L'ouverture des marchés publics : problématique de l'application des directives

Autor(en): **[s.n.]**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Revue économique franco-suisse**

Band (Jahr): **73 (1993)**

Heft 2

PDF erstellt am: **29.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-886488

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

L'ouverture des marchés publics Problématique de l'application des directives

Commission des Communautés Européennes, Direction Générale, Marché intérieur et affaires industrielles, Bruxelles

Le « Livre Blanc » de la Commission Européenne, publié le 14 juin 1985 au sujet de l'achèvement du marché intérieur, considère la transparence des marchés publics ainsi que leur réelle ouverture à la concurrence comme une des actions prioritaires à réaliser dans le cadre de l'objectif 1992.

En effet, les marchés publics constituent un instrument de politique économique non négligeable. Les pouvoirs publics y ont recours non seulement pour disposer de moyens matériels nécessaires à l'exécution de leur mission mais également pour stimuler l'ensemble de l'activité économique dans divers domaines : politique industrielle, emploi, politique régionale, recherche et développement, politique de normalisation et politique en faveur des PME.

L'IMPORTANCE ÉCONOMIQUE DES MARCHÉS PUBLICS

En 1986, les achats des administrations publiques *stricto sensu* représentent approximativement 9 % du Produit Intérieur Brut communautaire. En ajoutant les commandes des parastataux et des entreprises publiques, on atteint 15 % du Produit Intérieur Brut communautaire (1986 = 530 milliards d'écus).

Bien sûr, tous ces achats ne peuvent donner lieu à une réelle ouverture à la concurrence communautaire, certains de ceux-ci concernant par exemple des produits trop spécifiques et achetés en très petite quantité.

Néanmoins, si on s'intéresse au volume des achats susceptibles d'être ouverts à la concurrence, on atteint un montant compris entre 240 et 340 milliards d'écus, soit 7 à 10 % du Produit Intérieur Brut communautaire. Or, seuls 500 millions d'écus (0,14 % du Produit Intérieur Brut communautaire) ont donné lieu à des échanges intracommunautaires en 1986.

LE CONTEXTE JURIDIQUE EUROPÉEN

Le traité de Rome

Le traité de Rome du 25 mars 1957 n'énonce aucune règle particulière en matière de marchés publics.

Toutefois, il édicte quatre principes qui s'appliquent aux marchés publics quel que soit leur montant :

1) l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité (au niveau de l'article 7),

2) la libre circulation des marchandises et l'interdiction des mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation (au niveau des articles 30 et suivants),

3) la liberté d'établissement (au niveau des articles 52 et suivants),

4) la libre circulation des services (au niveau des articles 59 et suivants).

Les dispositions législatives

Les règles des traités interdisent certaines pratiques abusives mais n'établissent, cependant, aucune obligation positive introduisant la transparence et la concurrence dans les procédures de passation des marchés publics. Une action législative au niveau communautaire était donc nécessaire.

Cette action l'était d'autant plus qu'elle répondait et continue de répondre aux préoccupations majeures des entreprises intéressées par les marchés publics, à savoir :

- assurer la meilleure information possible pour leur permettre de préparer convenablement leurs offres, afin de répondre aux besoins légitimes des acheteurs publics ;
- assurer la meilleure transparence possible des marchés pour que les décisions des acheteurs publics soient prises, dans l'ensemble de la Communauté, de manière équilibrée ;
- modifier, de façon progressive, le comportement des acheteurs publics.

Dans ce but, le Conseil des ministres des Communautés européennes a d'ores et déjà adopté, ou propose à l'étude actuellement, un certain nombre de directives.

Il convient de noter que l'objet de toutes ces directives n'est pas d'harmoniser l'ensemble des règles nationales en matière de marchés publics. Elles coordonnent les procédures nationales de passation des marchés en y introduisant un minimum de règles communes, pour les marchés dont la valeur égale ou dépasse un certain seuil. Ces règles communes sont les suivantes :

1) des règles définissant le type d'acheteurs publics qui doivent respecter les directives, ainsi que l'objet des marchés soumis à celles-ci,

2) des règles définissant le type de procédure de passation de marché que les acheteurs publics doivent normalement utiliser,

3) des règles dans le domaine des spécifications techniques donnant la préférence aux normes communautaires et interdisant des clauses techniques dans les cahiers des charges ayant un effet discriminatoire,

4) des règles de publicité avec une obligation de publier les avis d'appel

d'offres au Journal Officiel des Communautés européennes, avec des délais précis à respecter et sur la base de modèles d'avis préétablis,
5) des règles communes de participation au marché comportant des critères objectifs de sélection qualitative et d'attribution des marchés (au choix, le prix le plus bas ou l'offre économiquement la plus avantageuse),
6) des obligations statistiques.

LA PROBLÉMATIQUE DE L'APPLICATION DES DIRECTIVES

Compte tenu du poids des marchés publics dans le PNB, l'attribution de contrats par le secteur public ou semi-public peut avoir une importance capitale sur la puissance et le développement économique d'une entreprise, d'un secteur, d'une région.

Le rôle que peuvent jouer les acheteurs publics, les entreprises, les tribunaux ainsi que la Commission pour que cette attribution s'effectue de manière objective et efficace en termes de concurrence, est très important mais également particulièrement difficile.

Les problèmes

❑ **La transposition des directives dans le droit national.** Les Etats membres ont l'obligation d'adopter des réglementations contraignantes pour incorporer les directives dans leur ordre juridique. Or ces réglementations quant au fond et à la forme sont souvent peu conformes à l'esprit des directives et ne respectent pas leur effet utile.

❑ **Dans les décisions qui jalonnent une procédure de passation de marché, des irrégularités sont commises par les acheteurs publics,** par méconnaissance des règles communautaires mais aussi de mauvaise foi. Quelques exemples sont à citer : fractionnement délibéré des marchés ; informations incomplètes ou erronées fournies aux entreprises intéressées ; insertion de clauses discriminatoires dans les cahiers des charges ; non-respect des règles de publicité ; non-respect des règles dans le domaine technique (absence de références aux normes européennes, imposition de spécifications techniques privilégiant la production nationale (cf. arrêt du 22 septembre 1988 Commission c/ Irlande « Dundalk pipeline »), imposition de tests et certification par un laboratoire national ; non-respect des règles en matière d'attribution (utilisation biaisée du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse, négociation (procédure ouverte ou restreinte) - cf. affaire Storebelt en cours devant la Cour de justice) ; non-respect de la procédure à suivre pour les offres anormalement basses (cf. arrêt « Fratelli Costanzo » du 22 juillet 1989 - formule automatique de rejet des offres anormalement basses),etc.

❑ **Les marchés publics constituent un domaine complexe et sensible.** Les acheteurs publics sont exposés à subir des influences de la part de divers milieux économiques et politiques locaux. Les entreprises confrontées à des discriminations sont réticentes à traduire les acheteurs publics devant les tribunaux nationaux voire même à défendre leurs intérêts auprès de ces acheteurs dans le cadre d'une procédure précontentieuse, de crainte de ruiner leurs éventuelles chances d'obtenir un marché futur.

❑ **Le nombre des acheteurs publics et, de ce fait, des marchés qu'ils passent,** étant extrêmement élevé, le contrôle de l'application des directives par les tribunaux nationaux et la Commission des Communautés européennes ne peut être que limité.

❑ **Le manque de dynamisme des entreprises à se porter candidates dans les marchés publics** ouverts à la concurrence dans les Etats membres autres que le leur ne contribue pas à l'application efficace des directives. Attitude timorée ou méconnaissance des règles communautaires garantissant leur participation ?

❑ **Il existe également, dans les Etats membres, un défaut ou une insuffisance de services intermédiaires** pouvant aider les petites et moyennes entreprises à être concurrentielles sur les marchés communautaires.

❑ Si la taille de certains marchés est suffisante pour inciter les grandes entreprises à réaliser des opérations transfrontalières car elles possèdent une capacité économique et technique adéquate, elle **défavorise les petites et moyennes entreprises.** En effet, peu de marchés qui font l'objet d'avis d'appel d'offres publiés au Journal Officiel des Communautés européennes sont divisés par lots.

❑ **L'existence de partages de marché tacites ou réglementés,** dans certains secteurs économiques ainsi que l'existence de préférences en faveur de certaines entreprises au niveau national et surtout régional, altèrent une application des règles communautaires.

Les solutions existantes ou à envisager

❑ **Dans le domaine de la transposition,** le rôle de la Commission s'avère primordial. Chaque disposition de mesures adoptées sur le plan national sera examinée en profondeur, en étroite collaboration avec les autorités compétentes des Etats membres.

A ce sujet, il est important de mentionner :

- d'une part l'arrêt « Francovitch - Bonifaci » du 19 novembre 1991 dans lequel la Cour a consacré le principe selon lequel les Etats membres doivent réparer les dommages subis par les particuliers du fait de la non-transposition (ou de la mauvaise transposition) d'une directive en droit national, et
- d'autre part, l'arrêt « Fratelli Costanzo » du 22 Juin 1989 dans lequel la Cour a affirmé que les acheteurs publics (centraux ou locaux) sont tenus d'appliquer les dispositions des directives a même

d'être invoquées par les particuliers devant les juridictions nationales en écartant celles du droit national non conformes.

❑ **Dans le domaine de l'application,** plusieurs actions sont à noter :

a) L'application de la directive harmonisant les voies et les moyens de recours dans les Etats membres, pour assurer l'application des directives « fournitures » et « travaux » (à partir du 21 décembre 1991) et « services » (à partir du 1er juillet 1993). Elle impose aux Etats membres de mettre en place des procédures de recours efficaces et aussi rapides que possible, à l'encontre de décisions violant le droit communautaire dans le domaine des marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

La directive prévoit une procédure permettant à la Commission des Communautés européennes d'intervenir en cas de violation claire et manifeste des règles communautaires avant la conclusion du contrat.

b) L'adoption par le Conseil de la directive harmonisant les voies et les moyens de recours pour assurer l'application des directives « eau, énergie, transports, télécommunications ». Cette directive porte le code 92/13/CEE (JOCE n° L 76 du 23.03.1992). Ses mesures de transposition entrent en vigueur aux mêmes dates que celles de la directive 90/531/CEE. Elle prévoit :

- à l'instar de la directive précédente, *des recours efficaces et rapides* permettant, soit de prendre des mesures provisoires visant à corriger la violation alléguée ou des mesures de suspension de la procédure de passation de marché, voire d'annuler les décisions illégales, soit de prendre par voie de référé, toute autre mesure ayant pour but, notamment, d'émettre un ordre de paiement d'une somme représentant au moins 1 % de la valeur du marché, dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée,

- *d'accorder des dommages-intérêts.* La personne présentant une demande de dommages-intérêts doit prouver qu'il y a eu violation et que cette violation a compromis ses chances d'obtenir le marché.

- *Un système d'attestation,* délivré par des tiers assermentés, dans le but de fournir une confirmation objective que les systèmes de passation de marchés sont équitables et non discriminatoires et qu'ils tiennent compte des obligations imposées par la législation communautaire aux entités adjudicatrices ;

- *le même mécanisme correcteur* par le biais d'une intervention de la Commission, que celui défini par la directive précédente ;

- *une procédure de conciliation* au sein des comités consultatifs « marchés publics et télécommunications », permettant aux parties qui le souhaiteraient de régler leurs différends sans recourir aux tribunaux.

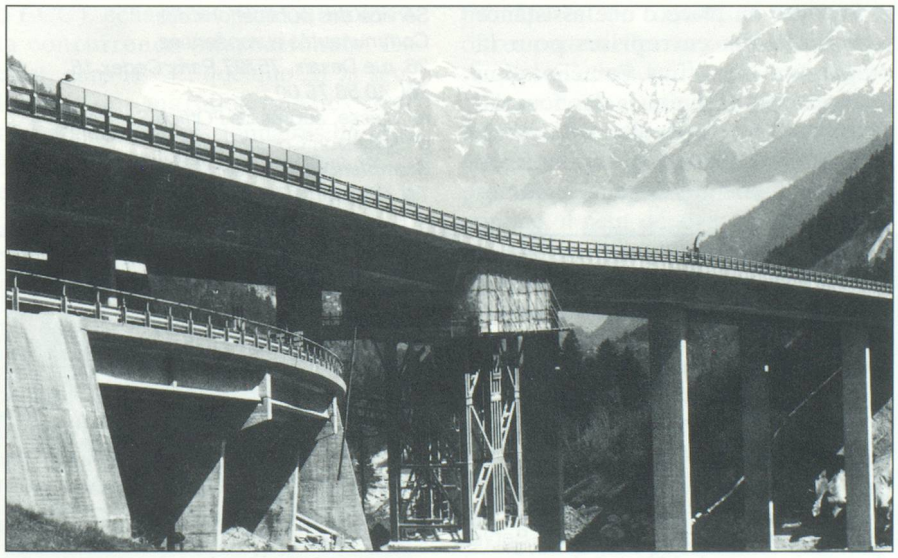
- L'intervention de la Commission des Communautés européennes auprès des Etats membres, au titre de l'article 169 du traité CEE.

Tout fournisseur, entrepreneur ou prestataire de services qui s'estime lésé par une décision illégale d'un pouvoir adjudicateur, peut, le cas échéant, simultanément à un recours devant un tribunal national mais sans que ce recours soit un préalable, introduire une plainte auprès de la Commission. Cette plainte peut être traitée confidentiellement et n'implique aucuns frais de dossier. Pour garantir l'efficacité de l'action de la Commission, la plainte devrait être introduite avant la signature du contrat, au plus tard au stade de la comparaison des offres.

c) La subordination du financement de projets et de programmes par les instruments structurels des institutions communautaires au respect des règles communautaires dans le domaine des marchés publics.

Les administrations nationales sont les premières concernées par une application efficace des règles « marchés publics ». A cet égard, il serait souhaitable :

- d'améliorer tant en volume qu'en qualité, les capacités de contrôle en les assortissant de sanctions efficaces,
- d'accorder la priorité aux contrôles préventifs,



...« L'ouverture des marchés publics constitue donc un véritable enjeu, non seulement pour les acheteurs publics ou semi-publics... mais également pour les entreprises qui, par leur attitude dynamique, démontreront leur intérêt à cette ouverture. »

- que soient lancées des actions de formation des milieux professionnels concernés.

d) Dans le domaine de l'information des fournisseurs, des entrepreneurs et des prestataires de services, plusieurs actions sont en cours pour leur permettre d'améliorer leurs connaissances de l'environnement juridique créé par la Communauté et par chaque Etat membre pour la passation des marchés publics.
A cet effet, un « guide des marchés publics » par Etat membre sera publié dans les 9 langues communautaires. En outre, la Commission des Communautés européennes a réalisé un vidéogramme sur les marchés publics et développe un ensemble de séminaires de formation destinés aux entreprises et aux pouvoirs adjudicateurs.

e) La Commission a lancé une initiative visant à simplifier la rédaction des avis de marchés publiés au Journal Officiel des Communautés européennes, grâce à des formulaires standards. Les entreprises intéressées pourront ainsi mieux comprendre les exigences requises pour une participation éventuelle à un marché, grâce au langage commun qui sera utilisé dans les formulaires standards.

f) La Commission a adopté, le 7 mai 1990, une communication au Conseil des ministres en faveur de la promotion de la participation des PME aux marchés publics dans la Communauté.
Cette communication préconise notamment les mesures ci-après qu'il est recommandé aux Etats membres et aux entreprises elles-mêmes de prendre :
- la répartition des grands contrats en lots ;
- le développement des différentes formes d'association ou de coopération : entreprises communes, coopératives, groupements d'intérêt économique, groupements momentané de fournisseurs ou d'entrepreneurs, accords de spécialisation, accords de recherche et de développement. L'utilisation par les entreprises du réseau BC - NET développé par le Centre de rapprochement des entreprises de la Commission des Communautés européennes ainsi que leur participation aux programmes EUROPARTENARIAT et PRISMA, devraient jouer un rôle positif pour le développement des associations ou des coopérations ;
- la promotion de la sous-traitance ;
- la simplification et l'harmonisation des documents exigés par les acheteurs publics pour la comparaison des offres ;
- la création d'un réseau transeuropéen de services électroniques permettant la transmission rapide des propositions d'offres ;
- le développement du recours aux Euro Info Centres par les entreprises ;
- etc.

Une seconde communication au Conseil a été adoptée le 1er juin 1992 par la Commission au sujet de la participation des PME aux marchés publics. Outre les thèmes mentionnés ci-dessus, elle évoque également, entre autres questions, la problématique des délais de paiement ainsi que le programme d'études mené par la Commission dans le domaine des SIMAP (systèmes d'information des marchés publics).

g) La mise en place d'une assistance technique aux entreprises pour la préparation des offres, l'amélioration des capacités techniques des fournisseurs, des entrepreneurs et des prestataires de services pour répondre de façon adéquate aux besoins légitimes des acheteurs publics, ainsi que l'amélioration de la qualité des produits et de leur commercialisation, constituent des actions primordiales pour développer l'accès des entreprises aux marchés publics de la Communauté et instaurer un climat de confiance dans leurs relations avec les acheteurs publics.

La Commission a lancé, le 8.02.91, le programme PRISMA qui vise à financer des programmes opérationnels élaborés par les Etats membres et destinés à mettre en œuvre les actions précitées.

L'ouverture des marchés publics constitue donc un véritable enjeu, non seulement pour les acheteurs publics ou semi-publics qui devront s'efforcer d'adapter leur comportement aux règles communautaires sur les marchés publics, mais également pour les entreprises qui, par leur attitude dynamique, démontreront leur intérêt à cette ouverture. ■

N.B. : Ce texte est extrait de la brochure « L'ouverture des marchés publics » publiée au Printemps 1993 par la Commission des Communautés européennes, Direction Générale Marchés intérieur et affaires industrielles. Réf. ISBN 92-826-5131-2. Brochure disponible :
en France, auprès du Journal Officiel, Service des publications des Communautés européennes, 26, rue Desaix, 75727 Paris Cedex 15. Tél. 40 58 75 00 ;
en Suisse, auprès de l'Office Suisse d'Expansion Commerciale, Stampfenbachstrasse 85, 8035 Zurich. Tél. 01/365 54 49.

Le Service Juridique de la Chambre de Commerce Suisse en France
a publié ces derniers mois quelques
notes d'information
(dont exemples ci-contre) rédigées pour répondre rapidement à certaines questions qui lui sont posées fréquemment.
Pour obtenir la liste de ces notes ainsi que leur prix :
adressez votre demande au Service Juridique de la Chambre de Commerce Suisse en France, 10, rue des Messageries, 75010 Paris.
Tél. 48 01 05 91 - Fax 48 01 05 75

① Chantier en Suisse par une société française (15 p.)
② Chantier en France par une société suisse (14 p.)
③ Vente et installation de matériel en France par une société suisse (8 p.)
④ Embauche par une société suisse d'un directeur des ventes en France (20 p.)
⑤ Statut de l'agent commercial en France (14 p.)
⑥ Statut de l'agent commercial en Suisse (14 p.)
⑦ Les entreprises suisses et la TVA en France (14 p.)