Avis du Comité économique et social sur les «Marchés publics»

(96/C 212/03)

Le 4 juillet 1995, le Comité économique et social a décidé, conformément à l'article 23, paragraphe 2 de son Règlement intérieur, d'élaborer un avis sur les «Marchés publics».

La section de l'industrie, du commerce, de l'artisanat et des services, chargée de préparer les travaux du Comité en la matière, a élaboré son avis le 8 mai 1996 (rapporteur: M. Gafo Fernández).

Le Comité économique et social, lors de sa 336e session plénière des 29 et 30 mai 1996 (séance du 29 mai 1996), a adopté l'avis suivant par 108 voix pour, 1 voix contre et 3 abstentions.

1. Introduction

1.1. La meilleure évaluation de l'importance des marchés publics est l'estimation faite par M. Cecchini dans son rapport bien connu sur les coûts de la non-réalisation du marché intérieur dans l'Union européenne. Ce rapport, élaboré en 1985, estime la valeur des «marchés publics» à 530 000 millions d'ECU annuels, soit l'équivalent de 15 % du PIB de l'Union européenne. La part de cette somme affectée à une entreprise d'un État membre différent de l'adjudicateur se limitait à un pourcentage très modeste de 2 % du total, ce qui pourrait dénoter le manque de «communautarisation» et, par conséquent, le long chemin qu'il reste à parcourir dans ce domaine. Les études que la Commission européenne est en train d'effectuer indiquent par ailleurs, et de façon provisoire, que 30 % du total correspondraient aux autorités nationales, 25 % aux collectivités territoriales et les autres 45 % aux entreprises publiques ou privées.

1.2. Pour remédier à cette situation, l'Union européenne s'est dotée, depuis les années 70, d'un dispositif législatif important, visant à rendre les marchés publics transparents et non discriminatoires. La forme juridique adoptée a toujours été la directive basée depuis 1986 sur l'article 100 A.

1.3. Il est important de préciser la définition du «marché public» soumis, en tant que tel, à ces réglementations. Il s'agit d'un contrat de fournitures, de travaux ou de services passé par un organisme public ou assimilé. Cela signifie qu'il faut considérer comme faisant partie des organismes publics aussi bien l'État central, les autorités régionales ou locales que les entreprises privées, lesquelles, par leur condition de prestataires de services d'intérêt général, au sens de l'article 90 du Traité, peuvent être assimilées à une entreprise publique.

1.4. L'adoption de la directive comme formule juridique était inévitable, dès lors que la législation communautaire doit s'intégrer dans ce domaine particulièrement sensible pour les pouvoirs publics que sont les contrats passés par l'État ou par les organismes publics. Aussi fallait-il adapter le mandat communautaire aux us et coutumes en vigueur dans chaque État membre. Toutefois, le choix de cette formule a posé certains problèmes:

— retards dans la transposition des directives dans l'ordre juridique des divers États membres, et problèmes particuliers au niveau des collectivités régionales et locales;

— interprétations différentes par les divers États membres des obligations découlant des directives communautaires.

1.5. Le 15 avril 1994, l'Union européenne a signé le nouvel Accord relatif aux marchés publics parallèlement à la conclusion du Cycle d'Uruguay (GATT). Cet accord a, entre autres, modifié les seuils minimaux d'application que l'Union européenne est tenue de respecter. À cet effet, la Commission a présenté une proposition de directive (doc. COM(95) 107). Le Comité a exprimé son avis le 5 juillet 1995 [1].

1.6. Le dispositif légal communautaire s'articule autour de deux grands groupes de directives:

— directives sur les travaux et les fournitures et sur les services (établissant les conditions minimales d'harmonisation);

— directives sur les recours, qui permettent trois types d'action: l'adoption de mesures provisoires (dont une mesure de suspension d'une décision illégale d'adjudication), l'annulation de l'adjudication et l'octroi de compensations, sous forme de dommages et intérêts aux entités concernées).

Ensuite, il faut faire la distinction entre les directives à caractère général et celles concernant les «secteurs exclus» (fourniture d'eau, d'énergie, transports et télécommunications), promulguées dans une seconde étape. Ces dernières directives présentent certaines différences concernant, par exemple, la définition de l'entité adjudi-

[1] JO n° C 256 du 2. 10. 1995.

catrice, les seuils minimaux d'application, la définition des spécifications techniques et les conditions de la publicité, des appels d'offres et de l'adjudication.

1.7. Naturellement, si l'on tient compte de leur volume monétaire, tous les «marchés publics» ne doivent pas tomber sous le coup de cette réglementation. C'est ainsi que des «seuils minimaux» ont été établis; depuis les modifications apportées suite à l'accord du GATT, ils ont été fixés comme suit:

— contrats de travaux: 5 millions d'ECU;

— contrats de fournitures et de services: 130 000 ECU pour l'administration centrale et 200 000 ECU pour le reste des entités adjudicatrices en règle générale et entre 400 et 600 000 ECU dans le cas des «secteurs exclus».

Dans tous les cas, ces seuils sont entendus hors TVA, sans compter l'obligation d'actualiser en ECU ces niveaux tous les deux ans.

1.8. La transparence et l'absence de discrimination envers les entreprises d'États différents doivent être assurées à travers des actions à quatre niveaux:

— Publicité des marchés sur appels d'offres: via leur publication obligatoire au *JOCE*, avec indication des délais minimaux appropriés et dans le système d'accès «on line» que constitue le TED (Tender Electronic Data).

— Fixation des conditions précises de l'appel d'offres: ce point exige l'adoption de conditions techniques et de normes communautaires ou, à défaut, de normes nationales clairement accessibles aux entreprises de différents pays, conformément à une hiérarchie bien définie entre les directives susmentionnées (en vue d'interdire l'utilisation de normes techniques conçues dans l'objectif de limiter ou de fausser la concurrence). La transparence des modalités de passation des marchés (procédure ouverte, restreinte ou négociée) ainsi que des critères de sélection des offres est également exigée.

— Transparence de la procédure de sélection: celle-ci doit être basée sur les critères précités et sur la publicité. Le cas échéant, justification doit être apportée du rejet des offres non sélectionnées. Dans le même esprit, des actions doivent être menées en matière de certification (attestation) de la transparence de la procédure d'adjudication.

— Procédure de contrôle «ex-post»: via le système même de surveillance de la Commission européenne et éventuellement la plainte d'une entreprise qui s'estimerait victime de discrimination, et la possibilité de saisir les tribunaux nationaux ou la Cour de justice de Luxembourg.

1.9. Ces dernières années, le Comité économique et social a eu l'occasion de se prononcer sur ces propositions de directives [1] dans divers avis dont on peut résumer la teneur comme suit:

1.9.1. Le Comité a signalé les difficultés prévisibles qu'occasionnerait, dans la pratique, l'élaboration du cadre juridique de l'ouverture des marchés publics, et proposait de procéder au suivi et à l'adaptation des directives en fonction des différentes expériences.

1.9.2. Le Comité insistait sur la nécessité d'améliorer la transparence durant les phases de définition et de sélection des appels d'offres, et tout particulièrement sur l'importance capitale de la directive sur les recours. Toutefois, il exprimait certains doutes, se demandant si la réduction du seuil minimal d'application ou une obligation d'information statistique étendue compenserait le surcroît de charges bureaucratiques qu'entraînerait une telle mesure. Il insistait également sur la nécessité de faciliter l'accès des PME à ces appels d'offres.

1.9.3. Le Comité demandait également qu'une approche souple soit adoptée lorsque des entreprises sous-traitantes sont sollicitées pour définir les spécifications techniques d'un appel d'offres, dans le but de trouver un équilibre entre une éventuelle discrimination en termes de concurrence et la nécessité de définir avec précision les spécifications.

2. Évaluation de la situation actuelle

2.1. Il n'existe pas, à ce jour, d'estimation précise du nombre d'«appels d'offres publics» totalement ouverts à la concurrence au niveau communautaire ni de leur importance économique. Eurostat a entrepris les travaux en cette matière, mais, d'après les informations disponibles, ils accusent un certain retard. La Commission européenne dispose de certaines données sur le sujet, qui signalent le nombre énorme de contrats de ce type (avec les problèmes bureaucratiques que cela entraîne), et l'importance macroéconomique de ces contrats.

2.2. Le Comité souhaite signaler que ce manque de transparence statistique, imputable à l'absence de volonté des États membres d'y contribuer, est un des

[1] Avis du Comité sur les marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications du 25 mars 1992 (JO nº C 106 du 27. 4. 1992); avis du Comité sur les marchés publics de travaux du 25 mars 1992 (JO nº C 106 du 27. 4. 1992); avis du Comité sur les marchés publics de travaux du 22 octobre 1992 (JO nº C 332 du 16. 12. 1992); avis du Comité sur les marchés publics de fournitures du 22 octobre 1992 (JO nº C 332 du 16. 12. 1992).

facteurs qui entravent la sensibilisation à l'ampleur de ce problème, sensibilisation indispensable à la réalisation du marché intérieur.

2.3. L'ouverture effective des marchés publics suppose non seulement la réalisation concrète des propositions du marché intérieur, mais aussi une réduction sensible — et dans certains cas considérable — des sommes que les organismes publics soumis à ces directives doivent verser dans le cas de contrats de travaux, de fournitures ou de services. Il importe de noter qu'une meilleure utilisation des ressources publiques peut favoriser sensiblement la réduction du déficit public exigée par l'Union économique et monétaire.

2.4. Il est en outre impossible d'ignorer la dimension sociale de cette ouverture des marchés publics, qui ne peut en aucun cas impliquer une baisse du niveau de protection sociale dans tous les pays. C'est pourquoi une attention toute particulière devra être apportée aux conditions des contrats de sous-traitance et de prestation de services conclus avec des entreprises de pays tiers. Un premier pas, positif mais insuffisant, vient d'être fait en ce sens par le Conseil de ministres qui, après plusieurs années de discussions, a approuvé une position commune sur le projet de directive relative à la sous-traitance transfrontalière (détachement de travailleurs).

2.5. Une des conditions essentielles de l'ouverture effective des marchés publics est le changement des mentalités des entités adjudicatrices. Ces dernières devront en effet reconnaître les avantages incontestables que représente pour la collectivité l'application de ces principes, basés sur une compétence et une efficacité accrues dans le cas de contrats de travaux, de fourniture ou de services à un prix plus avantageux et offrant la même garantie de qualité et de fiabilité.

2.6. La Commission européenne a ouvert un grand nombre de procédures pour infraction concernant autant les retards dans la transposition du droit communautaire que son application inadéquate ou contraire au droit par les autorités publiques des États membres.

2.7. La Cour de justice de Luxembourg a rendu plusieurs arrêts et ouvert un grand nombre de procédures liées aux questions précitées. L'ensemble des arrêts en la matière commence à constituer un dispositif juridique cohérent susceptible d'accélérer les procédures ultérieures — particulièrement auprès des tribunaux nationaux. Les principales conclusions de ces arrêts peuvent se résumer comme suit:

— applicabilité directe de ces directives, même si elles n'ont pas été transposées dans la législation nationale ou si le droit national ne recoupe pas en détail les principes généraux posés par ces directives (Affaire 10/76);

— principe d'égalité de traitement pour tous les candidats à un appel d'offres (Affaire 243/89);

— définition des exceptions et dérogations aux directives, particulièrement dans le cadre des procédures négociées en matière de travaux et de fournitures (Affaire 194/88);

— interdiction d'accorder des préférences abusives ou injustifiées aux entreprises régionales ou locales (Affaire 21/88);

— interdiction de réserver, pour des raisons non objectives, l'accès à l'appel d'offres à un groupe d'entreprises (Affaire 272/91);

— interdiction de faire intervenir, dans l'adjudication, des critères d'ordre social particuliers, injustifiés ou disproportionnés, tels que l'emploi de chômeurs de longue durée (Affaire 10/76) ou de travailleurs immigrés d'une nationalité déterminée (Affaire 113/89);

— obligation de procéder à une publicité préalable pour un appel d'offres, sauf en cas d'«urgence absolue», ces cas imprévisibles devant être dûment justifiés (Affaire 24/91);

— admission à l'appel d'offres d'une entreprise rattachée à un groupe d'entreprises, même si elle ne dispose pas du matériel ou des moyens pour réaliser l'objet de l'appel d'offres (Affaire 389/92).

2.8. La Commission européenne a créé deux comités consultatifs pour l'ouverture des marchés publics. Le premier est constitué de membres de l'administration des différents États membres, le second se compose des représentants des entités socioprofessionnelles de ces États. Ces comités ont pour tâche de conseiller la Commission dans l'application des directives en la matière, mais aussi de servir de courroie de transmission et de point de référence au niveau national.

2.9. Dans son rapport de juin 1995 sur la simplification législative et administrative dans l'Union européenne, le «groupe Molitor» émettait cinq recommandations spécifiques en matière de marchés publics, à savoir:

— Transposition des directives dans les délais indiqués.

— Les objectifs des directives visant à faciliter l'accès aux marchés publics ne pourront pas être limités — directement ou indirectement — par les réglementations nationales.

— Possibilité de remplacer les directives par un ensemble de principes clairement définis, étayés si nécessaire par un règlement, afin d'éviter les différences entre États membres et d'encourager la transparence. (Cette proposition a été rejetée expressément par la Commission européenne pour des motifs juridiques

et en raison de l'impossibilité politique de limiter, par le biais d'un règlement, la capacité des États membres d'adapter les normes communautaires à la réalité de chaque pays).

— Les États membres devront garantir que les sanctions applicables en cas de violation des normes communautaires en matière de marchés publics s'appliqueront avec la même rigueur partout dans la Communauté.

— Tout en maintenant le principe de la publication des offres de marchés dans leur intégralité, il faudrait recourir davantage à la sous-traitance nationale ou internationale afin de faciliter la participation des PME.

2.10. Le Comité est en train de préparer un avis sur les procédures de certification et de reconnaissance mutuelle des spécifications et des normes nationales. Dans le même ordre d'idées, il considère qu'il conviendrait d'accélérer, autant que faire se peut, l'adoption des normes communautaires en tant qu'élément central pour limiter les éventuelles distorsions, qui pourraient résulter pour l'ouverture des marchés publics de l'application de normes nationales, y compris de normes spécifiques sectorielles d'un pays donné.

2.11. Le Comité estime que, dans le domaine des marchés publics, la sous-traitance est une forme d'organisation en rapport étroit avec la spécialisation dans la réalisation de travaux. C'est pourquoi il est nécessaire d'accorder aux PME un espace et un rôle spécifiques.

Il convient cependant de rappeler qu'en cas de sous-traitance précisément, les contrats de travail et les conditions de sécurité ne sont pas toujours respectés. À cet égard, le Comité saisit l'occasion de proposer au Conseil de lancer une initiative de sensibilisation des États membres au contrôle et au respect des lois et des contrats de travail en matière de sous-traitance, secteur important de l'activité économique.

2.12. En outre, le CES a appris que, dans plusieurs États membres, des associations nationales sont en cours de création pour faciliter l'application de ces principes en matière de marchés publics [1]. Le CES est résolument favorable à cette initiative, dès lors qu'elle peut contribuer tant aux actions de diffusion, en améliorant la transparence, qu'à celles relatives à la formation des personnes responsables de la mise en œuvre pratique de celle-ci.

3. Principaux problèmes soulevés par l'ouverture effective des marchés publics

3.1. Pour peser les problèmes rencontrés tant par les entités adjudicatrices que par les entités adjudicataires, dans l'application de ces directives, ainsi que pour procéder à une évaluation de leur impact sur la base d'une analyse coût/efficacité, le Comité a organisé à Düsseldorf et à Bonn, durant le mois de décembre 1995, une série d'auditions avec des représentants des différentes administrations publiques allemandes (Gouvernement fédéral et Länder) et des différentes organisations socioprofessionnelles qui appliquent la réglementation communautaire en la matière. Le résultat de ces auditions a largement contribué à une confrontation directe avec les problèmes juridiques et pratiques posés par l'application de la législation aux entités adjudicatrices ou adjudicataires.

3.2. Pour faire suite à ces auditions et pour confirmer ce qui y a été dit, une enquête a été préparée. Le questionnaire correspondant a été envoyé à un grand nombre d'entités socioprofessionnelles en rapport avec les marchés publics. Bien que le nombre total de réponses (environ 80) ne soit que partiellement représentatif, les coïncidences relevées parmi les réponses et les orientations qui se dégagent de l'enquête mettent en évidence une série d'obstacles de type général. Le Comité a été informé que la Commission européenne est en train d'élaborer une étude basée sur un grand nombre d'enquêtes et offrant un maximum de garanties scientifiques. Il souhaite féliciter la Commission de cette initiative, dont il espère être informé des résultats dans le cadre des travaux de l'Observatoire du Marché unique.

3.3. Le résultat des enquêtes a permis de constater que si la totalité des entités adjudicatrices ou adjudicataires sont conscientes de l'existence d'une législation nationale en la matière, il existe des doutes justifiés quant au rapport coût/efficacité du système. C'est particulièrement vrai en ce qui concerne les délais qu'il entraîne, les coûts liés aux barrières linguistiques et les dépenses administratives inhérentes à celui-ci.

3.4. Ci-dessous, une liste — non exhaustive — reprend certains des principaux problèmes qui se posent. On a tenté, en vue de les systématiser, de les regrouper selon des critères objectifs.

3.5. *Problèmes liés à la législation et à son application*

— Périodes transitoires spécifiques accordées à certains pays dans les directives mêmes.

[1] Forum Öffentliches Auftragswesen (Forum ÖA) e.V.
Gustav-Heinemann-Ufer 84-88
D-50968 Köln

Associazione «Verso l'Europa»
Via S. Bartolomeo — Pal Vitelli
I-06012 CittC Di Castello (PG)

The Association for Regulated Procurement (ARP)
Windsor House
Temple Row
UK-Birmingham B2 5LF

Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht
Postbus 75505
NL-1070 AM Amsterdam

Asociación Española de Contratación Pública y Regulada
María de Molina, 44
SP-28006 Madrid

ESB (Forum on Public Procurement in Ireland (FPP)
27 Lower Fitzwilliam Street
IRL-Dublin 2.

— Retards dans l'intégration des directives à la législation des États membres. Problèmes particuliers pouvant surgir au niveau des autorités régionales ou locales. Applicabilité directe aux entreprises publiques ou assimilées.

— Transposition dans certains cas inappropriée du droit communautaire dans le droit des États membres.

— Réticence des autorités nationales et en particulier locales à appliquer la réglementation des marchés publics dans leur champ d'action.

— Problèmes ponctuels pouvant se poser, en rapport avec des activités considérées comme vitales pour la sécurité nationale d'un État membre ou avec celles qui peuvent dans des cas précis être assimilées à celles-ci.

— Révision des seuils minimaux. Problèmes liés aux fluctuations monétaires.

3.6. *Problèmes liés à la phase de définition des appels d'offres*

— Manque d'uniformité des normes techniques (communautaires, nationales ou spécifiques sectorielles) qui devront régir la sélection des offres, ainsi que des règles déontologiques applicables aux entités adjudicatrices.

— Qualification des entreprises et certification de la qualité des offres.

— Transparence des critères d'évaluation des offres.

— Détermination transparente et non discriminatoire des modalités de passation de marché (procédure ouverte, restreinte sur invitation à soumissionner ou négociée).

— Morcellement des contrats unitaires en projets plus petits pour éviter les seuils minimaux d'ouverture aux marchés communautaires.

— Application des conditions sociales du pays où a lieu l'adjudication et de celles de l'entreprise adjudicatrice.

3.7. *Problèmes surgissant durant la phase de publicité des appels d'offres*

— Normalisation des avis de marchés publics.

— Délai d'envoi et de publicité dans le *JOCE* insuffisant.

— Accès des entreprises intéressées, notamment les PME, aux renseignements et plus particulièrement aux bases de données relevant de cette matière.

— Problèmes généraux de la sous-traitance, qui est une forme d'organisation en rapport étroit avec la spécialisation dans la réalisation des travaux.

— Établissement de listes restreintes dans les cas d'appels d'offres sur invitation à soumissionner ou négociées.

— De manière générale, difficultés des PME à accéder aux appels d'offres dans des conditions satisfaisantes.

— Problèmes généraux de confidentialité pour les entreprises.

3.8. *Problèmes surgissant durant la phase d'adjudication*

— Transparence des critères d'adjudication et conformité de ceux-ci à ceux fixés dans l'appel d'offres.

— Justification (problèmes de confidentialité commerciale) des motifs pour lesquels est rejetée l'offre des entreprises qui font une demande expresse.

3.9. *Problèmes surgissant durant la phase de recours*

— Intensification et renforcement des pouvoirs de supervision et d'information de la Commission européenne.

— Rôle des tribunaux nationaux et de la Cour de justice de Luxembourg. Accès des entreprises concernées et création d'un dispositif légal en la matière.

— Applicabilité des décisions: actions préventives, réparation des dommages et système de sanctions.

— Absence de cadre harmonisé pour les sanctions et diversité des attitudes adoptées par les autorités nationales face au non-respect des obligations en matière de marchés publics.

4. Quelques idées concrètes pour améliorer l'application du système régissant les marchés publics dans l'Union européenne

4.1. On peut retenir des enquêtes réalisées une première série d'idées pour les actions concrètes à mener, notamment:

4.2. La tâche la plus urgente et prioritaire pour tous les États membres est d'achever l'élaboration d'une législation nationale rendant possible l'application des directives en matière de marchés publics, y compris d'aligner leurs lois sur l'esprit général de la législation communautaire dans les cas où la transposition se serait révélée insuffisamment compatible.

4.3. Cette consolidation de la législation, ainsi que de son application, doit être préalable à toute modification du droit communautaire existant. Les éventuelles modifications devraient se baser sur l'expérience acquise au terme de plusieurs années de fonctionnement effectif du système actuel.

4.4. Évaluer l'opportunité d'intensifier les programmes de formation, financés par la Commission européenne par l'intermédiaire des organisations socioprofessionnelles de chaque pays, afin d'habituer et de préparer au processus le personnel des organismes adjudicateurs comme celui des entreprises, particulière-

ment les PME, intéressées à participer à ces marchés publics.

4.5. Créer, en profitant des structures existantes de différents États membres, des associations ou des forums pour la promotion des marchés publics. Parmi les tâches de ces instances, on pourrait citer celles de développer des programmes de formation en la matière et de servir de point de référence au niveau national pour résoudre les problèmes d'interprétation de la législation communautaire et nationale.

4.6. Développer de nouvelles solutions de rechange et de nouvelles procédures, destinées à améliorer les phases de publicité des appels d'offres, par exemple à travers l'amélioration de l'accès à ceux-ci et de leur diffusion électronique, et à favoriser la participation des PME à ces appels d'offres via la création de groupements européens d'intérêt économique soumis soit au statut national soit au statut communautaire.

4.7. Préciser dans une communication de la Commission les critères d'application des normes techniques de façon à ce qu'ils soient adaptés aux critères de hiérarchisation de ces normes prévus dans les directives.

4.8. Renforcer la coordination entre la Commission européenne et les autorités nationales compétentes d'une part, et les forums pour la promotion des marchés publics d'autre part, en vue d'accélérer le changement des mentalités dans la gestion de ces marchés publics et de faciliter l'identification et la résolution des éventuels problèmes ainsi que d'assurer un soutien technique aux organismes publics au niveau local ou régional qui lancent des appels d'offres couverts par les directives.

4.8.1. Le Comité estime que la Commission devrait sans plus tarder relancer l'activité du comité consultatif des représentants des entités socioprofessionnelles européennes. Ce comité consultatif doit absolument être le complément officiel des organismes nationaux, ce qui permettra à la Commission à la fois de recevoir les suggestions des entités adjudicatrices et de faire part à ces entités des ses inquiétudes et de ses priorités.

4.9. Inviter les États membres à créer un organisme national qui sera chargé de centraliser l'information recueillie au niveau national sur l'importance et l'ouverture effective de ces marchés, et de la transmettre à la Commission européenne, sur la base de critères normalisés et dans les délais appropriés.

Fait à Bruxelles, le 29 mai 1996.

Le Président

du Comité économique et social

Carlos FERRER