communautaire en place est notamment dû au faible taux de réponse des fournisseurs. Ceci est confirmé par les résultats du rapport sur les marchés publics contenu dans la publication "*The Single Market Review*"¹⁵. En outre, une étude récente auprès des fournisseurs a révélé qu'en moyenne, seuls 10 % d'entre eux répondent aux appels d'offres. À cet égard, de nombreuses contributions au Livre vert, et en particulier celle du Parlement européen, soulignent les résultats décevants obtenus par les PME ainsi que leurs problèmes spécifiques.

L'efficacité d'une politique des marchés publics passe par une participation accrue des fournisseurs. Par conséquent, la Commission propose un ensemble de mesures s'attaquant aux divers aspects du problème: améliorer la transparence des marchés grâce à une meilleure information; renforcer la fiabilité des procédures de passation des marchés au moyen de formations axées sur le professionnalisme et les meilleures pratiques; mener des actions spécifiques destinées à aider les PME à surmonter les obstacles qu'elles rencontrent lorsqu'elles doivent vendre au secteur public; mettre en œuvre la reconnaissance mutuelle des procédures de qualification par les entités adjudicatrices, en réduisant ainsi les coûts d'accès aux marchés publics supportés par les fournisseurs.

3.1.2 Information

Les informations diffusées sur les marchés publics sont une des clés de la création d'un environnement favorable. En effet, la faible participation des fournisseurs peut signifier que les informations sur les marchés publics potentiels doivent être élargies et rendues plus accessibles.

La Commission remplacera donc le système de publication actuel par une

¹⁵ The Single Market Review, Subseries III: Dismantling of Barriers, Volume 2: Public Procurement (OPOCE 1996).

solution fondée sur le réseau Internet. Celle-ci permettra aux contractants potentiels d'accéder gratuitement et facilement aux informations essentielles, notamment aux descriptions des profils des acheteurs (voir chapitre 3.2) et aux renseignements utiles sur le suivi des marchés (voir chapitre 2.2.4). La Commission et les Etats membres doivent coopérer afin que soient disponibles des informations concernant les cadres juridiques des différents Etats membres et les procédures administratives applicables. En outre, la Commission élaborera des textes interprétatifs (voir 2.1.3).

3.1.3 Formation et pratiques commerciales (« best practice »)

En matière de marchés publics, une élévation du niveau de professionnalisme des acheteurs et des fournisseurs pourrait améliorer de manière significative l'environnement dans lequel se déroulent ces marchés. Par conséquent, une formation adaptée constitue un élément primordial pour l'ouverture des marchés et nombreux sont ceux qui soutiennent une initiative communautaire à cet égard. Etant donné l'étendue du domaine à couvrir, la diversité des cultures administratives et des programmes de formation, l'efficacité d'une politique de formation dépendra nécessairement de la participation des Etats membres, des agents économiques et des responsables de la formation au niveau national, régional et local. Pour sa part, la Commission élaborera un cadre permettant la mise en œuvre d'une politique de formation efficace en matière de marchés publics au sein de l'Union. Ce cadre prendra aussi en considération des mesures visant à l'intégration des objectifs d'ordre environnemental, social et de protection des consommateurs.

Sur la base des contributions des Etats membres et des autres parties intéressées, la Commission dressera un inventaire des besoins, des meilleures pratiques, des actions et des programmes actuels dans le domaine de la formation.

La Commission étudiera les résultats de cet exercice afin de tracer des lignes directrices en faveur d'une politique de formation en matière de marchés publics. Cette politique utilisera pleinement les possibilités offertes par les technologies d'information.

3.1.4 Mesures en faveur des PME

Les PME sont capables d'apporter ce surcroît de concurrence, de souplesse et de capacité d'innovation essentiel à une véritable ouverture des marchés publics. Tout effort pour rendre les marchés publics plus accessibles aux entreprises devrait être déployé dans l'optique des PME. Bien que le régime communautaire ait permis aux PME de percer avec un certain succès sur les marchés publics régionaux et nationaux, leur participation directe à des marchés transfrontaliers reste toutefois une expérience décevante.

Les réactions au Livre vert avancent de nombreuses raisons pour expliquer cet échec. Les PME sont confrontées à des obstacles à tous les stades de la procédure de passation des marchés. Les PME doivent surmonter des problèmes multiples, notamment le manque

d'informations sur les marchés potentiels, l'inaptitude à élaborer des plans d'entreprise, la disproportion entre la taille de l'entreprise et celle de nombreux marchés, la crainte de fluctuations monétaires et la nécessité de satisfaire aux exigences en matière de normes, de certification et de qualification. D'autres problèmes, tels que les retards de paiement, peuvent surgir en aval de la phase de passation des marchés.

La Commission adoptera une stratégie globale et concertée dans le cadre d'une communication relative aux PME et aux marchés publics. Cette stratégie développera notamment les possibilités d'amélioration de l'accès à l'information, cruciale pour les PME, par l'utilisation conséquente de la technologie de l'information et de communication.

Cette stratégie se fondera entre autres sur une politique d'information par voie électronique, des services de haute qualité fournies par des réseaux de dimension européenne axés sur les PME, sur une meilleure reconnaissance mutuelle des systèmes de qualification, sur la clarification des dispositions générales applicables aux marchés qui se situent en dessous des seuils, sur la promotion de la coopération entre les PME et sur les conditions dans lesquelles les PME participent à des grands projets.¹⁶

3.1.5 Qualification des fournisseurs

Les entités adjudicatrices doivent non seulement avoir confiance dans leurs propres fournisseurs, mais aussi dans les nouveaux fournisseurs ou avec qui aucun courant d'affaires n'existe encore. A cet effet, plusieurs Etats membres ont établi des systèmes de qualification nationaux. Dans d'autres EM, des systèmes de qualification ont été mis en oeuvre par des entités elles-mêmes.

La Commission reconnaît le rôle important que peuvent jouer les systèmes de qualification, pour autant qu'ils n'érigent pas d'entraves supplémentaires aux dépens des fournisseurs. Le principe de la reconnaissance mutuelle s'applique aussi dans ce domaine : un fournisseur qualifié dans un Etat membre peut faire valoir cette qualification dans d'autres pays, sans avoir à redémontrer ses capacités. La Commission utilisera tous les moyens dont elle dispose, en particulier les pouvoirs que lui confère l'article 169, pour veiller à ce que ce principe de reconnaissance mutuelle soit respecté et que les systèmes de qualification servent à ouvrir les marchés et non à créer de nouveaux obstacles.

Afin de rendre plus comparable les différents systèmes de qualification nationaux dans le secteur de la construction, la Commission a donné aux organismes de normalisation CEN et CENELEC le mandat d'élaborer une norme européenne de qualification des entreprises

¹⁶ Voir aussi les points 2.1.3, 3.1.2, 3.1.3, 3.1.5, 3.2 de cette Communication et JO C 285 du 20.9.1997, p. 17. pour le Groupement Européen d'Intérêt Economique (GEIE).

de construction, dans le cadre de marchés relevant de la directive 93/37/CEE. Cette norme, dont la Commission attend l'adoption, assurera un équilibre entre les exigences légitimes des entités contractuelles de disposer de certaines informations, et les souhaits des fournisseurs de voir les exigences administratives limitées au strict minimum.

La Commission examinera également dans quels autres domaines il y aurait lieu d'envisager un processus similaire d'harmonisation des systèmes de qualification.

3.2 Vers une passation efficace des marchés par voie électronique

3.2.1 Préparer l'Union afin de répondre au nouveau défi des achats électroniques

L'émergence des nouvelles technologies de l'information et des communications (les "TIC") représente l'une des évolutions les plus intéressantes et les plus stimulantes pour la passation des marchés publics dans l'avenir. Ces technologies facilitent les procédures actuelles et pourraient permettre de rendre la procédure d'achat plus efficace en réduisant le besoin de règles détaillées. La Commission et les Etats membres coordonnent leurs activités dans ce domaine au sein du projet SIMAP, qui a été financé par le biais du projet IDA¹⁷ de la Commission. Le 12 décembre 1997, la Commission a proposé au Parlement européen et au Conseil une deuxième phase pour le projet IDA. Dans cette deuxième phase, la Commission propose d'élargir et de développer le projet SIMAP afin de couvrir le processus d'achats publics dans son entièreté.

La Commission veillera à ce que toutes les conditions fixées par les Etats membres soient prises en compte dans le cadre du SIMAP. Elle veillera également à ce que les outils et les systèmes mis au point répondent aux besoins de tous les Etats membres.

Le système SIMAP pour la création et la transmission d'avis de marchés a été testé dans le cadre de projets pilotes faisant intervenir un nombre limité d'acheteurs et de fournisseurs sur l'ensemble du territoire de la Communauté et de l'EEE et sera désormais mis à la disposition de toutes les entités adjudicatrices.

La Commission donnera à toutes les entités adjudicatrices la possibilité d'établir leurs avis et de les transmettre à l'Office des publications sur support électronique, au moyen du système de transparence dans le domaine des marchés publics géré par les institutions européennes. Plusieurs possibilités, telles que le courrier électronique et la transmission par Internet, leur seront offertes.

Le logiciel développé dans le cadre du SIMAP a permis de démontrer que des économies substantielles pouvaient être réalisées au profit des contribuables européens et de donner aux fournisseurs de meilleures informations grâce à des avis systématiquement plus

¹⁷ Interchange of Data between Administrations (Echange mutuel d'informations entre Administrations)

fiables. Cependant, les coûts pour les contribuables demeureront à un niveau élevé inacceptable tant que les entités adjudicatrices continueront à soumettre des avis de mauvaise qualité ne respectant pas les obligations imposées par les directives. Enfin, le coût élevé de la base de données TED et les difficultés liées à l'utilisation de la version papier du supplément S du Journal officiel, en raison du nombre croissant d'avis publiés, sont souvent soulignés.

La Commission entend résoudre ces problèmes en revoyant entièrement le système actuel de publication des avis de marchés.

La Commission réfléchira à la manière d'inciter les entités adjudicatrices à utiliser ces moyens électroniques de transmission de leurs avis de marché. Actuellement, un avis doit être publié dans un délai de douze jours à compter de la date à laquelle il a été envoyé. L'utilisation du courrier électronique et d'Internet, qui permettent une publication immédiate, permettrait à la fois de réduire la durée totale de la procédure, en la ramenant par exemple de 52 à 40-45 jours (dans le cas d'une procédure ouverte).

La Commission ne continuera de publier les avis gratuitement pour l'entité adjudicatrice que lorsque celle-ci aura transmis un avis remplissant les conditions de forme exigées par les directives, comportant une référence à la CPV et respectant les formulaires standard ou les avis types. Dans les autres cas, la Commission exigera de l'entité adjudicatrice concernée le remboursement des frais liés à la mise en conformité de l'avis.

La Commission a décidé d'arrêter prochainement la publication de la version papier du supplément au Journal officiel. Celle-ci sera remplacée par une version sur CD-ROM. En outre, la base de données TED devra être rendue disponible pour tous les utilisateurs, qui pourront y accéder gratuitement via le réseau Internet.

Afin de simplifier l'utilisation de ce système, les fournisseurs devraient être en mesure de trouver tous les avis sur un seul et même site. Pour préparer une offre, les fournisseurs ont cependant besoin de plus d'informations que celles fournies dans l'avis. Ils ont besoin du cahier des charges proprement dit. Les nouvelles TIC et en particulier Internet offrent grand nombre de nouvelles possibilités à cet égard.

La Commission entend encourager la publication de tous les cahiers des charges sur Internet, en particulier dans le cas des procédures ouvertes. Elle invite les entités adjudicatrices qui possèdent déjà un site Internet à se présenter de manière détaillée ("profil de l'acheteur") sur leur page d'accueil. Afin de favoriser la diffusion de ces "profils", la Commission mettra des logiciels types à la disposition des entités adjudicatrices sur sa page d'accueil SIMAP.

3.2.2 Perspectives : un système paneuropéen de passation électronique des marchés publics

Bien que la Commission ait un rôle évident à jouer en matière de collecte et de diffusion des avis de marchés, la mise en place de systèmes de passation entièrement informatisés ne relève pas directement de sa compétence.

La Commission invite les acheteurs et les fournisseurs intéressés ainsi que les entreprises du secteur des TIC, telles que les courtiers en informations et les développeurs de logiciels, à participer activement à la mise en place d'un système européen de passation électronique des marchés grâce auquel une partie importante, par exemple 25 %, de l'ensemble des marchés passés seraient effectués sur support électronique en l'an 2003.

Les Etats membres ont également un rôle très important à jouer dans le développement de la passation des marchés par voie électronique. Des économies plus substantielles pourront vraisemblablement être réalisées au niveau des achats directs, d'un montant peu élevé, de produits immédiatement disponibles. La valeur de ces achats se situe souvent en-dessous des seuils fixés par les directives.

La Commission invitera les Etats membres à s'engager à garantir la compatibilité et l'interopérabilité des systèmes de passation électronique qu'ils mettront en place pour les achats d'une valeur inférieure aux seuils. Afin de faciliter cette compatibilité, elle communiquera toutes les spécifications nécessaires sur la page d'accueil SIMAP.

La Commission identifiera des projets pilotes permettant la passation de marchés au moyen du courrier électronique, de l'échange de données électroniques et d'Internet. Ces projets devront, bien entendu, respecter les principes de non-discrimination et de transparence. Une attention particulière sera accordée à l'utilisation des catalogues électroniques, aux réseaux virtuels de passation de marchés et à la promotion des meilleures pratiques dans le cadre de clubs d'acheteurs.

La Commission recommandera d'autres mesures dans les domaines suivants : modification du régime juridique, définition de normes ou de spécifications ou mise en place d'un cadre réglementaire. Elle veillera à ce que les contraintes liées à la passation électronique des marchés soient prises en compte dans toutes les propositions de normes ou de législation concernant les signatures numériques.

La Commission reconnaît que la passation électronique des marchés doit être appréhendée dans le contexte de la mondialisation. Ce mode de passation jouera un rôle de plus en plus important dans l'ouverture des marchés en dehors de l'Union européenne (voir aussi le chapitre 4.6). Des contacts bilatéraux sont en cours avec certains de ses principaux partenaires commerciaux.

La Commission essaiera de parvenir à un accord avec ses partenaires internationaux, dans le cadre de l'OMC, en vue de simplifier et d'harmoniser les échanges d'informations relatives aux possibilités de marchés publics - et les statistiques concernant ces marchés - dans le contexte de leur informatisation.

3.2.3 Mesures envisagées

La plupart des observations reçues ont souligné le besoin de développer l'utilisation des TIC. Les modifications apportées récemment aux directives autorisent déjà l'utilisation du courrier électronique dans certaines procédures de passation. D'autres modifications sont cependant nécessaires pour autoriser l'utilisation des messages électroniques pour tous les échanges d'informations visés par les directives.

La Commission proposera des modifications des directives en vue de mettre les moyens électroniques d'échange d'informations sur un pied d'égalité avec les autres moyens existants.

Le fait qu'il soit quasiment impossible de prévoir comment évolueront les procédures électroniques de passation des marchés publics ne permet pas d'adapter aisément les directives aux dernières avancées dans ce domaine. La Commission entend encourager ce mode de passation au moyen de projets pilotes, avant de proposer des changements plus radicaux. Il est possible que ces projets pilotes nécessitent des dérogations aux dispositions des directives pendant toute la durée de leur mise en œuvre. S'ils donnent de bons résultats, on pourrait envisager de modifier officiellement les directives de manière à permettre une généralisation et une application plus durable de ces projets. Ces dérogations ne devront évidemment pas porter atteinte aux principes fondamentaux (conditions d'accès non discriminatoires et égalité de traitement, transparence, etc.), qui devront toujours être garantis.

La Commission autorisera dès que possible le lancement de projets pilotes afin de tester des procédures électroniques spécifiques pour la passation des marchés. À cette fin, elle proposera également les mesures législatives nécessaires pour permettre une mise en œuvre rapide de ces projets qui devront bien entendu respecter les principes sur lesquels repose le régime communautaire des marchés publics. Les modalités concrètes de ces mesures seront fixées après consultation de tous les intéressés, en particulier les Etats membres, qui devraient autoriser la mise en œuvre de projets similaires pour les achats d'une valeur inférieure aux seuils. La Commission continuera de participer activement aux discussions parallèles en cours au sein des comités de l'OMC au sujet de la révision de l'Accord sur les marchés publics (voir 4.6.).

4. REALISER ET RENFORCER LA SYNERGIE AVEC D'AUTRES POLITIQUES DE LA COMMUNAUTE

4.1 Objectif

La politique menée par la Communauté en matière de marchés publics intègre les marchés publics des Etats membres dans le marché unique en soumettant ce domaine au jeu de la concurrence. L'“utilisation optimale des deniers publics” est de plus en plus souvent de mise pour les marchés publics passés dans le secteur de la défense. Les contraintes budgétaires et la nécessité d'une restructuration en profondeur du côté de l'offre ont en effet favorisé les discussions sur la façon d'étendre les principes de concurrence aux marchés publics de ce secteur.

L'objectif d'une utilisation optimale des deniers publics n'exclut pas la prise en compte d'aspects d'ordre écologique, social et de protection des consommateurs, ni ne nécessite une modification des règles actuelles. Il est cependant nécessaire de définir des orientations précises sur les possibilités offertes aux organismes acheteurs de prendre en considération, dans leurs procédures de passation de marchés, des critères environnementaux et sociaux dans le respect du droit communautaire, notamment des principes de transparence et de non-discrimination ainsi que des règles sur les marchés publics. De telles orientations sont aussi nécessaires si l'on veut mettre les fournisseurs européens sur un pied d'égalité.

Les marchés publics passés dans des pays tiers présentent un intérêt particulier pour les entreprises européennes, surtout lorsqu'ils portent sur des projets d'infrastructures. Donner aux fournisseurs européens la possibilité de profiter de ces débouchés fait donc partie intégrante de la politique menée par la Communauté dans le domaine des marchés publics. Afin de permettre aux entrepreneurs communautaires de remporter des marchés hors de l'Union européenne et de l'Espace économique européen, les mêmes objectifs doivent être poursuivis vis-à-vis de nos partenaires commerciaux qu'à l'intérieur de l'Union.

4.2 La défense

Dans sa récente communication au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions intitulée “*Mettre en œuvre la stratégie de l'Union en matière d'industries liées à la défense*”¹⁸, la Commission annonce des mesures concernant les marchés publics du secteur de la défense, suivant les procédures appropriées dans le respect de l'article M du Traité sur l'Union européenne, afin d'instaurer des principes, des règles et des mécanismes contraignants de transparence et de non-discrimination, qui prennent pour modèle le régime communautaire des marchés publics.

¹⁸ COM (97) 583 final du 4.12.1997.

Les règles qui seront applicables aux marchés publics dans le domaine des équipements de défense auront une influence significative sur la constitution d'une base technologique et industrielle de défense compétitive.

Le cadre réglementaire devrait prévoir des procédures d'appel à la concurrence dans la mesure du possible.

Il devra en outre contribuer au maintien et au développement des capacités industrielles fondamentales et des technologies clés au niveau européen. De surcroît, ces règles devront garantir la sécurité de l'approvisionnement tout en permettant d'éliminer progressivement les surcapacités.

Dans cette perspective, et compte tenu du besoin de disposer d'un large soutien sur cette question, il est nécessaire de définir un ensemble approprié de principes, de règles et de mécanismes pour la passation des marchés dans le secteur de la défense. Afin de prendre en considération les caractéristiques de ce secteur et, en particulier, les exigences en matière de confidentialité et de sécurité des approvisionnements, il convient de prévoir une certaine souplesse là où elle s'imposera

À cette fin, les matériels de défense pourraient être classés en trois catégories:

- les produits destinés aux forces armées mais pas à usage militaire, et qui ne sont donc couverts ni par l'article 223 du Traité CE ni par l'article 2 de la directive 93/36/CEE (marchés déclarés secrets, protection des intérêts essentiels, sécurité nationale, etc.). Comme ces produits sont déjà soumis aux règles communautaires relatives aux marchés publics, la Commission précisera au besoin, et de la manière la plus appropriée, les conditions d'application de ces dernières;
- les produits destinés aux forces armées et à usage militaire, mais qui ne constituent pas des "équipements de défense hautement sensibles". La Commission pourrait élaborer un ensemble de règles assez souples respectant les principes de transparence et de non-discrimination et inspirées des règles communautaires en vigueur en matière de marchés publics;
- les équipements hautement sensibles qui relèvent du champ d'application de l'article 223 du Traité CE. Ces produits pourraient être exemptés de l'application des règles précitées lorsque la sécurité ou la protection d'intérêts nationaux essentiels de l'Etat membre en question l'exigent. Un mécanisme de notification devrait être instauré à cet effet afin d'assurer un certain niveau de contrôle et de transparence.

4.3 La protection de l'environnement

La protection de l'environnement devient une composante de plus en plus importante de l'économie moderne. Le Traité d'Amsterdam reconnaît pleinement cette importance en faisant des objectifs écologiques l'une des priorités de l'Union. Un nombre croissant d'organismes acheteurs cherchent à obtenir des produits et des services qui ne nuisent pas

à l'environnement. Plusieurs Etats membres mènent déjà une politique active en la matière. L'OCDE a d'ailleurs adopté une recommandation en la matière¹⁹. De son côté, la Commission est en train de mettre en œuvre un plan visant la protection de l'environnement dans son administration qui concerne notamment ses achats.

La Commission souligne que le droit communautaire, et notamment les directives sur les marchés publics, offrent de nombreuses possibilités de prendre en considération la protection de l'environnement dans les achats de l'administration publique. La Commission rappelle ci-dessous les possibilités existantes.

- D'une manière générale, toute administration qui le désire peut, lors de la définition des produits ou des services qu'elle entend acheter, choisir les produits et services qui correspondent à ses préoccupations de protection environnementale. Les mesures prises doivent bien entendu être conformes aux règles et principes du Traité, notamment au principe de non-discrimination.
- Les règles des directives relatives aux marchés publics permettent, dans certaines conditions, d'exclure les candidats qui violent les législations nationales en matière d'environnement.
- Les organismes acheteurs peuvent élaborer des prescriptions techniques concernant les caractéristiques des ouvrages, des fournitures ou des services faisant l'objet des marchés, qui prennent en compte la protection des valeurs environnementales. Les organismes acheteurs peuvent d'ores et déjà encourager le développement d'une approche active des entreprises vis-à-vis de l'environnement, en acceptant dans leurs marchés les offres de produits qui répondent aux exigences définies dans les cahiers des charges.
- Les directives permettent l'intégration de l'objectif de la protection de l'environnement dans les critères de sélection des candidats aux marchés pour autant que ces critères visent à tester les capacités économiques, financières et techniques des candidats.
- En ce qui concerne l'attribution des marchés, des éléments environnementaux peuvent servir à identifier l'«offre économiquement la plus avantageuse», dans le cas où la référence à ces éléments implique un avantage économique, propre à la prestation faisant l'objet du marché, au bénéfice direct de l'organisme acheteur. Un organisme acheteur peut, par exemple, tenir compte, lors de l'évaluation des offres, des coûts de maintenance, de traitement des déchets ou de recyclage.
- Un pouvoir adjudicateur peut demander au fournisseur dont l'offre a été retenue que l'exécution de la prestation qui fait l'objet du contrat se fasse dans le respect de certaines contraintes visant à sauvegarder l'environnement. Ces conditions d'exécution doivent être connues à l'avance par tous les soumissionnaires.

En général, la Commission rappelle que l'objectif des marchés publics reste essentiellement économique et qu'il est donc primordial de déterminer, pour chaque marché public, les éléments environnementaux qui sont liés aux produits ou aux services demandés qui peuvent, par conséquent, être pris en considération lors d'une procédure de passation de marché.

Les possibilités offertes par le régime actuel, qui viennent d'être précisées ci-dessus, seront développées et clarifiées dans un document interprétatif spécifique afin de permettre une prise en considération optimale de la protection de l'environnement dans le cadre des marchés publics (v. point

¹⁹ Recommandation du Conseil sur l'amélioration de la performance environnementale de l'Administration, adoptée le 20.2.1996.

2.1.3). Dans le cadre de cette exercice, la Commission examinera notamment la mesure dans laquelle il est possible de faire référence dans les spécifications techniques à l'écolabel européen, voire aux écolabels nationaux. De même, elle analysera si les organismes acheteurs peuvent exiger de la part des fournisseurs qu'ils aient un système d'éco-audit, tel que EMAS ou la norme ISO 14001.

La Commission ne peut cependant, dans le cadre d'un document interprétatif, proposer des solutions qui iraient au-delà du régime actuel des directives sur les marchés publics. Celles-ci nécessiteraient des modifications législatives.

Afin de promouvoir les pratiques les plus performantes et respectueuses des principes énoncés ci-dessus concernant l'intégration des aspects écologiques dans les marchés publics, la Commission s'engage, avec les Etats membres intéressés et le secteur privé de concevoir des initiatives permettant de définir plus facilement et d'une manière équilibrée, objective et non-discriminatoire les préoccupations écologiques dans les documents relatifs aux appels d'offres.

4.4 Marchés publics et aspects sociaux

La politique sociale est d'une importance primordiale pour l'Union européenne. Elle vise, entre autres, à promouvoir un niveau d'emploi et de protection sociale élevé. De plus, le Traité d'Amsterdam pose comme l'une des priorités l'élimination de l'inégalité et la promotion de l'égalité entre hommes et femmes dans toutes les politiques et activités de l'Union européenne et stipule également la nécessité de combattre tout type de discrimination.

La Commission a déjà indiqué dans son Livre vert les conditions dans lesquelles les critères sociaux peuvent jouer un rôle dans la procédure de passation des marchés publics, notamment la possibilité d'inclure l'obligation de respecter le droit social existant, en particulier la législation sociale communautaire et, entre autres, celle émanant de l'Organisation internationale du travail (OIT).

Ainsi, il existe un éventail de possibilités pour prendre en considération la poursuite d'objectifs sociaux dans les achats de l'administration publique :

- Les règles des directives relatives aux marchés publics permettent d'exclure les candidats qui violent les législations en matière sociale y incluses celles relatives à la promotion de l'égalité des chances.
- Une deuxième possibilité consiste à poser comme condition d'exécution des marchés publics adjugés le respect d'obligations à caractère social, visant par exemple à promouvoir l'emploi des femmes ou à favoriser la protection de certaines catégories désavantagées. Bien entendu, seules sont autorisées les conditions d'exécution qui n'ont pas d'incidence discriminatoire, directe ou indirecte, à l'égard des soumissionnaires provenant d'autres Etats membres. En outre, une transparence adéquate doit être assurée par la mention de ces conditions dans les avis de marché ou dans les cahiers des charges.

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

Comme en matière d'environnement, la Commission a l'intention de clarifier les principes applicables permettant la prise en compte des aspects sociaux dans une communication interprétative.

Elle rappelle que les marchés publics peuvent constituer un moyen d'orientation de l'action des opérateurs économiques pour autant que les limites posées par le droit communautaire soient respectées.

Dans ce contexte, la Commission encourage les Etats membres à utiliser leur influence en tant qu'acheteurs publics pour poursuivre les objectifs sociaux mentionnés ci-dessus. De son côté, la Commission entend agir de façon analogue dans ses propres procédures de passation.

4.5 La protection des consommateurs

L'amélioration de l'accès au marché et de la transparence par la réalisation d'une politique des marchés publics plus effective, aura des implications positives pour les consommateurs, notamment par le biais de services et d'infrastructures d'une meilleure qualité et économiquement plus performants. Il est donc nécessaire de prendre davantage en considération la politique des consommateurs dans la politique des marchés publics de l'Union, en particulier pour ce qui est de la promotion de la transparence et du dialogue avec les organisations des consommateurs.

4.6 International

4.6.1 Ouvrir les marchés publics des pays tiers aux entreprises européennes

L'Accord sur les marchés publics (AMP), modifié en dernier lieu en 1994, fixe des règles de conduite (disciplines) dans les relations entre un nombre limité de pays, notamment les grands blocs commerciaux de la planète. Au nombre de ces règles figurent les clauses traditionnelles du traitement national et de la nation la plus favorisée, mais également des exigences précises en ce qui concerne les procédures de passation des marchés, proches de celles que prévoient les directives communautaires. L'AMP produit donc des effets de

grande ampleur sur les réglementations des pays parties à cet accord, notamment ceux de l'Union européenne.

La Commission continuera de prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir le respect effectif des actes juridiques qui ouvrent des débouchés commerciaux pour les entreprises de l'Union européenne.

Sur la plan multilatéral, elle œuvrera de manière à obtenir une plus grande ouverture des marchés publics des pays tiers, à l'échelle mondiale, afin de faire tomber les obstacles aux échanges qui sont préjudiciables aux intérêts européens. L'objectif ultime que poursuit l'Union est l'adoption d'un code multilatéral sur les marchés publics, par son intégration dans l'"engagement unique" de l'OMC. Les travaux menés au sein de l'OMC, entre autres la révision de l'AMP, les négociations sur les marchés publics de services dans le cadre de l'AGCS et le groupe de travail de la transparence des marchés publics devraient contribuer à la réalisation de cet objectif. Des efforts sont également menés dans le cadre d'autres enceintes, telles que l'OCDE et la CNUDCI.

Sur le plan bilatéral, la Commission continuera ses efforts pour ouvrir les marchés des pays tiers tout en tenant compte des circonstances spécifiques de ces pays tiers.

Les procédures électroniques de passation des marchés sont en pleine expansion et constitueront l'un des principaux axes de la politique extérieure de la Commission en matière de marchés publics. C'est un des aspects clés qui font déjà l'objet de discussions au niveau multilatéral, en particulier dans le cadre des groupes de l'AMP et de la transparence au sein de l'OMC. L'exploitation des technologies de l'information et des communications (TIC) peut en effet jouer un rôle capital pour assurer une transparence réelle et significative à l'échelle mondiale. Quoiqu'il en soit, la Commission conçoit sa mission au niveau multilatéral comme étant de veiller avant tout à ce que les engagements internationaux de l'Union européenne soient conformes à sa politique interne sur les procédures électroniques de passation des marchés, de manière à ne pas en entraver l'application. En outre, elle continuera à traiter ces questions sur une base bilatérale avec ses grands partenaires commerciaux.

La Commission entend prendre une part active dans les travaux de ces enceintes, de manière à créer les conditions adéquates pour que les entreprises européennes puissent devenir plus compétitives et maximiser leurs débouchés commerciaux.

Le propos de la Commission est aussi de veiller à ce que les règles et les pratiques internationales concernant l'utilisation des technologies de l'information dans le domaine des marchés publics soient conformes à la politique intérieure de la Communauté en la matière.

4.6.2 Intégrer les économies des pays voisins dans la politique de l'Union européenne en matière de marchés publics

Dans certains cas, nos relations avec les pays tiers dans le domaine des marchés publics vont au delà des seuls aspects commerciaux, voire réglementaires. Sont concernés en

particulier les pays d'Europe centrale et orientale (retenus dans le cadre du processus de pré-adhésion) et les pays méditerranéens. L'ouverture des marchés n'est pas la priorité dans ce contexte, mais plutôt un instrument servant à améliorer la situation économique de ces pays. Pour ce qui est des pays d'Europe centrale et orientale, l'adoption des parties relevantes de l'acquis communautaire fait également partie de la politique actuelle de l'Union. Une libéralisation asymétrique et la mise au point de programmes d'assistance technique de grande envergure devraient rester les fondements de la politique future de l'Union européenne dans ce domaine, en particulier pour ce qui est des pays méditerranéens.

La Commission élabore des "plans de route", adaptés à la situation de chacun des pays candidats à l'adhésion, dans lesquels seront définies des priorités et les mesures à prendre afin d'appuyer les efforts menés par ces pays pour la reprise de l'acquis communautaire. Cette question fera l'objet d'une communication de la Commission sur le marché unique et la région méditerranéenne, dans le prolongement de la déclaration de Barcelone visant à la création d'une zone de libre-échange.

4.6.3 Assurer l'attribution efficace des marchés financés par l'Union européenne

La Commission s'efforce de gérer les ressources financières de la Communauté avec économie et efficacité. Sa responsabilité à cet égard ne couvre pas seulement les marchés qu'elle passe elle-même (voir point 2.2.7 ci-dessus), mais aussi les marchés qui sont financés sur des ressources communautaires dans le cadre de l'aide extérieure.

D'une part, en effet, il est légitime d'insister sur la nécessité de garantir une présence européenne dans les marchés qui auront été financés par l'Union dans le cadre de cette aide extérieure et, d'autre part, la Commission estime que les pays bénéficiaires de ces ressources doivent assurer une gestion économique et efficace de leur secteur public et respecter les principes de transparence et de responsabilité en matière de gestion publique.

Pour atteindre ces objectifs, il faut appliquer les meilleures pratiques et les meilleures méthodes de gestion, dans des procédures de passation des marchés ouvertes à la concurrence. En appliquant des politiques et des pratiques de saine gestion pour la passation des marchés publics, les pays bénéficiaires des fonds communautaires en retireront des avantages sur le plan économique (comme le meilleur rapport qualité-prix, le renforcement de la compétitivité des entreprises locales, la plus grande efficacité de l'administration publique, la progression de l'investissement étranger, etc.).

L'adhésion à l'accord de l'OMC sur les marchés publics, qui sert de cadre juridique à la passation de marchés publics ouverts et concurrentiels à l'échelle internationale, serait souhaitable à cet égard. La Commission est néanmoins consciente qu'il sera difficile, dans les circonstances actuelles, pour la plupart des pays tiers bénéficiaires de ressources communautaires, de devenir parties à cet accord ou même d'adopter des règles nationales sur les marchés publics fondées sur des procédures de passation des marchés ouvertes à la concurrence, dans la mesure où il peut s'agir de pays dont l'économie est en phase de transition, de pays en développement ou même de pays parmi les moins avancés.

La Commission continuera à veiller, par conséquent, à ce que les marchés financés par des ressources de l'Union européenne dans le cadre de l'aide extérieure soient passés par les pays bénéficiaires au moyen de procédures concurrentielles, en respectant les règles communautaires pertinentes en la matière ainsi que celles établies à ce sujet dans le cadre des accords bilatéraux ou régionaux conclus par l'Union européenne. À cet égard, la Commission a déjà présenté des propositions visant à harmoniser les différentes règles et procédures qui régissent actuellement la passation de certains marchés financés par des ressources communautaires.

Par ailleurs, en vue d'améliorer la protection des intérêts financiers de la Communauté, la Commission a modifié le cadre juridique concernant les Fonds structurels en adoptant le règlement no. 2064/97²⁰ ce qui va également permettre un meilleur contrôle des marchés publics passés par les autorités nationales mais co-financés sur le budget des Communautés ; cela contribuera à lutter contre la corruption et à éviter les irrégularités.

²⁰ O.J. L no. 290 of 23.10.1997.

Annexe 1

ETAT DE LA TRANSPOSITION DES DIRECTIVES MARCHES PUBLICS

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

	Non-communication des mesures nationales d'exécution (MNE) ou communication partielle
	MNE communiquées et vérifiées; procédure d'infraction pour non-conformité engagée
	MNE communiquée

ANNEXE 2 : CALENDRIER

PRINCIPALES MESURES A ADOPTER	ADOPTION PAR LA COMMISSION
Paquet législatif visant à apporter certains aménagements au cadre juridique en matière de directive 93/38/CEE, procédure de dialogue compétitif, marchés-cadre, concessions, (v . point 2.1.2)	1998
La mise en oeuvre de l'article 8 de la directive 93/38/CEE	Immédiate
Communications et documents interprétatifs (2.1.3)	Du 2e semestre 1998 au 2e semestre 1999
Communication sur les concessions et les problèmes liés aux Réseaux transeuropéens (RTE) (2.1.2.4) Réflexion sur les problèmes liés aux diverses formes de partenariats publics et privés (2.1.2.4)	Deuxième trimestre 1998
Codification des directives classiques (2.1.3)	2001
Amélioration des procédures de contrôle au niveau communautaire (2.2.2)	Immédiate
Entamer des actions visant à encourager la création ou la désignation d'autorités indépendantes (2.2.3.)	Immédiate
Amélioration des marchés passés par la Commission n'exigeant pas d'amendements législatifs (2.2.7.)	Immédiate
Développement d'une politique de formation en matière de marchés publics (3.1.3.)	2e semestre 1998
Communication sur les PME et les marchés publics (3.1.4.)	2e semestre 1998
Encouragement d'opérations pilote sur les passations de marché électroniques (3.2.2.)	2e semestre 1998
Etablissement d'une série de principes, de règles et de mécanismes appropriés concernant les marchés dans le secteur de la défense (4.2.)	1998