

Passation de marchés publics et législation de l'UE

Heide Rühle, MPE groupe Verts/ALE

Plus de 16 % du produit intérieur brut, ou plus de 1500 milliards d'euros¹ : c'est le chiffre d'affaires annuel des marchés publics de biens et de services dans l'Union européenne². Dans la mesure où les administrations publiques ne sont pas en mesure de fabriquer ou de fournir elles-mêmes ces marchandises et ces services, elles sont obligées de les acquérir auprès de sources extérieures.

Les autorités publiques ont besoin de ces biens pour pouvoir accomplir leurs missions, cela ne fait aucun doute. Toutefois, en dehors de leur pouvoir d'achat supérieur, elles ne sont pas des acteurs du marché comme les autres, elles ne peuvent pas simplement se prévaloir de l'autonomie de la volonté, mais, dans la mesure où elles gèrent des deniers publics, elles ne devraient pas perdre de vue les défis politiques majeurs auxquels nous sommes confrontés : la gestion de la crise économique et financière mondiale, le changement climatique et la paupérisation croissante dans les pays du sud.

Le respect des normes internationales de l'OIT (Organisation internationale du travail), telle que l'interdiction du travail des enfants, ou les objectifs d'économie d'énergie et d'efficacité énergétique ne vont pas à l'encontre des règles européennes en matière de passation de marchés publics, comme on l'on entend trop souvent en Allemagne. Contrairement aux (anciennes) réglementations allemandes, les directives-cadre européennes ont permis depuis le début de tenir compte de normes écologiques et sociales dans la passation de marchés publics, dès lors qu'elles respectaient les règles du marché intérieur.

Les règles européennes en matière de marché intérieur

L'objectif de la législation communautaire est la création d'un marché unique³. Dans ce cadre, il est interdit aux États membres de discriminer, directement ou indirectement, les ressortissants

¹ Selon les indications du Fonds monétaire international pour l'année 2006, le PIB nominal en millions de dollars US, sur la base du taux de change d'octobre 2007, est pour l'UE de 14 609 840 millions de dollars US.

² Même si une bonne partie de ce montant est dépensée pour des équipements de défense, qui ne sont, à ce jour, pas encore soumis aux directives en matière de marchés publics. Toutefois, une proposition de directive européenne en matière de marchés publics a été soumise récemment à cet égard.

³ La réalisation du marché européen/marché unique est, selon les traités européens actuellement en vigueur, l'objectif premier, parce qu'on en attend le plus grand bénéfice pour le progrès de l'intégration européenne – en particulier dans la perspective d'une paix durable.

d'autres États membres en raison de leur nationalité. Ils doivent en outre respecter les quatre libertés (principe du marché unique), à savoir la libre circulation des marchandises, des personnes, des capitaux et la libre prestation de services, et se conformer au principe de transparence.

Pour assurer la mise en œuvre de ces droits primaires, l'Union européenne, c'est-à-dire la Commission européenne, le Parlement européen et les représentants des États membres européens, a notamment adopté les directives en matière de marchés publics⁴ qui fixent les conditions pour la passation de marchés publics au-dessus de certains seuils⁵ précisément définis. En dessous de ces seuils, la passation de marchés publics est principalement soumise aux réglementations nationales, dans la mesure où celles-ci ne sont pas contraires aux règles générales du marché unique – cela correspond aux principes de subsidiarité et de proportionnalité énoncés dans les traités européens, selon lesquels l'Union européenne ne doit statuer que sur les questions touchant la réalisation du marché unique⁶.

Achats durables – Critères écologiques, sociaux et éthiques

En matière de marchés publics, l'Union européenne n'oblige AUCUNEMENT les États membres à entrer dans une course au moins disant! S'il est possible de choisir l'offre la moins coûteuse lors de la passation d'un marché public, il y a, au même titre, la possibilité d'identifier l'offre la plus économique dans une procédure transparente.

Les anciennes règles⁷ permettaient déjà d'introduire des critères sociaux et écologiques dans les appels d'offres de marchés publics de fournitures et de services – si cette possibilité n'était pas expressément mentionnée, elle n'était pas non plus exclue. Ainsi, deux communications de 2001 publiées au Journal officiel de l'Union européenne expliquent dans le détail l'introduction de critères sociaux et écologiques⁸.

⁴ Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, et directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

⁵ Seuils actuels : 412 000 euros pour les marchés de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports, 206 000 euros pour les autres types de marchés de fournitures et de services, ainsi que 5 150 000 euros pour les marchés de travaux et les concessions de travaux.

⁶ Article 5, paragraphe 2 CE. Ces principes doivent, en premier lieu, servir à la préservation des identités des États membres et à créer davantage de proximité (principe des compétences d'attribution et principe d'intervention minimale).

⁷ Directive 92/50/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, directive 93/36/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, et directive 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux

⁸ Dans les traités encore en vigueur à ce jour, les objectifs de protection de l'environnement, de protection sociale et, à l'article 177 des traités européens, l'objectif du développement durable sont certes des objectifs dits secondaires, mais ils n'en sont pas moins ancrés dans le droit primaire. Le nouveau traité de réforme de Lisbonne renforce en outre leur importance.

Le préambule aux nouvelles directives, révisées en 2004, souligne désormais la jurisprudence de la Cour de justice européenne :

« La présente directive est fondée sur la jurisprudence de la Cour de justice, en particulier la jurisprudence relative aux critères d'attribution, qui précise les possibilités pour les pouvoirs adjudicateurs de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, y compris dans les domaines environnemental et/ou social, pour autant que ces critères soient liés à l'objet du marché, ne confèrent pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, soient expressément mentionnés et respectent les principes fondamentaux visés au considérant 2 »⁹.

Et les articles 38 et 26 des nouvelles directives européennes en matière de passation de marchés publics (2004/17/CE et 2004/18/CE) prévoient expressément la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de prescrire des conditions pour l'exécution d'un marché. On y lit :

« Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales » (article 38).

Et :

« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire et qu'elles soient indiquées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales » (article 26 de la directive 2004/18/CE).

Toutefois, les critères non économiques doivent remplir les conditions suivantes :

- ils doivent être liés à l'objet du marché,
- ils ne doivent pas conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur,
- ils doivent être expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché,
- ils doivent respecter tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment l'interdiction de discrimination.

Pour aider à appliquer correctement ces règles, la Commission a publié des guides sur la passation de marchés écologiques (Green Procurement) sur son site Internet (voir <http://ec.europa.eu/environment/gpp>)¹⁰ et adopté une communication sur les marchés publics

⁹ Notamment la liberté d'établissement et la libre circulation des services et les principes qui en découlent, ainsi que les principes d'égalité, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité et de transparence (préambule 2).

¹⁰ Pour la Commission européenne et pour d'autres institutions européennes, notamment les « achats verts » sont considérés comme une priorité politique essentielle. Cela se reflète dans de nombreux documents politiques (p. ex. le rapport Kok), guides et initiatives en faveur du « green procurement », en particulier de la DG Environnement heide.ruehle@europarl.europa.eu - www.heide-ruehle.de

écologiques¹¹. D'autres guides de ce type, visant des critères sociaux et éthiques (Fair Procura), sont en cours d'élaboration. La Commission a commandé une étude à cette fin, et le 19 avril dernier, une conférence a eu lieu à Bruxelles à ce sujet.

Le 5 février 2009, la Commission européenne a publié une communication¹² qui non seulement reconnaît la pertinence du commerce équitable et du label « commerce équitable », mais clarifie aussi, pour la première fois, que les institutions publiques peuvent privilégier les produits issus du commerce équitable dans le cadre des directives européennes en matière de marchés publics :

« Les règles européennes ... interdisent aux pouvoirs adjudicateurs ... d'exiger des labels spécifiques, car cette pratique limiterait les possibilités d'achat de produits qui ne bénéficient d'aucune certification de cette nature ...

Si un pouvoir adjudicateur a l'intention d'acheter des produits du commerce équitable, il peut définir, dans le cahier des charges, les critères de durabilité pertinents, qui doivent être liés à l'objet du marché et être conformes aux autres règles pertinentes de l'Union en matière de marchés publics, y compris aux principes fondamentaux d'égalité de traitement et de transparence. Ces critères doivent avoir trait aux caractéristiques ou aux performances des produits (par exemple, du verre produit à partir de matériaux recyclés) ou à leur processus de production (par exemple, des produits issus de l'agriculture biologique) »...

« Des critères environnementaux et sociaux peuvent également être incorporés dans les clauses d'exécution, à condition qu'ils soient liés à l'exécution du marché en cause (par exemple, le versement d'un salaire minimal aux travailleurs intervenant dans l'exécution du marché) ».
(Pages 9/10 de la communication).

État d'avancement de la transposition dans les États membres

Les directives en matière de marchés publics étaient à transposer dans la législation nationale avant le 31 janvier 2006. En 2007, seuls 20 des 27 États membres l'avaient fait. Dans un rapport du 11 juin 2007, le Parlement européen a critiqué ce retard dans la mise en œuvre¹³ et exigé la transposition complète et correcte des directives. Les raisons principales qui nous ont été don-

(http://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm). La Commission européenne a en outre recommandé des plans d'actions aux États membres pour des achats écologiques – l'Allemagne les a refusés, mettant en avant la structure fédérale de l'État, ainsi qu'un conflit entre les objectifs quantitatifs pour les achats écologiques et la pratique d'achats économiques des autorités publiques.

¹¹ Communication de la Commission relative à des marchés publics pour un environnement meilleur, COM(2008) 400 du 16 juillet 2008.

¹² Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen. Contribuer au développement durable : le rôle du commerce équitable et des systèmes non gouvernementaux d'assurance de la durabilité liés au commerce, COM(2009) 215 du 5 mai 2009.

¹³ A6-0226/2007

nées pour le défaut de transposition sont les suivantes : manque de compétence juridique au niveau national, manque de ressources humaines et absence de volonté politique. Un rapport de la Banque mondiale montre que les problèmes liés à la corruption subsistent et sont même en augmentation.

Dans ce rapport, adopté à une large majorité par le Parlement, la rapporteure responsable, Arlene McCarthy (socialiste britannique, présidente de la commission du Marché intérieur et des consommateurs) exige :

- d'utiliser les achats publics avant commercialisation davantage comme moteur pour l'innovation,
- d'élaborer, à l'instar du manuel de la Commission sur l'application de critères environnementaux, un manuel / guide pour l'application de critères sociaux,
- de développer un système de gestion et de promouvoir la formation des responsables et leur coordination au sein des réseaux européens,
- et de passer, pour les marchés publics, d'une approche budgétaire à une approche centrée sur les résultats qui envisage les coûts sur la totalité du cycle d'un projet.

Transposition en Allemagne

Le gouvernement fédéral a également mis beaucoup de temps pour transposer les directives en matière de marchés publics en droit national. Ce n'est que le 23 avril 2009 que la loi sur la modernisation du droit des marchés publics est entrée en vigueur. Elle permet (comme les directives-cadres européennes) pour la première fois expressément la prise en compte d'« aspects sociaux, environnementaux et innovants, dès lors qu'il existe un lien factuel avec l'objet du marché et qu'ils résultent du cahier des charges. »¹⁴ Pour la première fois également a été introduite la possibilité d'exclure tout soumissionnaire ayant fait l'objet d'un jugement à caractère définitif selon la législation de l'État membre concerné pour des délits remettant en question sa fiabilité professionnelle. L'obligation d'égalité entre les sexes (gender mainstreaming) n'a, hélas, pas été prise en compte, alors qu'il aurait été possible de l'ancrer dans la loi, au-delà des dispositions communautaires. – Il s'agit, malgré tout, d'un premier pas important.

Aujourd'hui, il est important de concevoir les règlements en matière de marchés publics dans les Länder en accord avec ces principes et, aussi, de regarder de plus près les cahiers de prescriptions des commissions d'appels d'offres. Fort compliqué, le droit allemand des marchés publics (principe dit « en cascade ») ne permet que difficilement d'évaluer l'application correcte des règles fixées par l'Union européenne, ce qui contribue considérablement à l'insécurité juridique en Allemagne en matière de marchés publics.

La mauvaise interprétation de réglementations européennes contribue cependant également à l'insécurité juridique. Il serait d'autant plus important d'élaborer aujourd'hui, conformément

¹⁴L'article 1 de la Loi sur la modernisation du droit des marchés publics (« Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechtes »), publiée au BGBl n° 20 du 23 avril 2009, concerne la modification de l'ancien article 97, paragraphe 4. heide.ruehle@europarl.europa.eu - www.heide-ruehle.de

aux recommandations du Parlement européen¹⁵ du 11 juin 2007, un système de gestion des marchés publics qui permet de former les responsables dans le cadre des marchés publics et d'informer correctement sur les réglementations européennes. D'autres États membres (p. ex. la Grande Bretagne) sont bien plus avancés à ce niveau.

¹⁵ A6-0226/2007