

CONVENTION

"Infrastructures et services: compétitivité et règles"

26 juin 2008

Les politiques de l'UE pour le développement des infrastructures (PMEs, PPP)

par Bertrand Carsin,

Directeur,

**Commission européenne, DG Marché
intérieur et Services**

Mesdames et messieurs,

Je me réjouis de l'occasion qui m'est offerte de vous présenter les lignes directrices de la législation européenne qui régit la mise en concurrence des marchés publics ainsi que l'activité de la Commission dans le contrôle de l'application de cette législation au niveau national.

Je souhaite tout d'abord souligner l'impact important de la politique des marchés publics sur le développement économique européen et présenter les principes fondamentaux sur lesquels est basée la législation européenne en matière de marchés publics, et notamment les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE qui coordonnent les procédures de passation des marchés publics.

Ensuite, je me concentrerai sur deux aspects qui me semblent revêtir un intérêt particulier dans le cadre du présent débat:

- le premier aspect concerne le rôle de la Commission et des autorités nationales dans le contrôle de l'application du droit communautaire des marchés publics; l'invitation de l'Autorité de

surveillance sur les contrats publics me donne l'occasion de souligner l'importance d'une bonne coopération entre la Commission et les Etats membres

- le deuxième aspect concerne les développements de la politique européenne des marchés publics après l'adoption des nouvelles directives, et notamment les initiatives en matière de recours, de partenariat public-privé et d'accès des PME aux marchés publics.

1. INTRODUCTION GENERALE

1.1. Importance économique des marchés publics dans l'Union

Avant d'aborder les aspects juridiques relatifs à la passation des marchés publics, il me paraît utile de souligner l'importance des marchés publics pour l'économie de l'Union. Selon les dernières données disponibles, qui se réfèrent à l'année 2006 (Union à 25), l'ensemble des achats de biens et prestations de services effectués par les administrations publiques et les entités qui opèrent dans le secteur de l'eau, de l'énergie et des transports s'est élevé, dans l'Union, à plus de 1900 milliards d'EUR, à savoir 17% du Produit Intérieur Brut de l'Union; pour vous donner une idée de l'ordre de grandeur, ceci représente

environ un tiers de plus que toute l'économie italienne. Avec l'entrée dans l'Union de la Bulgarie et de la Roumanie ces chiffres n'ont certainement pas diminué ...

Les marchés publics constituent donc un instrument qui, si bien utilisé, est d'envergure pour la compétitivité de l'industrie, la création d'emplois, la stimulation de la recherche ... bref pour un développement économique européen. Ainsi, grâce à une mise en concurrence élargie les acheteurs peuvent réaliser des économies importantes tout en profitant d'un meilleur choix. Une étude indépendante, relative à la période allant de 1993 à 2004, a estimé que l'application des anciennes directives, coûts d'application de celles-ci déduits, avait produit des économies sur les prix se situant entre 5 et 25 milliards par ans. L'application des nouvelles directives et, notamment, le recours aux enchères électroniques et aux systèmes d'acquisition dynamiques devraient permettre une augmentation de ces économies.

1.2. Les marchés publics au centre du Marché intérieur

Les principes de libre circulation des biens et des services et la liberté d'établissement sont les pierres angulaires du marché intérieur. Dans le

marché intérieur les entraves aux échanges entre États membres ne devraient plus exister. Se basant sur ce fondement l'Union européenne a développé un cadre juridique qui devrait à la fois permettre et assurer que les biens et les services peuvent effectivement circuler et être fournis librement au sein des États membres.

Les règles de marchés publics poursuivent ce même objectif dans le contexte spécifique des achats effectués par le secteur public au sens large. En fait, les achats de biens, de services et de travaux publics par les gouvernements et les pouvoirs publics sont un facteur important de concurrence transfrontalière en Europe. Un véritable marché intérieur exige donc que tous les fournisseurs potentiels puissent bénéficier d'égalité de traitement de la part des acheteurs publics dans tous les États membres. Qu'acheter et à qui sont des décisions qui doivent être prises sur la base du meilleur rapport qualité-prix, et pas utilisé comme un instrument à peine voilé pour subventionner l'industrie nationale ou pour favoriser certains opérateurs économiques.

Bien qu'importantes, ces sauvegardes ne sont pas une fin en soi, elles ont été introduites parce que nécessaires pour offrir aux entreprises européennes et aux contribuables des pays

membres toutes les possibilités de pouvoir pleinement tirer profit de la concurrence transfrontalière en Europe. Un véritable marché intérieur exige en effet que tous les fournisseurs potentiels puissent bénéficier d'une égalité de traitement de la part des acheteurs publics dans tous les États membres.

La réalisation des potentialités économiques des marchés publics ne se fera que si les décisions relatives à la commande publique sont prises sur la base du meilleur rapport qualité-prix.

2. LA LEGISLATION EUROPEENNE EN MATIERE DE MARCHES PUBLICS

2.1. Les principes du Traité

Le traité n'énonce pas de dispositions spécifiques pour les marchés publics, mais, comme j'ai indiqué tout à l'heure, les acheteurs publics sont tenus de respecter les dispositions fondamentales qui constituent l'essence du Marché intérieur européen: l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité et les trois libertés fondamentales: libre circulation des marchandises, liberté d'établissement et libre prestation des services.

La jurisprudence de la Cour de Justice a également dégagé une série de principes « corollaires » de ces règles, dont le respect doit être garanti lors de la passation de tout marché public: il s'agit des principes de l'égalité de traitement, de transparence, de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle.

Il faut souligner que les marchés qui ne relèvent pas du champ d'application des directives "marchés publics" représentent une partie considérable de la commande publique en Europe. La commande publique, comme je viens de vous l'indiquer, a été estimée à 1900 milliards d'euros, mais la valeur des marchés couverts les règles procédurales prévues par les directives marchés publics a été estimée, quant à elle, à 400 milliards d'euros: environ un cinquième.

D'où l'importance de tout mettre en œuvre pour accroître la concurrence entre les opérateurs économiques européens pour la réalisation des autres quatre cinquièmes de la commande publique. Dans certains États membres, les marchés non couverts par les directives représentent plus de 90 % des marchés publics !

Ces données économiques montrent dans toute sa clarté l'importance que ces marchés revêtent

pour le marché intérieur: elles offrent des débouchés importants pour le développement des entreprises européennes, notamment des PME et des "jeunes pousses" en phase de démarrage de leur activité.

Afin d'aider la concurrence transfrontalière dans la passation de ces marchés, la Commission européenne, en se basant sur les principes fondamentaux du traité, tels qu'interprétés par la Cour, a élaboré, dans une communication interprétative, publiée en 2006, des lignes directrices pour l'adjudication de marchés dont la passation n'est pas couverte par les dispositions des directives.

Ces lignes directrices contiennent des suggestions sur la manière dont les pouvoirs publics devraient se conformer à ces principes, ainsi que des exemples de possibilités innovantes de passer des marchés de façon moderne, transparente et rentable.

2.2. Les directives "marchés publics"

La passation des marchés publics qui, par leur valeur et par leur objet, sont présumés d'intérêt transfrontalier par le législateur communautaire est soumise aux règles de coordination actuellement établies par deux directives

adoptées en 2004: la directive 2004/18/EC pour le secteur "classique" ou "public" et la directive 2004/17/EC pour le secteur spéciaux (les entités opérant dans des secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports ou des services postaux).

Le régime applicable aux marchés publics dépassant le seuil communautaire a été réformé par ces directives en vue de

- moderniser la législation communautaire pour l'adapter à l'ère électronique (par exemple, en encadrant le recours aux moyens électroniques), pour permettre l'utilisation de méthodes d'achat plus flexibles afin de l'adapter à la nouvelle économie (par exemple, en prévoyant le recours au dialogue compétitif, aux systèmes d'acquisition dynamiques, etc.) ainsi que pour tenir compte des modifications de l'environnement économique, par exemple pour l'adapter aux exigences environnementales et sociales telles qu'elles sont ressenties par la société d'aujourd'hui.

- simplifier et clarifier cette législation de manière à la rendre plus facilement compréhensible pour tous les utilisateurs - pouvoirs adjudicateurs et opérateurs économiques – en créant ainsi des conditions

plus aptes à garantir l'efficacité des principes généraux du traité.

Aujourd'hui, les nouvelles directives offrent à la fois une série de nouveaux instruments tout en préservant une vraie stabilité. Je voudrais également souligner qu'elles représentent un juste équilibre - très difficilement obtenu - entre la politique "marché intérieur" et d'autres politiques communautaires, notamment l'environnementale et la sociale, dans le domaine des marchés publics. En effet, le compromis final permet l'intégration de telles politiques dans les procédures de passation des marchés publics sans pour autant les dénaturer ou les transformer en des instruments discriminatoires.

3. LE CONTROLE DE L'APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE DES MARCHES PUBLICS

La réalisation des objectifs poursuivis par la législation européenne en matière de marchés publics nécessite que celle-ci soit mise en œuvre par les Etats membres et soit appliquée correctement par les pouvoirs adjudicateurs nationaux.

La Commission, dans son rôle de "gardien du traité", est tenue de vérifier tant la transposition correcte des directives communautaires dans l'ordre juridique national que l'application correcte du droit des marchés publics par les autorités publiques.

Dans ce cadre, l'activité de la Commission vise d'abord à faciliter le travail de transposition de la part des Etats membres et à prévenir les problèmes de mauvaise application des règles communautaires. Ensuite, la Commission est appelée à examiner l'application de ces règles dans des cas concrets et à signaler les infractions qu'elle décèle aux Etats membres, en vue d'assurer la mise en conformité avec le droit communautaire.

Cette activité de contrôle est particulièrement importante lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre de grands projets, tels que, par exemple, ceux concernant la réalisation de grandes infrastructures, qui sont susceptibles de susciter l'intérêt des opérateurs des autres Etats membres. L'application correcte des règles communautaires garantit une ouverture à la concurrence qui profite aussi bien aux entreprises européennes, qui ont plus

d'opportunités et sont stimulées à devenir plus compétitives, qu'aux pouvoirs adjudicateurs nationaux, qui sont mis en condition de mieux dépenser l'argent public, au profit de la collectivité. Lorsque les projets sont financés par des fonds communautaires, le respect des règles de marchés publics est un des paramètres toujours pris en compte pour vérifier la bonne gestion financière.

Cependant, l'application correcte du droit communautaire des marchés publics n'est pas qu'une responsabilité de la Commission: c'est une responsabilité qu'elle partage avec les Etats membres, qui ont un rôle au moins aussi important. Si l'on considère le nombre énorme des pouvoirs adjudicateurs qui, dans chaque Etat de l'Union, sont appelés tous les jours à appliquer les règles marchés publics et qui font référence, en premier lieu, aux règles nationales, l'importance de ce rôle apparaît clairement:

- une législation nationale respectueuse des principes et des règles communautaires que j'ai cités et un système de recours efficaces sont indispensables pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur dans le domaine des marchés publics;

- une bonne coopération entre la Commission et les autorités nationales est très importante pour la poursuite des objectifs de la politique européenne des marchés publics. A ce propos, la Commission a pris des initiatives visant à améliorer le dialogue avec les autorités nationales en vue de la solution des problèmes décelés lors de l'activité de contrôle de l'application du droit communautaire: Elle tient régulièrement des réunions paquet avec les Etats-membres et les pouvoirs adjudicateurs concernés pour résoudre des cas d'infraction suffisamment tôt dans la procédure sans que l'intervention de la Cour soit nécessaire. Récemment la Commission a également mis en place un projet pilote qui confère encore plus de responsabilité à l'Etat-membre qui a la possibilité de remédier lui-même à l'infraction même avant que la Commission ait entamé une procédure d'infraction.

Dans ce cadre, des organismes qui, comme l'Autorité de surveillance des contrats publics en Italie, sont chargés de surveiller l'application du droit des marchés publics au niveau national, tels que l'Autorité pourraient jouer un rôle important.

En particulier, de tels organismes pourraient faciliter l'échange d'informations entre l'Etat membre et les services de la Commission, en vue permettre à ces derniers d'identifier les problèmes principaux qui se posent dans chaque Etat membre et les possibles solutions. Un tel échange pourrait contribuer, d'un côté, à améliorer l'efficacité de l'action de la Commission et, de l'autre côté, à mettre ces organismes en condition de mieux guider les pouvoirs adjudicateurs.

4. LES INITIATIVES RECOURS, PPP ET PME

L'adoption du paquet législatif n'a pas été suivi par une période de "repos sur les lauriers", - au contraire, nous avons un bon nombre de grands chantiers en cours, en particulier concernant les marchés de la défense, les recours, les partenariats publics-privés, l'accès des PME aux marchés publics. A cause des contraintes de temps, je suis toutefois obligé à délaisser ici la première initiative et me limiter à quelques brèves commentaires sur les recours, le Partenariat Public-Privé Institutionnalisés et sur les initiatives en faveur des PME.

4.1. Les moyens de recours

Une mise en concurrence réelle nécessite que les dispositions applicables à la passation des marchés soient accompagnées par la mise à disposition des opérateurs économiques de moyens de recours efficaces et rapides, comprenant la prise de mesures provisoires, en cas de violation du droit communautaire en matière de marchés publics ou des règles nationales qui transposent ce droit.

Des possibilités de recours ont été introduites au niveau communautaire par les directives 89/665/CEE (secteur public) et 92/13/CEE (secteurs spéciaux). Toutefois, l'expérience, la jurisprudence de la Cour et une ample consultation des parties concernées ont mis en évidence certaines faiblesses des mécanismes de recours ainsi mis en place.

Une nouvelle directive - la directive 2007/66/CE – qui a été adoptée le 11 décembre de l'année dernière, a modifié les directives existantes et a profondément redressé la situation.

Pour l'essentiel, cette nouvelle directive prévoit que, les pouvoirs adjudicateurs devront attendre au moins dix jours avant de décider qui a emporté le marché avant que celui-ci ne puisse être effectivement conclu. Ce délai suspensif est destiné à donner aux soumissionnaires le temps

d'examiner la décision, et d'évaluer s'il y a lieu d'engager un recours. Lorsque ce délai n'est pas respecté, la directive oblige les tribunaux nationaux à annuler dans certaines conditions un marché conclu en le déclarant «sans effet».

La directive cherche également à combattre l'attribution illégale de marchés publics de gré à gré, qui constitue l'infraction la plus grave au droit communautaire sur les marchés publics. Les tribunaux nationaux seront également habilités à rendre ces marchés sans effet s'ils ont été attribués illégalement, sans transparence, et en l'absence de toute procédure de mise en concurrence préalable. Dans ces cas, le marché devra faire l'objet d'un nouvel appel d'offres dans le respect des règles applicables.

Les tribunaux nationaux ne pourront décider le maintien de ces marchés que si ce maintien est demandé pour des raisons impérieuses d'intérêt général. Dans ce cas des sanctions substitutives devront être appliquées. Ces sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives, et peuvent comporter le raccourcissement de la durée du marché et l'imposition d'amendes au pouvoir adjudicateur.

Les Etats Membres sont maintenant tenus de transposer la Directive 2007/66/EC dans leur

droit national avant le 20 Décembre 2009. La Commission suivra de près le processus législatif et fournira toute assistance nécessaire aux Etats Membres à fin de faciliter la bonne transposition en temps voulu.

4.2. Les partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI).

Le 5 février 2008 la Commission a adopté la Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI).

La communication met en lumière les modalités de création de PPPI qui, aux yeux de la Commission, sont compatibles avec les dispositions communautaires relatives aux marchés publics et aux concessions. L'objectif de la communication est, à la fois, de renforcer la sécurité juridique des opérations envisagées, et, de répondre aux préoccupations de ceux qui craignent que l'application du droit communautaire à la sélection des partenaires privés aux PPPI ne rende la formule peu attrayante, voire impossible.

Cette Communication est désormais disponible sur notre site web. J'en profite d'ailleurs pour en faire un peu de publicité: ce site regroupe toute une série d'informations utiles sur les marchés publics - pour n'en citer qu'un exemple, c'est sur ce site que vous pouvez trouver toutes les informations sur les demandes d'exemption de la directive secteurs (les demandes article 30) et ce, dès les avis sur l'ouverture des procédures jusqu'aux décisions finales adoptés par la Commission.

4.3. Les initiatives en faveur des PME

Pas plus tard qu'hier, la Commission a adopté sa communication "Un Small Business Act pour l'Europe".

Parmi les actions annoncées dans cette communication, figure un "Code des Bonnes Pratiques facilitant l'accès des PME aux marchés publics".

L'objectif général de ce recueil de bonnes pratiques est de permettre aux Etats membres et à leurs autorités adjudicatrices de savoir comment égaliser au mieux, dans la pratique, les conditions de participation des PME et des grandes entreprises aux procédures de passation de marché.

En effet, la consultation des parties intéressées sur les problèmes rencontrés par les PME en matière d'accès aux marchés publics, a montré que les attentes ne se portent pas sur d'éventuels changements des directives, mais sur un véritable changement de culture des acheteurs publics tenant pleinement compte des difficultés des PME.

Ainsi, le but de ce "Code de Bonnes pratiques" est-il :

- d'une part, d'offrir aux Etats membres et à leurs autorités contractantes des éléments d'orientation quant à la manière d'appliquer la législation communautaire en vue de faciliter l'accès des PME aux marchés publics, et,
- d'autre part, de mettre en évidence des dispositions et pratiques nationales qui facilitent également cet accès des PME aux marchés publics.

Tous ces éléments d'information sont rassemblés pour la première fois dans un unique "Code" publié sur le site de la Commission.

Elaboré en tenant compte des difficultés rapportées par les parties intéressées, le Code présente ainsi toute une série de solutions visant à répondre aux objectifs suivants:

- Surmonter les difficultés liées à la taille des marchés
- Assurer un meilleur accès à l'information pertinente
- Améliorer la qualité et la compréhension de l'information fournie
- Etablir des critères de sélection proportionnés
- Alléger la charge administrative
- Mettre l'accent sur le rapport qualité-prix plutôt que sur le seul prix
- Donner suffisamment de temps aux intéressés pour élaborer et déposer leurs offres
- Assurer un paiement dans les délais

Ce Code de Bonnes Pratiques devrait ainsi aider les autorités publiques à développer des "actions", des "programmes" ou des "stratégies" intégrant ces objectifs.

Dans ce contexte, il est clair qu'une plus grande implication des PME dans les procédures de passation de marchés, ne peut que contribuer à optimiser la qualité des offres déposées - y compris dans le domaine des infrastructures -, grâce à une concurrence élargie aux acteurs les plus dynamiques du marché.

Mesdames et Messieurs, je vous remercie de
votre attention.