

*II. a) The Social Partners*

**Union of Industrial and  
Employers' Confederations  
of Europe (UNICE)**

**COMMENT ON AND PROPOSALS FOR CHANGES TO THE DRAFT  
REVISED PUBLIC PURCHASING CLASSICAL [COM(2000) 275 FINAL]  
AND UTILITIES [COM(2000) 276 FINAL] DIRECTIVES  
[BOTH DATED 10 MAY 2000]**

1. UNICE welcomes the proposed revision of the classical sector directives. The elimination of unnecessarily ambiguous wording, the logical structure, the addition of titles, and the introduction of provisions aiming to permit Contracting Authorities to conduct their purchasing in line with the best of modern commercial practice, are especially applauded. UNICE wishes to pay tribute to all who have contributed to the content of the new draft over the two years since the publication of the Commission's Communication.
2. That being said, UNICE believes that there are some areas where the new draft Classical directive can be improved, and one in particular - complex contracts - where modification is essential for the directive to function as it is intended.
3. UNICE also welcomes the revisions to the Utilities directive, especially the provisions for exclusion of those that are subject to a fully competitive environment. Once again, however, there are areas where improvement is possible and, in some cases, most desirable for the directive to function as intended.
4. Two main areas are discussed in detail later in this paper:
  - Complex contracts – Classical sector *Section 9*
  - Electronic tendering – both sectors *Section 10*
5. Two areas not discussed here in detail will be the subject of future UNICE papers:
  - 5.1 **Public-Private Partnerships (PPPs)** – both sectors  
The use of Public-Private Partnerships is growing throughout Europe, injecting private skill and capital into a variety of activities. The EU public purchasing framework needs to be updated to some extent in order to take this evolution into consideration.
  - 5.2 **Affiliated undertakings** – both sectors *Classical Article 78 (2); Utilities Article 26*  
Economic operators which are themselves controlled by public authorities are free to compete in public procurement. That raises a number of concerns, some of which go beyond the scope of public procurement.
6. Utilities Article 26 (“*Service contracts awarded to an affiliated undertaking or to a contracting entity forming part of a joint venture*”) has not been changed despite representations from various quarters. UNICE recognises the difficulties but recommends strongly that this area should be revisited in consultation with all parties.
7. UNICE proposes some minor improvements to six other areas:
  - 7.1 **Framework agreements** – Classical sector *Article 32*

UNICE has concerns that false pricing in the first stage may distort the market; that dominant contracting authorities may exert undue price pressure in the second stage; and that the concept of effectively two award procedures for one contract is not satisfactory. UNICE, having considered the working document prepared by the French Presidency (SN 4075/00 [MAP] OF 19 OCTOBER 2000) follows with interest the further drafting of Art.32. UNICE supports the intention to introduce framework agreements into the classical sectors. We strongly recommend that the EU simply adopts the provisions on framework agreements in the existing utilities directive ( Art.1 para 5 and Art.5.) The huge advantage of importing the rules from the utilities sector into the classical sector is that we know they will work. Purchasers and suppliers have good experience of operating under these rules and indeed the Commission is clearly satisfied that they are effective since it has incorporated them unchanged into the new Utilities directive.

#### 7.2 **Exclusion of Utilities** – Utilities sector *Articles 2(3) and 29*

The provisions of Article 29 are most welcome; they should help substantially in achieving the objectives of the directive. There is, however, concern that the process may take too long and thought should be given to a mechanism whereby a Utility could initiate the procedure if it believed that it would qualify.

#### 7.3 **Use of standards** – both sectors *Classical Article 24; Utilities Article 34*

The possibility that a specification can contain a mixture of functional requirements and standards – contemplated in the Explanatory Memorandum – should be made clear. Where safety considerations are involved, a contracting entity should be permitted to insist that specific standards be met. Any such mandatory standards must be identified in the call for tenders and accompanied by a brief explanation of the reasons therefore.

#### 7.4 **Purchase of primary fuels** - Utilities sector *Article 27*

The old directive exempted the purchase of primary fuel and water from the directive; the new version exempts only primary water.

The principle is sound: with competitive sellers in the fuel market, the directive should apply. But the need to publish information about future plans could play into the hands of the fuel cartels. There is a balance to be struck between a sound principle and harsh reality.

UNICE recommends that primary fuel should continue to be included in Article 27.

#### 7.5 **Social aspects** – both sectors *Classical Recital 22; Utilities Recital 32*

Whilst UNICE endorses social measures, it is convinced that the public purchasing directives are the wrong place to pursue them. Social aspects unrelated to economic value to the purchaser can all too easily distort competition and become tools for discriminatory purchasing.

#### 7.6 **Nomination of subcontractors** – both sectors *Classical Article 26; Utilities Article 37*

Past experience has shown that a requirement to nominate subcontractors is, except in special cases, unsatisfactory, and does nothing to help SMEs. The circumstances in which it is of benefit relate to crucial elements of the work, when it is reasonable that the contracting entity will want to know who will be

responsible for it. UNICE recommends that the directives should restrict nomination to such justifiable elements.

8. It would be of benefit - especially to SMEs - if the plethora of timescales could be simplified without, of course, reducing them. UNICE has presently not addressed this point in its suggested amendments to the text of the directive.

---

### **Detailed discussions**

---

Being in agreement with most of the text, UNICE has concentrated in this paper on those parts where there are issues of substance. Each section in the rest of this paper consists of an explanation followed by suggested amendments to the text of the directive.

#### **9. Complex contracts** - Classical sector *Article 30*

- 9.1 UNICE supports the intention to permit negotiation between a contracting authority and candidates in complex contracts. But some aspects of the procedure make UNICE's support for the proposal in its present form impossible. Those aspects are the present proposals for outline solutions prior to selection and those implied for the final stage: neither of them will work. UNICE feels that the complexity, cost – both for the contracting authority and for the candidates – and skill required in negotiating complex contracts have been underestimated.
- 9.2 The structure and wording of Article 30 make it difficult to understand; a clearer text may remove the unsatisfactory aspects. Furthermore, the Explanatory Memorandum (paragraph 3.8) is not wholly consistent with the wording of the directive itself and needs to be changed; some of the concerns expressed in this paper flow from that inconsistency.
- 9.3 The directive contemplates a call for expressions of interest followed by a selection process to reduce the candidates to a manageable number. As part of that process, a contracting authority can seek outline solutions before preparing the short-list of selected candidates. The cost of preparing an outline solution can be significant, and it is generally unrealistic to ask candidates to incur that expense as a preliminary to selection. Such work must be reserved for the negotiation phase after selection, thereby maintaining the separation between criteria for selection and those for contract award.
- 9.4 The directive – and, in particular, the Explanatory Memorandum - then contemplates that, once all the technical and commercial proposals have been submitted, the contracting authority will produce a final requirement specification based on one - or an amalgam of - the submitted proposals, before asking the candidates to quote against that.
- 9.5 That will not work.
- 9.6 There are two reasons why not:
  - 9.6.1 in complex projects, it is unrealistic to expect one supplier to quote for a solution based on another's techniques. Such a tactic is, in any case, already prevented in other procedures by the prohibition of specifications which include proprietary products.

- 9.6.2 candidates submit their technical and commercial proposals under conditions of confidentiality, prohibiting their disclosure in whole or in part without the candidate's express consent.
- 9.7 Although not explicitly provided in Article 30, any suggestion (see the Explanatory Memorandum section 3.8, last paragraph but two) that proprietary parts of candidates' solutions should be combined or used as a basis for tenders by other participants must be expressly excluded. Performance-based requirement specifications are the way in which that is achieved.
- 9.8 If a contracting authority is genuinely unable to state its requirements with sufficient clarity to permit relevant proposals to be formulated, then it should carry out appropriate studies – at its own expense - so that it can do so. By the same token, contracting authorities should provide adequate compensation to the selected candidates for the additional costs involved in this procedure.
- 9.9 UNICE is aware of the misgivings of the construction industry.
- 9.10 UNICE's concept for the procedure can be summarised thus:
- Step 1: The contracting authority sets out its requirements clearly so that candidates will be able, with the aid of the negotiations, to respond technically and commercially. The contracting authority should aim for clarity, not detail. At the same time it sets out the selection and award criteria.
- Step 2: A limited number of candidates for the negotiation phase is selected using the selection criteria already established, but without the imposition of a requirement for costly outline solutions. A two-stage selection process for limiting the number of candidates may be used if necessary.
- Step 3: The selected candidates work up their technical and commercial proposals, negotiating with the contracting authority as required to be sure that their proposals would in principle be acceptable.
- Step 4: The contracting authority confirms the original award criteria or, if it has become apparent that changes are necessary, advises the candidates accordingly, giving the reasons for the changes, and affording them adequate opportunity to revise their proposals in the light of those changes
- Step 5: All the participants in the negotiation phase – but no others – are invited to submit a formal “best and final” offers based on their own proposals at the end of that phase.
- 9.11 Once the best and final offers have been invited, there must be no more negotiation – on price or on any material matter.
- 9.12 Absolute confidentiality must be maintained throughout the procedure and afterwards; no candidate's or tenderer's (as the case may be) technical or commercial information may ever be disclosed, in whole or in part, to anyone else without the candidate's or tenderer's express consent. Information which must be disclosed by law is, of course, an exception to this rule.

	abnormally low tenders shall be applicable.
<u>The conditions shall be set out in the contract notice or in the document specifying the authority's requirements; however, if an outline solution is not required, they may be specified in the invitations to participate in the negotiation phase.</u>	
5. <u>Contracting authorities which have not required the request to participate to be accompanied by an outline solution may, in the invitations to be negotiated, ask that an outline solution be submitted. The time-limit for this submission shall be appropriate to the complexity of the needs which outline solutions are invited to meet and, in any case, may not be less than 25 days from the date of dispatch of the invitations.</u>	
6. The purpose of negotiation with the selected candidates shall be solely to discuss and define the means best suited to meeting the needs of the contracting authority.	6. The purpose of negotiation with the selected candidates shall be solely to discuss and define the means best suited to meeting the needs of the contracting authority.
<u>During negotiation, the contracting authorities may not disclose to the other participants the solutions proposed or any other confidential information given by a participant.</u>	The contracting authorities may not <b>at any time</b> disclose to the other participants <b>or elsewhere, except to such minimum extent as may be required by law,</b> the solutions proposed or any other confidential information given by a participant <b>without the express consent in writing of that participant.</b>
7. <u>After announcing the end of negotiations and informing all the participants thereof, the contracting authorities shall check, by applying the selection criteria already set in accordance with paragraph 2, whether the candidates' economic, financial and technical capacity is appropriate to the technical solution specified in the final contract documents. Where the economic, financial or technical capacity of one or more candidates, as proven at the request to participate in negotiations, is not appropriate to the technical solution, contracting authorities shall make a written request to the candidates concerned to present the necessary documentation to allow a check to be carried out, on the basis of the above mentioned criteria, as to whether they have the capacity adapted to the retained technical solution. Article 44(5) shall apply.</u>	7. After announcing the end of negotiations and informing all the participants thereof, the contracting authorities shall <b>send out invitations to all the selected participants, but to no others, to submit tenders</b>
The invitations to submit a tender shall be drawn up in accordance with Article 40 and sent in writing. <u>They shall be accompanied by the definitive contract documents setting out the technical specifications in accordance with Article 24.</u>	The invitations to submit a tender shall be drawn up in accordance with Article 40 and sent in writing.  <i>[UNICE note: Article 40 may need to be amended.</i>
In accordance with Article 45(2), the number of	In accordance with Article 45(2), the number of

1. PROPOSED TEXT REVISIONS TO PROPOSAL COM (2000) 275 FINAL/2 OF 30.8.2000	
<b>2. Existing text</b> <i>Deleted words are <u>underlined</u></i>	<b>3. UNICE proposal</b> <i>New words are <b><u>bold underlined</u></b></i>
<i>Article 30</i>	<i>Article 30</i>
<i>Specific rules on particularly complex public contracts</i>	<i>Specific rules on particularly complex public contracts</i>
1. In the cases referred to in point (b) of Article 29(1), the contracting authorities shall publish a contract notice, <u>choose</u> the candidates and negotiate with them the means and the solutions best suited to meeting their needs. They shall <u>then draw up the contract documents, check that the candidates' capacity is appropriate to the retained technical solution and invite all the candidates or a restricted number thereof to submit a tender and they shall assess the tenders, without negotiation, on the basis of the criteria established to determine the most economically advantageous tender.</u>	1. In the cases referred to in point (b) of Article 29(1), the contracting authorities shall publish a contract notice, <b><u>setting out their requirements as clearly as possible, select</u></b> the candidates and negotiate with them the means and the solutions best suited to meeting their needs. <b><u>Finally, they shall invite all the candidates which participated in the negotiation to submit their best and final offers on the basis of their own proposals developed during the negotiation phase.</u></b> They shall assess the tenders, without negotiation, on the basis of the criteria <b><u>normally established at the outset</u></b> to determine the most economically advantageous tender.
2. The contracting authorities shall state in the contract notice all the conditions which the economic operators must fulfil in order to be admitted to the award procedure. These conditions shall consist	2. The contracting authorities shall state in the contract notice all the conditions which the economic operators must fulfil in order to be admitted to the award procedure. These conditions shall consist
(a) <u>either of only</u> the information specified in accordance with the provisions of Article 44 and those on qualitative selection criteria referred to in Articles 46 to 52	of the information specified in accordance with the provisions of Article 44 and those on qualitative selection criteria referred to in Articles 46 to 52
(b) <u>or of this information and the obligation to present an outline solution and, if necessary, an estimate of the costs of its implementation.</u>	
The <u>qualitative</u> selection criteria defined in the contract notice shall remain unchanged throughout the award procedure.	The selection criteria defined in the contract notice shall remain unchanged throughout the award procedure.
Under Article 45(2) the contracting authorities may decide to invite a restricted number of candidates meeting the selection criteria to negotiate. In this case, they shall announce this in the contract notice and reduce the number of invited candidates objectively on the basis of <u>the</u> selection criteria set out in the same notice.	Under Article 45(2) the contracting authorities may decide to invite a restricted number of candidates meeting the selection criteria to negotiate. In this case, they shall announce this in the contract notice and reduce the number of invited candidates objectively on the basis of selection criteria set out in the same notice.

<p><u>When an outline solution is requested, the contracting authorities may define their requirements concerning the economic operators' financial and economic standing, as provided for in Article 48, in terms of percentages of the estimated value of the outline solutions to be presented by the various candidates, and the requirements concerning their technical capability and experience, as provided for in Article 49, according to the skills and experience required to compile the outline solutions.</u></p>	<p><b><u>No outline solution may be required from the candidates prior to their selection for participation in the negotiation phase.</u></b></p>
<p>3. Contracting authorities shall set out their needs and requirements in terms of objectives to be achieved and, if necessary, in terms of performance or functional requirements. These needs shall be set out <u>in the most detailed manner possible.</u></p>	<p>3. Contracting authorities shall set out their needs and requirements in terms of objectives to be achieved and, if necessary, in terms of performance or functional requirements. These needs shall be set out <b><u>as clearly as possible.</u></b></p>
<p>The requirements thus defined shall serve as a basis <u>for the formulation of the outline solutions and the cost estimates, where requested, and for the negotiation.</u></p>	<p>The requirements thus defined shall serve as a basis for the negotiation.</p>
	<p><b><u>If, exceptionally, the contracting authority intends that there should be any matters to be negotiated after selection of a preferred candidate or after the award of the contract, the contracting authority shall negotiate agreement on the list of such matters with all the selected candidates immediately after their selection.</u></b></p>
	<p><b><u>The candidates shall work up their technical proposals, negotiating with the contracting authority as required to be sure that their proposals would be, in principle, acceptable, and, separately from these negotiations, their commercial proposals.</u></b></p>
<p>4. The award criteria shall be established in accordance with point (b) of Article 29(1) and with Article 53, and may not be amended in the course of the procedure <u>unless they</u> are no longer appropriate to the subject-matter of the contract as defined in the contract documents <u>after the negotiation phase.</u> Article 54 concerning abnormally low tenders shall be applicable.</p>	<p>4. The award criteria shall be established in accordance with point (b) of Article 29(1) and with Article 53, and may, <b><u>as a general rule,</u></b> not be amended in the course of the procedure.</p> <p><b><u>If, in very exceptional cases, the award criteria</u></b> are no longer wholly appropriate to the subject-matter of the contract as defined in the contract documents, <b><u>then the contracting authority shall advise all participants in the negotiation phase accordingly, giving the reasons for the amendments and affording the candidates adequate opportunity to revise their proposals.</u></b> Article 54 concerning</p>



<p>candidates invited to <u>submit bids</u> may not be less than three, provided that there is a sufficient number of suitable candidates meeting the selection criteria specified by the contracting authority.</p>	<p>candidates invited to <b>negotiate</b> may not be less than three, provided that there is a sufficient number of suitable candidates meeting the selection criteria specified by the contracting authority.</p>
<p>8. Time periods for receipt of tenders shall be fixed in accordance with Article 37.</p>	<p>8. Time periods for receipt of tenders shall be fixed in accordance with Article 37.</p>
<p>9. The contracting authorities <u>may</u> specify prices and payments to the participants. Such prices and payments shall be taken into consideration for the application of Article 8.</p>	<p>9. The contracting authorities <b>shall</b> specify prices and payments to the participants <b><u>in respect of their work in participating in the negotiation and preparing proposals</u></b>. Such prices and payments shall be taken into consideration for the application of Article 8.</p>

9.13. UNICE is aware of the Commission's new proposal for complex contracts annexed to this paper (see Annex I). This proposal widely meets the requests under para 9.1 to 9.12 above. UNICE would therefore support to further discuss the rules for complex contracts on the basis of this new proposal.

10 **Electronic tendering** – Both sectors *Classical Articles 37, 42 and 61; Utilities Articles 44, 47 and 62*

- 10.1 Clearly, electronic procurement is rapidly becoming a reality. Public authorities, public utilities and their suppliers must not be left out, and the proposals in the directive are welcome. Once the necessary legal provisions are in place to permit contracts without a hand-written signature but carrying the same level of authentication, the market will provide the infrastructure to carry out the processes without the need for EU or state assistance.
- 10.2 There is an urgency about this; the legal provisions and legislation enabling electronic public purchasing need to be introduced without waiting for the whole directive.
- 10.3 The techniques and practices of electronic procurement will no doubt continue to develop and the regime provided by the directives must be capable of adapting accordingly.
- 10.4 But UNICE is seriously concerned over confidentiality where electronic procurement procedures are used. There are two areas of vulnerability:
- 10.4.1 transmission
- 10.4.2 storage.
- 10.5 The underlying principle is that all information must at all times be safeguarded by appropriate means.
- 10.6 Transmission can be protected by encryption – provided that member and other states permit “strong” encryption – and concerns over the timing of tender opening can be addressed with time locks (electronic transmission) or escrow arrangements (fax transmission). That, whilst not trivial, can well be handled by technical or operational means.
- 10.7 The greater area of concern is storage of electronic information once it is in the possession of the public authority. Whilst most public authorities and

utilities doubtless have well tried procedures to safeguard paper-based information, that stored in computers has proven to be much more vulnerable. Suppliers must have confidence in the ability of public authorities to protect the confidentiality of their information .

10.8 UNICE proposes that there should be an express obligation, with provision for proof of effectiveness, on the contracting authority to protect information stored electronically at all times.

10.9 UNICE is also concerned over the use of the time saved by the use of electronic procurement. Whilst it may justifiably be said that, if all the benefit goes to the purchaser, the candidate is no worse off, there have been and remain concerns that the time limits are sometimes unduly short. Granted, there is an obligation on contracting authorities to provide sufficient time, but all too often the minimum becomes the norm.

10.10 UNICE therefore proposes that the time saving should be shared fairly between the candidates and the contracting authority

<u>PROPOSED TEXT REVISIONS</u>	
<i>Only the Classical sector directive is shown; the Utilities directive should be amended in the same way</i>	
<b>4. Existing text</b> <i>Deleted words are <u>underlined&gt;</u></i>	<b>5. UNICE proposal</b> <i>New words are <b><u>bold underlined</u></b></i>
<p><i>Communication</i></p> <p><i>Article 42</i></p> <p><i>Means of communication</i></p>	<p><i>Communication</i></p> <p><i>Article 42</i></p> <p><i>Means of communication</i></p>
<p>2 Communication and information exchange shall be carried out in such a way as to ensure that the integrity of data and the confidentiality of tenders and of all information supplied by economic operators are preserved, and that the contracting authorities only examine the content of tenders after the time-limit set for submitting them has expired.</p> <p><b>6.</b></p>	<p>7. 2 Communication and information exchange <b>as well as storage of data</b> shall be carried out in such a way as to ensure that the integrity of data and the confidentiality of tenders and of all information supplied by economic operators are <b>at all times</b> preserved, and that the contracting authorities only examine the content of tenders after the time-limit set for submitting them has expired.</p> <p style="text-align: right;">./..</p>

<p>4. Whichever means is chosen for submitting tenders may not have the effect of hampering the proper functioning of the internal market.</p> <p style="text-align: center;"><i>Time-limits</i></p> <p style="text-align: center;"><i>Article 37</i></p> <p style="text-align: center;"><i>Requests to participate and receipt of tenders</i></p> <p>5. Where notices are drawn up and transmitted by electronic means in accordance with Annex VIII, the time-limits for the receipt of tenders referred to in paragraph 2 and in the first subparagraph of paragraph 4 in open procedures, and the time-limit for the receipt of the requests to participate referred to in the first phrase of point (a) of paragraph 3, in restricted and negotiated procedures, may be shortened by <u>seven</u> days.</p> <p>6. The time-limits for receipt of tenders in open, restricted and negotiated procedures referred to in paragraph 2, point (b) of paragraph 3 and paragraph 4 may be reduced by <u>five</u> days where the contracting authority offers free direct access to the entire contract documents and any supporting documents by electronic means as from the date on which the notice is sent, in accordance with Annex VIII.</p> <p>This reduction may be aggregated with the reduction referred to in paragraph 5.</p>	<p><b><u>4. Contracting authorities shall provide to tenders on request a certificate from an accredited third party certifying that they have in place adequate measures to safeguard the confidentiality of tenders' information during transmission and after receipt.</u></b></p> <p>5. Whichever means is chosen for submitting tenders may not have the effect of hampering the proper functioning of the internal market.</p> <p style="text-align: center;">Time-limits</p> <p style="text-align: center;"><i>Article 37</i></p> <p style="text-align: center;"><i>Requests to participate and receipt of tenders</i></p> <p>5. Where notices are drawn up and transmitted by electronic means in accordance with Annex VIII, the time-limits for the receipt of tenders referred to in paragraph 2 and in the first subparagraph of paragraph 4 in open procedures, and the time-limit for the receipt of the requests to participate referred to in the first phrase of point (a) of paragraph 3, in restricted and negotiated procedures, may be shortened by <b><u>four</u></b> days.</p> <p>6. The time-limits for receipt of tenders in open, restricted and negotiated procedures referred to in paragraph 2, point (b) of paragraph 3 and paragraph 4 may be reduced by <b><u>three</u></b> days where the contracting authority offers free direct access to the entire contract documents and any supporting documents by electronic means as from the date on which the notice is sent, in accordance with Annex VIII.</p> <p>This reduction may be aggregated with the reduction referred to in paragraph 5.</p> <p>8.</p>
---	--

**8.1.** 11 Agenda for further discussion **Ref**

1. Public-Private Partnerships (PPPs) – forthcoming UNICE paper 5.1

2. Affiliated undertakings/In-house procurement – forthcoming UNICE paper 5.2

**PROPOSALS SUBMITTED BY THE COMMISSION ON 9.10.2000 REGARDING  
THE ISSUE OF COMPLEX CONTRACTS**

## Recital 18

For certain particularly complex contracts, such as contracts relating to the creation of important integrated transport infrastructure projects, or creation of large computer networks, or creation of large projects involving particular technical, financial or legal constraints, contracting authorities may find it objectively impossible to define the tools likely to meet their needs or assess what the contract can offer in terms of technical or financial solutions without this being attributable to a lack of information or deficiencies on their part. Provision should therefore be made for a negotiated procedure, with a call for competition which is sufficiently flexible to deal with these situations. In these cases, the sole aim of consultation should be to permit the contracting authority, through dialogue with the candidates, to explain its requirements and define them with the necessary precision so that tenders can be formulated and assessed objectively so as to ascertain the most advantageous tender in economic terms. This consultation should therefore be limited to the phase of the procedure which ends with the drawing-up of the definitive contract documents: tenders drawn up on the basis of those contract documents cannot therefore be open to negotiation. Contracting authorities may not use this procedure improperly or in such a way as to restrict or distort competition.

## Article 29

Cases justifying use of the negotiated procedure with publication of contract notice

*Contracting authorities may award their public contracts by negotiated procedure after publication of a contract notice, in the following cases:*

- 1) *In respect of public supply contracts, public service contracts and public works contracts:*
  - (a) ...
  - (b) *where the contracting authority is not objectively able to define the technical or other means of meeting its requirements, or is not objectively in a position to assess what the market can offer in terms of technical or financial solutions.*
- 2) ...
- 3) ...
- 4) ...

Article 30

Specific rules on public contracts referred to in Article 29 point 1 b

1. *Contracting authorities shall consult the selected candidates in conformity with the provisions of sections 1 and 2 of Chapter VII. The sole purpose of the consultation is to discuss and define appropriate ways of best satisfying the contracting authority's requirements so as to allow it to draw up the contract documents.*

*During the consultation, contracting authorities may not disclose to other participants, proposed solutions or other confidential information provided by a participant.*

2. *Once contracting authorities have declared the consultation at an end and have informed the participants of this, they shall invite all candidates who have proposed a solution during the consultation to submit tenders based on contract documents produced in conformity with Article 23 (1) first sub paragraph and transmitted to those candidates. Contracting authorities shall evaluate the tenders without negotiation according to criteria fixed to determine the most economically advantageous tender.*
3. *Contracting authorities may provide for prizes and payments to candidates. Such prizes and payments shall be taken into account to determine the thresholds in conformity with Article 8.*

-----

**PROPOSITIONS DE DIRECTIVES PORTANT COORDINATION DES PROCEDURES DE  
PASSATION DES MARCHES PUBLICS DE FOURNITURES, DE SERVICES ET DE  
TRAVAUX [COM(2000) 275 FINAL DU 30 AOUT 2000]  
ET DANS LES SECTEURS DE L'EAU, DE L'ENERGIE ET DES TRANSPORTS  
[COM(2000) 276 FINAL DU 30 AOUT 2000]**

8.2.

**8.3.** Commentaires et propositions rédactionnelles de l'UNICE

1. L'UNICE accueille favorablement la révision envisagée de la directive sur les marchés publics de fournitures, de services et de travaux (ci-après directive "classique"). Elle se réjouit particulièrement de constater la suppression d'énoncés inutilement ambigus, la structure plus logique, l'ajout de titres et l'introduction de dispositions permettant aux pouvoirs adjudicateurs d'utiliser pour leurs marchés publics les meilleures des pratiques commerciales modernes. L'UNICE tient à remercier ici tous ceux qui ont contribué au contenu de la nouvelle proposition au cours des deux années écoulées depuis la publication de la communication de la Commission.
2. Ceci étant, l'UNICE estime que la nouvelle proposition de directive "classique" peut être améliorée sur certains aspects. Pour l'un d'eux en particulier – les marchés particulièrement complexes – une modification s'impose si la directive doit fonctionner selon la finalité qui est la sienne.
3. L'UNICE accueille également favorablement la révision envisagée de la directive sur la passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports (ci-après directive "secteurs d'utilité publique"), et plus particulièrement les dispositions visant à exclure les activités pleinement exposées à la concurrence. En l'occurrence également, certains aspects peuvent toutefois être améliorés et, dans certains cas, cette amélioration est vivement recommandée pour un bon fonctionnement de la directive.
4. Le présent document abordera plus en détail deux grands points:
  - les marchés particulièrement complexes (directive "classique") *voir section 9*;
  - les moyens de communication électroniques (deux textes) *voir section 10*.
5. Deux autres aspects ne sont pas détaillés ici, mais feront l'objet de positions ultérieures de l'UNICE.

**5.1. Partenariats public-privé (PPP) – les deux projets de directives**

Il est de plus en plus fait appel, dans toute l'Europe, aux partenariats public-privé. Ces PPP injectent le savoir-faire et les capitaux privés dans tout un éventail d'activités. Le cadre communautaire des marchés publics doit être quelque peu mis à jour, de manière à intégrer cette évolution.

5.2. **Entreprises liées** – article 78.2 de la directive "classique"; article 26 de la directive "secteurs d'utilité publique"

Les opérateurs économiques contrôlés par les pouvoirs publics sont libres de concourir pour un marché public. Ceci suscite diverses préoccupations, dont certaines vont au-delà des marchés publics.

6. L'article 26 de la directive "secteurs d'utilité publique" ("*Marchés de services attribués à une entreprise liée ou à une entité adjudicatrice faisant partie d'une co-entreprise*") n'a pas été modifié, en dépit des demandes des représentants de divers milieux. L'UNICE reconnaît les difficultés de la tâche, mais recommande vivement que cet aspect soit revu, en concertation avec toutes les parties concernées.

7. Par ailleurs, l'UNICE suggère des améliorations mineures sur six points.

7.1. **Les accords-cadres** – article 32 de la directive "classique"

Si elle ne rejette pas les principes des accords-cadres, l'UNICE est préoccupée par le risque qu'un prix mal déterminé durant la première phase entraîne des distorsions de marché; que des pouvoirs adjudicateurs dominants exercent une pression indue sur les prix durant la deuxième phase; et que le concept de "deux procédures d'adjudication pour un marché" ne soit pas satisfaisant. Ayant pris note du document de travail de la présidence française (SN 4075/00 [MAP] du 19 octobre 2000), l'UNICE suit avec intérêt la rédaction de l'article 32. L'UNICE appuie l'intention d'introduire les accords cadres dans la directive "Secteurs classiques". Elle recommande fortement que l'UE adopte simplement les dispositions relatives aux accords cadres inscrites dans l'actuelle directive "Secteurs d'utilité publique" (article 1.5 et 5). Incorporer les règles des secteurs d'utilité publique dans les secteurs "classiques" présente un énorme avantage: les entreprises, fortes de leur expérience, savent que ces règles fonctionneront. Acheteurs et fournisseurs ont une bonne expérience du fonctionnement de ces règles. La Commission est également clairement satisfaite de leur efficacité puisqu'elle les a intégrées sans modification dans la nouvelle directive "Secteurs d'utilité publique".

7.2. **Référence aux normes** – article 24 de la directive "classique"; article 34 de la directive "secteurs d'utilité publique"

Il convient de préciser clairement la possibilité que des spécifications mentionnent une combinaison d'exigences fonctionnelles et de normes, ainsi que l'envisage l'exposé des motifs. Si les spécifications comprennent des considérations de sécurité, l'entité adjudicatrice doit pouvoir insister sur la satisfaction de normes données. Toute norme contraignante doit être inscrite dans l'appel d'offres et s'accompagner d'un bref justificatif de son inclusion.

7.3. **Marchés passés pour l'achat de combustibles primaires** – article 27 de la directive "secteurs d'utilité publique"

Alors que l'ancienne directive exemptait les achats de combustible primaire et d'eau, la nouvelle version n'exempte que les achats d'eau.

Ce principe est sain: avec des vendeurs soumis à la concurrence sur le marché des combustibles, la directive est d'application. Toutefois, la nécessité de publier des

informations sur les projets à venir pourrait faire le jeu des cartels des carburants. Un équilibre doit être trouvé entre un principe sain et une dure réalité.

L'UNICE recommande que l'article 27 continue à couvrir les achats de combustibles primaires.

7.4. **Aspects sociaux** – considérant 22 de la directive "classique"; considérant 32 de la directive "secteurs d'utilité publique"

L'UNICE approuve les mesures sociales, mais est convaincue que les directives "marchés publics" ne sont pas des instruments propres à leur poursuite. Les aspects sociaux n'ayant, pour l'acquéreur, pas de rapport avec la valeur économique peuvent trop aisément fausser la concurrence et être prétexte à discriminations.

7.5. **Désignation des sous-traitants** – article 26 de la directive "classique"; article 37 de la directive "secteurs d'utilité publique"

L'expérience montre qu'imposer la désignation des sous-traitants est, sauf cas exceptionnel, peu satisfaisant et que cela n'aide guère les PME. Les conditions dans lesquelles cette exigence est profitable concernent des aspects cardinaux des travaux, lorsqu'il est raisonnable pour l'entité adjudicatrice de vouloir connaître qui en sera chargé. L'UNICE recommande que les deux directives limitent la désignation à ces éléments justifiables.

8. Il serait avantageux – surtout pour les PME – de simplifier la multiplicité des calendriers, naturellement sans les réduire pour autant. L'UNICE n'évoque pas ce point dans ses propositions rédactionnelles ci-dessous.

---

8.3.1. Commentaires détaillés

---

9. Pouvant accepter la grande partie des textes proposés, l'UNICE se borne ici à commenter les parties qui posent des problèmes de fond. Pour le reste du présent document, chaque partie comporte une explication, suivie de propositions rédactionnelles modifiant le texte de la directive.

10. **Marchés particulièrement complexes** – article 30 de la directive "classique"

10.1. L'UNICE accueille favorablement l'intention d'autoriser la négociation entre l'entité adjudicatrice et les candidats en cas de marchés particulièrement complexes. Cependant, elle ne peut aucunement appuyer la proposition sous sa forme actuelle en raison de certains aspects, à savoir les propositions actuelles relatives à des esquisses de solutions préalables à la sélection, ainsi que celles relatives à la phase finale. En effet, aucune de ces propositions ne fonctionnera. L'UNICE est d'avis que la complexité, le coût – aussi bien pour le pouvoir adjudicateur que pour les candidats – et les compétences requises par la négociation de marchés complexes ont été sous-estimés.

10.2. La structure et l'énoncé de l'article 30 en rendent la compréhension difficile. Un texte plus clair supprimerait les aspects insatisfaisants. En outre, l'exposé des motifs (point 3.8) n'est pas entièrement cohérent par rapport à la formulation du texte de la



directive; celui-ci doit donc être adapté. Certaines des préoccupations exprimées ici découlent de ce manque d'uniformité.

- 10.3. La directive envisage un avis de marché (appel à manifestation d'intérêt), suivi d'une sélection destinée à ramener les candidats à un nombre gérable. Dans le cadre de ce processus, un pouvoir adjudicateur peut demander une esquisse de solution avant de dresser la liste restreinte des candidats retenus. Or, le coût de préparation d'une telle esquisse peut être substantiel, et il est généralement irréaliste d'infliger cette dépense aux candidats comme condition préalable à la sélection. Cet effort doit être réservé à la phase de négociation qui suit la sélection, de manière à maintenir la distinction entre les critères de sélection et les critères d'attribution.
- 10.4. La directive – et plus particulièrement l'exposé des motifs – envisage ensuite qu'après avoir reçu toutes les offres techniques et commerciales, le pouvoir adjudicateur définit les spécifications finales, sur la base d'une des solutions présentées ou d'une combinaison entre plusieurs des solutions présentées. Il invite enfin les participants à soumettre une offre.
- 10.5. Cette procédure ne fonctionnera pas.
- 10.6. Deux raisons motivent cette affirmation.
  - 10.6.1. En cas de projet complexe, il est irréaliste d'attendre d'un fournisseur qu'il soumette une offre basée sur la solution présentée par un autre candidat. En tout état de cause, une telle tactique est déjà exclue dans d'autres procédures, par l'interdiction de spécifications incluant des produits exclusifs.
  - 10.6.2. Les candidats présentent leurs solutions techniques et commerciales dans des conditions de confidentialité, ce qui interdit leur divulgation, en tout ou en partie, sans le consentement exprès du candidat.
- 10.7. Bien que l'article 30 ne le spécifie pas, il faut exclure expressément toute suggestion (voir exposé des motifs, point 3.8, antépénultième paragraphe) selon laquelle certaines parties des solutions avancées par certains candidats (parties leur appartenant en propre) devraient être combinées ou utilisées comme base pour les soumissions d'autres participants. Les spécifications exprimées en termes d'impératifs de performance permettent d'atteindre cet objectif.
- 10.8. Si un pouvoir adjudicateur s'avère incapable de formuler ses exigences avec une clarté suffisante pour permettre l'élaboration de propositions pertinentes, il devrait commander des études adéquates – à ses frais – afin d'être en mesure de le faire. Dans le même ordre d'idée, les pouvoirs adjudicateurs devraient offrir une indemnité appropriée aux candidats sélectionnés pour les coûts supplémentaires générés par la procédure.
- 10.9. L'UNICE est consciente des appréhensions éprouvées par l'industrie de la construction.

10.10. Les idées de l'UNICE pour une procédure améliorée peuvent être résumées comme suit.

- Phase 1 Le pouvoir adjudicateur définit clairement ses exigences de manière à permettre aux candidats, avec l'aide des négociations, d'y répondre sur les plans technique et commercial. Le pouvoir adjudicateur recherche la clarté, non le détail. Il fixe simultanément les critères de sélection et les critères d'attribution.
- Phase 2 Un nombre limité de candidats est retenu pour la phase de négociation, à travers l'application des critères de sélection pré-établis, mais sans qu'il leur soit imposé de fournir une esquisse de solution coûteuse. Si nécessaire, il peut être fait appel à une sélection en deux étapes, afin de limiter le nombre des candidats.
- Phase 3 Les candidats sélectionnés élaborent leurs propositions techniques et commerciales, en négociant avec le pouvoir adjudicateur en tant que de besoin pour s'assurer que leurs propositions seront, en principe, acceptables.
- Phase 4 Le pouvoir adjudicateur confirme les critères d'attribution initiaux ou, s'il s'avère que des modifications sont nécessaires, il en informe les candidats en conséquence, en justifiant ces changements et en accordant aux candidats la possibilité de revoir leurs propositions à la lumière des changements.
- Phase 5 A l'issue de la phase de négociation, tous les participants à cette phase – à l'exclusion de tout autre – sont invités à soumettre chacun une offre "optimale et finale", fondée sur leurs propositions de départ.

10.11. Dès que l'appel aux offres optimales et finales est lancé, il ne peut plus y avoir de négociation quelconque – ni sur le prix, ni sur de quelconques questions matérielles.

10.12. Une confidentialité absolue doit être assurée tout au long de la procédure et au-delà. Nulle information technique ou commerciale du candidat ou soumissionnaire ne peut être révélée, en tout ou en partie, à un tiers sans le consentement exprès du candidat ou soumissionnaire. L'information qui doit être révélée par respect de la législation constitue naturellement une exception à cette règle.

8.3.1.1. Propositions rédactionnelles – PROPOSITION COM(2000) 275 FINALE DU 30 AOUT 2000	
1.1.1.1.2. Texte actuel de la directive <i>Les mots à supprimer sont <u>soulignés</u>.</i>	1.1.1.1.3. Proposition de l'UNICE <i>Les mots à insérer sont indiqués en <b>gras</b>.</i>
<b>Article 30</b> <i>Règles spécifiques applicables aux marchés publics particulièrement complexes</i>	<b>Article 30</b> <i>Règles spécifiques applicables aux marchés publics particulièrement complexes</i>
1. Dans les cas visés à l'article 29, point 1) b), les pouvoirs adjudicateurs publient un	1. Dans les cas visés à l'article 29, point 1) b), les pouvoirs adjudicateurs publient un

<p>avis de marché, sélectionnent les candidats et négocient avec eux les moyens et les solutions aptes à satisfaire à leurs besoins. <u>Ensuite, ils rédigent le cahier des charges, vérifient que les capacités des candidats soient appropriées à la solution technique retenue,</u> invitent tous les candidats <u>ou un nombre restreint de ceux-ci</u> à présenter une offre <u>et</u> ils évaluent les offres, sans les négocier, sur la base des critères fixés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.</p>	<p>avis de marché <b>spécifiant leurs exigences le plus clairement possible</b>, sélectionnent les candidats et négocient avec eux les moyens et les solutions aptes à satisfaire à leurs besoins. <b>Enfin</b>, ils invitent tous les candidats <b>ayant participé à la négociation</b> à présenter une offre <b>optimale et finale, basée sur les propositions qu'ils ont développées durant la phase de négociation.</b> Ils évaluent les offres, sans les négocier, sur la base des critères fixés <b>au départ</b> pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.</p>
<p>2. Les pouvoirs adjudicateurs précisent dans l'avis de marché toutes les conditions que les opérateurs économiques doivent remplir en vue de leur admission à la procédure d'adjudication. Ces conditions sont constituées:</p>	<p>2. Les pouvoirs adjudicateurs précisent dans l'avis de marché toutes les conditions que les opérateurs économiques doivent remplir en vue de leur admission à la procédure d'adjudication. Ces conditions sont constituées:</p>
<p>a) <u>soit uniquement</u> par des informations fixées conformément aux dispositions de l'article 44 et à celles sur les critères de sélection qualitative visées aux articles 46 à 52,</p>	<p>a) par des informations fixées conformément aux dispositions de l'article 44 et à celles sur les critères de sélection qualitative visées aux articles 46 à 52.</p>
<p><u>b) soit par ces informations et l'obligation de présenter une esquisse de solution et, le cas échéant, une estimation des coûts inhérents à sa réalisation.</u></p>	
<p>Les critères de sélection <u>qualitative</u> définis dans l'avis de marché restent inchangés tout au long de la procédure d'adjudication.</p>	<p>Les critères de sélection définis dans l'avis de marché restent inchangés tout au long de la procédure d'adjudication.</p>
<p>Les pouvoirs adjudicateurs peuvent, conformément à l'article 45, paragraphe 2, décider d'inviter à négocier un nombre restreint de candidats satisfaisant aux critères de sélection. Dans ce cas ils l'indiquent dans l'avis de marché et effectuent la réduction du nombre d'invités de manière objective sur la base des seuls critères de sélection fixés dans ce même avis.</p>	<p>Les pouvoirs adjudicateurs peuvent, conformément à l'article 45, paragraphe 2, décider d'inviter à négocier un nombre restreint de candidats satisfaisant aux critères de sélection. Dans ce cas ils l'indiquent dans l'avis de marché et effectuent la réduction du nombre d'invités de manière objective sur la base des seuls critères de sélection fixés dans ce même avis.</p>
<p><u>Lorsqu'une esquisse de solution est</u></p>	<p><b>Aucune esquisse de solution ne peut</b></p>

<p><u>demandée, les pouvoirs adjudicateurs peuvent définir leurs exigences concernant la situation financière et économique des opérateurs économiques, prévue à l'article 48, en termes de pourcentages de la valeur estimée des esquisses de solutions à présenter par les différents candidats, et les exigences concernant la capacité et l'expérience techniques, prévues à l'article 49, en fonction des compétences et de l'expérience requises pour la réalisation des esquisses de solutions.</u></p>	<p><b>être exigée des candidats avant leur sélection pour la phase de négociation.</b></p>
<p>3. Les pouvoirs adjudicateurs font connaître leurs besoins et exigences en termes d'objectifs à atteindre et, le cas échéant, en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Ces besoins sont annoncés de manière aussi <u>précise</u> que possible.</p>	<p>3. Les pouvoirs adjudicateurs font connaître leurs besoins et exigences en termes d'objectifs à atteindre et, le cas échéant, en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Ces besoins sont annoncés de manière aussi <b>claire</b> que possible.</p>
<p>Les besoins ainsi définis servent de base aux fins <u>de la formulation des esquisses de solution et de l'estimation des coûts, lorsqu'elles sont demandées, ainsi qu'aux fins</u> de la négociation.</p>	<p>Les besoins ainsi définis servent de base aux fins de la négociation.</p>
	<p><b>Si, à titre exceptionnel, le pouvoir adjudicateur compte négocier certaines questions après la sélection d'un candidat privilégié ou après l'adjudication, il négocie un accord sur la liste de ces questions avec tous les candidats sélectionnés, immédiatement après leur sélection.</b></p> <p><b>Les candidats approfondissent leurs propositions techniques, en négociant avec le pouvoir adjudicateur en tant que de besoin pour s'assurer que leurs propositions seront, en principe, acceptables. Indépendamment de ces négociations, ils développent également leurs propositions commerciales.</b></p>
<p>4. Les critères d'attribution sont établis conformément à l'article 29, point 1) b) et à l'article 53 et ne peuvent pas être modifiés en cours de procédure <u>à moins qu'ils ne soient plus appropriés à l'objet du marché tel que défini dans le cahier des charges après la phase de négociation.</u></p>	<p>4. Les critères d'attribution sont établis conformément à l'article 29, point 1) b) et à l'article 53 et, <b>en règle générale</b>, ne peuvent pas être modifiés en cours de procédure.</p> <p><b>Si, dans des cas très exceptionnels, les critères d'attribution ne sont plus appropriés à l'objet du marché tel que défini dans le cahier des charges. Le</b></p>

<p>L'article 54 concernant les offres anormalement basses est d'application.</p>	<p>défini dans le cahier des charges, <b>le pouvoir adjudicateur en informe en conséquence tous les participants à la phase de négociation, en leur fournissant les motifs justifiant ces modifications et en leur offrant la possibilité appropriée de revoir leurs propositions.</b> L'article 54 concernant les offres anormalement basses est d'application.</p>
<p><u>Ces critères sont précisés dans l'avis de marché ou dans le document indiquant les besoins du pouvoir adjudicateur; toutefois, lorsqu'une esquisse de solution n'est pas requise, ils peuvent être précisés dans les invitations à participer à la phase de négociation.</u></p>	
<p><u>5. Les pouvoirs adjudicateurs n'ayant pas exigé que la demande de participation soit accompagnée d'une esquisse de solution peuvent, dans les invitations à négocier, demander la présentation d'une telle esquisse. Le délai imposé pour cette présentation doit être approprié à la complexité des besoins auxquels les esquisses de solution sont appelées à répondre et, en tout cas, ne peut être inférieur à 25 jours à compter de l'envoi des invitations.</u></p>	
<p>6. La négociation avec les candidats sélectionnés a pour seul objet la discussion et la définition des moyens aptes à satisfaire au mieux les besoins du pouvoir adjudicateur.</p>	<p>6. La négociation avec les candidats sélectionnés a pour seul objet la discussion et la définition des moyens aptes à satisfaire au mieux les besoins du pouvoir adjudicateur.</p>
<p><u>Pendant la négociation, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent révéler aux autres participants les solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un participant.</u></p>	<p>Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent à <b>aucun moment</b> révéler aux autres participants <b>ou à des tiers, sinon dans la mesure minimale requise par la législation,</b> les solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un participant <b>sans le consentement exprès et écrit de celui-ci.</b></p>
<p>7. Les pouvoirs adjudicateurs, après avoir déclaré la conclusion de la négociation et en avoir informé tous les participants,</p>	<p>7. Les pouvoirs adjudicateurs, après avoir déclaré la conclusion de la négociation et en avoir informé tous les participants,</p>

<p><u>vérifient, en appliquant les critères de sélection déjà fixés conformément au paragraphe 2, si les capacités économiques, financières et techniques des candidats sont appropriées à la solution technique spécifiée dans le cahier des charges définitif. Au cas où les capacités économiques, financières ou techniques d'un ou plusieurs candidats, telles que prouvées lors de la demande de participation à la négociation, ne seraient pas appropriées à cette solution technique, les pouvoirs adjudicateurs invitent par écrit les candidats concernés à présenter la documentation nécessaire afin de vérifier, sur la base des critères précités, s'ils possèdent les capacités adaptées à la solution technique retenue. L'article 44, paragraphe 5, est d'application.</u></p>	<p><b>invitent tous les participants sélectionnés, à l'exclusion de tout autre, à présenter une offre.</b></p>
<p>Les invitations à présenter une offre sont rédigées conformément à l'article 40 et sont transmises par écrit. <u>Elles sont accompagnées du cahier des charges définitif spécifiant les exigences techniques conformément à l'article 24.</u></p>	<p>Les invitations à présenter une offre sont rédigées conformément à l'article 40 et sont transmises par écrit.</p> <p><i>[Note de l'UNICE: l'article 40 pourrait devoir être modifié.]</i></p>
<p>Conformément à l'article 45, paragraphe 2, le nombre des candidats invités à <u>présenter des offres</u> ne peut être inférieur à trois dans la mesure où il y a un nombre suffisant de candidats satisfaisant aux critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur.</p>	<p>Conformément à l'article 45, paragraphe 2, le nombre des candidats invités à <b>négoier</b> ne peut être inférieur à trois dans la mesure où il y a un nombre suffisant de candidats satisfaisant aux critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur.</p>
<p>8. Le délai pour la réception des offres est fixé conformément à l'article 37.</p>	<p>8. Le délai pour la réception des offres est fixé conformément à l'article 37.</p>
<p>9. Les pouvoirs adjudicateurs <u>peuvent prévoir</u> des prix et des paiements aux participants. De tels prix et paiements sont pris en compte pour l'application de l'article 8.</p>	<p>9. Les pouvoirs adjudicateurs <b>prévoient</b> des prix et des paiements aux participants <b>pour les travaux qu'ils ont réalisés en participant à la négociation et en préparant leurs propositions.</b> De tels prix et paiements sont pris en compte pour l'application de l'article 8.</p>

9.13. L'UNICE a pris connaissance de la nouvelle proposition de la Commission relative aux marchés complexes (ci-jointe, en annexe I). Cette proposition rencontre largement les attentes exprimées aux points 9.1 à 9.12 ci-dessus, et l'UNICE

souhaiterait par conséquent discuter plus avant des règles régissant les marchés complexes, sur la base de cette nouvelle proposition.

**10. Moyens de communication électroniques** – articles 37, 42 et 61 de la directive "classique"; articles 44, 47 et 62 de la directive "secteurs d'utilité publique"

- 10.1. Il est clair que les marchés publics électroniques deviennent rapidement une réalité. Les pouvoirs publics, les secteurs d'utilité publique et leurs fournisseurs ne peuvent être laissés en dehors, et les propositions de la directive sont donc les bienvenues. Dès la mise en place des dispositions juridiques nécessaires à des contrats sans signature manuscrite, mais revêtant le même niveau d'authenticité, le marché fournira les infrastructures pour mener à bien les diverses procédures sans qu'il soit besoin d'une assistance au niveau de l'UE ou des États membres.
- 10.2. Il y a urgence: les dispositions juridiques et la législation permettant des marchés publics électroniques doivent être introduites sans attendre le reste de la directive.
- 10.3. Les techniques et pratiques des marchés publics électroniques poursuivront sans aucun doute leur développement, et le régime prescrit par les directives doit être en mesure de s'y adapter en conséquence.
- 10.4. Par contre, l'UNICE est gravement préoccupée par la confidentialité en cas de procédures électroniques. Elle voit deux raisons à cette vulnérabilité:
  - 10.4.1. la transmission;
  - 10.4.2. le stockage.
- 10.5. Le principe sous-jacent est de protéger l'ensemble des informations à tout moment, par des moyens adéquats.
- 10.6. La transmission peut être protégée par cryptage – pour autant que les États, membres et autres, autorisent un cryptage profond – et les préoccupations relatives au calendrier d'ouverture des offres peuvent être rencontrées par des sas temporels (blocage des transmissions électroniques selon des dates précises) ou des dépôts conditionnels (pour les transmissions par télécopie). Bien que ces solutions ne soient pas usuelles, elles peuvent être gérées par des moyens techniques ou fonctionnels.
- 10.7. Le principal souci concerne le stockage des informations électroniques dès leur réception par le pouvoir public. Si la plupart des pouvoirs publics et pouvoirs adjudicateurs appliquent indubitablement des procédures bien rodées pour protéger les informations sur support papier, les informations stockées dans des ordinateurs s'avèrent beaucoup plus vulnérables. Les fournisseurs doivent avoir confiance dans la capacité des pouvoirs publics à protéger la confidentialité des informations qu'ils leur communiquent.
- 10.8. L'UNICE propose que la directive impose au pouvoir adjudicateur, qui devra fournir une preuve d'efficacité, l'obligation expresse de protéger à tout moment les informations stockées sur un support numérique.

- 10.9. L'UNICE est préoccupée également par l'usage qui sera fait du temps épargné grâce aux marchés publics électroniques. Il est peut-être justifiable de soutenir que, même si tout l'avantage revient aux adjudicateurs, le candidat ne s'en trouve pas plus mal. Pourtant, des préoccupations ont été et sont encore exprimées, selon lesquelles les délais sont parfois excessivement courts. Certes, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de laisser un délai suffisant, mais le minimum est trop souvent la règle dans ce domaine.
- 10.10. Par conséquent, l'UNICE propose que le temps gagné soit partagé équitablement entre les candidats et le pouvoir adjudicateur.

8.3.1.2. Propositions rédactionnelles <i>Seul le texte pertinent de la directive "classique" est repris ici. Le texte de la directive "secteurs d'utilité publique" devrait recevoir les mêmes modifications.</i>	
1.1.1.1.4. Texte actuel de la directive <i>Les mots à supprimer sont <u>soulignés</u>.</i>	1.1.1.1.5. Proposition de l'UNICE <i>Les mots à insérer sont indiqués en <b>gras</b>.</i>
<b>Section 4</b> <b>Communications</b> <i>Article 42</i> <b>Les moyens de communication</b>	<b>Section 4</b> <b>Communications</b> <i>Article 42</i> <b>Les moyens de communication</b>
2. Les communications et les échanges d'informations sont faits de manière à assurer que l'intégrité des données et la confidentialité des offres et de toute information transmise par les opérateurs économiques soient préservées et que les pouvoirs adjudicateurs ne prennent connaissance du contenu des offres qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de celles-ci.	2. Les communications et les échanges d'informations, <b>de même que le stockage des données</b> , sont faits de manière à assurer que l'intégrité des données et la confidentialité des offres et de toute information transmise par les opérateurs économiques soient préservées <b>à tout moment</b> et que les pouvoirs adjudicateurs ne prennent connaissance du contenu des offres qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de celles-ci.
	<b>4. Les pouvoirs adjudicateurs fournissent au soumissionnaire qui en fait la demande un certificat, délivré par un organisme de certification agréé et indépendant, garantissant qu'ils ont mis en place les moyens appropriés pour protéger la confidentialité des informations communiquées par le soumissionnaire, aussi bien durant leur transmission qu'après leur réception.</b>
4. Le moyen choisi pour la transmission des	5. Le moyen choisi pour la transmission des



offres, quel qu'il soit, ne peut avoir pour effet de provoquer des entraves au bon fonctionnement du marché intérieur.	offres, quel qu'il soit, ne peut avoir pour effet de provoquer des entraves au bon fonctionnement du marché intérieur.
<p><b>Section 2</b></p> <p><i>Les délais</i></p> <p><i>Article 37</i></p> <p><i>Demandes de participation et réception des offres</i></p>	<p><b>Section 2</b></p> <p><i>Les délais</i></p> <p><i>Article 37</i></p> <p><i>Demandes de participation et réception des offres</i></p>
<p>5. Lorsque les avis sont préparés et envoyés par des moyens électroniques conformément à l'annexe VIII, les délais de réception des offres visés aux paragraphes 2 et 4, deuxième alinéa, dans les procédures ouvertes, et le délai de réception des demandes de participation visé au paragraphe 3, point a), premier membre de phrase, dans les procédures restreintes et négociées, peuvent être raccourcis de <u>7</u> jours.</p>	<p>5. Lorsque les avis sont préparés et envoyés par des moyens électroniques conformément à l'annexe VIII, les délais de réception des offres visés aux paragraphes 2 et 4, deuxième alinéa, dans les procédures ouvertes, et le délai de réception des demandes de participation visé au paragraphe 3, point a), premier membre de phrase, dans les procédures restreintes et négociées, peuvent être raccourcis de <b>quatre</b> jours.</p>
<p>6. Une réduction de <u>5</u> jours des délais de réception des offres dans les procédures ouvertes, restreintes et négociées, visés au paragraphe 2, au paragraphe 3, point b), et au paragraphe 4, est possible lorsque le pouvoir adjudicateur offre, dès la date d'envoi de l'avis, l'accès libre et direct par moyen électronique à l'intégralité du cahier des charges et aux documents complémentaires éventuels conformément à l'annexe VIII.</p> <p>Cette réduction est cumulable avec celle prévue au paragraphe 5.</p>	<p>6. Une réduction de <b>trois</b> jours des délais de réception des offres dans les procédures ouvertes, restreintes et négociées, visés au paragraphe 2, au paragraphe 3, point b), et au paragraphe 4, est possible lorsque le pouvoir adjudicateur offre, dès la date d'envoi de l'avis, l'accès libre et direct par moyen électronique à l'intégralité du cahier des charges et aux documents complémentaires éventuels conformément à l'annexe VIII.</p> <p>Cette réduction est cumulable avec celle prévue au paragraphe 5.</p>

## 11. Agenda proposé pour la poursuite des discussions

### Point

- |   |      |
|---|------|
| 1. Partenariats public-privé (PPP) – prise de position de l'UNICE à venir                                 | 5.1. |
| 2. Entreprises liées et marchés internes ("In-house procurement")<br>prise de position de l'UNICE à venir | 5.2. |

**PROPOSALS SUBMITTED BY THE COMMISSION ON 9.10.2000  
REGARDING THE ISSUE OF COMPLEX CONTRACTS**

## Recital 18

For certain particularly complex contracts, such as contracts relating to the creation of important integrated transport infrastructure projects, or creation of large computer networks, or creation of large projects involving particular technical, financial or legal constraints, contracting authorities may find it objectively impossible to define the tools likely to meet their needs or assess what the contract can offer in terms of technical or financial solutions without this being attributable to a lack of information or deficiencies on their part. Provision should therefore be made for a negotiated procedure, with a call for competition which is sufficiently flexible to deal with these situations. In these cases, the sole aim of consultation should be to permit the contracting authority, through dialogue with the candidates, to explain its requirements and define them with the necessary precision so that tenders can be formulated and assessed objectively so as to ascertain the most advantageous tender in economic terms. This consultation should therefore be limited to the phase of the procedure which ends with the drawing-up of the definitive contract documents: tenders drawn up on the basis of those contract documents cannot therefore be open to negotiation. Contracting authorities may not use this procedure improperly or in such a way as to restrict or distort competition.

## Article 29

Cases justifying use of the negotiated procedure with publication of contract notice

*Contracting authorities may award their public contracts by negotiated procedure after publication of a contract notice, in the following cases:*

*1) In respect of public supply contracts, public service contracts and public works contracts:*

*(a) ...*

*(b) where the contracting authority is not objectively able to define the technical or other means of meeting its requirements, or is not objectively in a position to assess what the market can offer in terms of technical or financial solutions.*

*2)...*

*3)...*

*4)...*

## Article 30

Specific rules on public contracts referred to in Article 29 point 1 b

*1. Contracting authorities shall consult the selected candidates in conformity with the provisions of sections 1 and 2 of Chapter VII. The sole purpose of the consultation is to discuss and define appropriate ways of best satisfying the contracting authority's requirements so as to allow it to draw up the contract documents.*

*During the consultation, contracting authorities may not disclose to other participants, proposed solutions or other confidential information provided by a participant.*

*2. Once contracting authorities have declared the consultation at an end and have informed the participants of this, they shall invite all candidates who have proposed a solution during the consultation to submit tenders based on contract documents produced in conformity with Article 23 (1) first sub paragraph and transmitted to those candidates. Contracting authorities shall evaluate the tenders without negotiation according to criteria fixed to determine the most economically advantageous tender.*

*3. Contracting authorities may provide for prizes and payments to candidates. Such prizes and payments shall be taken into account to determine the thresholds in conformity with Article 8.*

## *II. a) The Social Partners*

# **European Trade Union Confederation (ETUC)**

**The document was not available at the time  
of printing.**

## *II. b) Small and medium sized enterprises*

# **UEAPME**

# COMMENTS

on

## Directive on the co-ordination of procedures for the award of public supply, public services and public work contracts (COM (2000) 275)

UEAPME welcomes the new proposal by the European Commission as an important contribution to the implementation of its communication, "Public Procurement in the European Union", of 1998. Especially the consolidation of the three general directives to one and the introduction of an electronic purchasing mechanism are seen as positive improvement. European Crafts, Trades and SMEs are effected, directly or indirectly (both as subcontractors and through application below the threshold), by the new rules as much as big enterprises are. Thus, if the European Institutions really want to ease access for SMEs also to public contracts, the following problems have to be solved in a constructive manner.

### 1. Particularly complex contracts (Art.29 and 30)

There is a not very clear definition as to which kinds of contract can be awarded under this procedure. This raises the danger that this procedure will be abused by the public authorities in order to save the cost of elaborating detailed contract documents or in turning to the negotiation procedure.

There are also not sufficient rules regarding payments for outline solutions (must be obligatory) and intellectual property rights, because contracting authorities tend to combine elements from different proposals. If parts of an outline solution are delivered by a subcontractor, his rights have to be protected also by the general contractor, or the subcontractor obtains the right to perform his part of the contract.

Furthermore, the time limits for providing an outline solution seem insufficient for particularly complex contracts. UEAPME proposes 52 days as a minimum.

UEAPME accepts the necessity of such a procedure, but expects a narrower definition for the utilisation of this procedure to avoid abuse.

### 2. Time-limits for electronic procurement mechanism (Art.37)

If notices are transmitted by e-mail and the contract documents are presented by Internet, the time limits for the receipt of a tender or request can be shortened by 12 days. That is more than the time saved (compared with transmission by facsimile and providing

documents on diskettes) and discriminates against SMEs. The time saved should be used for improving the quality of the tenders.

Transition periods for the exclusive use of electronic procedures are necessary, if those SMEs, which do not fully use new information technologies, should not be excluded from these procedures,.

### **3. Technical Specifications (Art.24)**

The possibility to use performance or functional requirements to define the technical specification, instead of a reference to existing standards, leads to higher costs in elaborating a tender and again discriminates against SMEs.

A change can be accepted, if innovation and technical progress makes it necessary. However, it should be restricted to them and has to be proven.

### **4. Subcontracts (Art.26)**

An obligation to notice the potential subcontractor in the tender should not only be allowed by the directive, it should be stated for subcontracts above 10% of the whole contract value. Only this could create a level playing field for subcontractors related to the general contractor.

Furthermore, the directive should determine certain minimum standards for subcontracts. Moreover, it should set out whether the contracting authorities could be obliged to pay the subcontractors directly.

### **5. Contract award criteria (Art.53)**

Many enterprises complain that more and more public authorities, even in the "most economically advantageous tender" procedure (MEAT), stick primarily to the purchasing price instead of quality and lifecycle costs. Weighting of the criteria could be helpful. Regarding this problem, we would like to refer to the results of two working groups (DG ENTER) about MEAT and "abnormally low tenders".

### **6. Economic and financial standing (Art.48)**

The dispensing of a statement of the share of the undertaking's turnover, related to construction work in the overall turnover, will reduce the quality and the transparency of the proof of the tender's economic standing in the case of public works contracts.

### **7. Dividing into lots (Art.26)**

The development to increasingly general contracts, especially in the construction sector, discriminates against SMEs, especially in technical building equipment and the building service sectors. Contracting authorities should be motivated to separate special technical parts of a project and award them separately.

Further comments on amendments presented by other institutions:

## **8. Non-contract related criteria (Art.23)**

In general, all enterprises, which have the right to deliver a certain product or service, should have the right to participate in a public procurement procedure, and the economically most advantageous offer should be chosen. Additional criteria, which do not improve the economic value for the contracting authority, but are environmentally or socially motivated, should be avoided. To improve environmental or social standards is the task of the legislature and should not weaken complex procurement procedures.

It should be enough if, during the verification of the qualification of an economic operator, its general law-abidingness can be proved, and also that, during the performance of a contract the national laws are complied with.

However, UEAPME is strictly against proposals, which stipulate non-contract related criteria such as non-binding environmental certification (EMAS, etc.) or voluntary social programmes. This would not only be contrary to the principle of choosing the economically most advantageous tender, but also gives additional room for manipulation on the part of the contracting authority (selection of criteria).

## **9. Thresholds (Art.8)**

An increase of the thresholds proposed by the European Commission would not only be contrary to the WTO rules, but also contradicts the principles for the establishment of the single market.

## **10. SME Quota**

UEAPME is sceptical regarding an introduction of a specific quota for contracts for SMEs. UEAPME's target is to create a level playing field for SMEs and does not want positive discrimination of SMEs *vis-à-vis* big enterprises.

## **11. Qualification Systems**

The establishment of binding qualification systems may only happen on an European basis.

## **Final remarks**

Further to the remarks about the directive under consideration, UEAPME would like to draw attention to serious deficits regarding the control procedures in various Member States, and on European level. A revision of the remedy directive seems essential.

Finally, UEAPME would like to ask the Members of the European Parliament and different Member States not to lose the general objective of the public procurement directive. One should not forget that non-contract related criteria include a certain potential for abuse and are also used to enforce particular interests.



Further information:

UEAPME

Gerhard Huemer

Rue Jacques de Lalaing 4

1040 Bruxelles

Tel: +32 2 2850 719

Fax: +32 2 230 7861

Email: [gerhard.huemer@ueapme.kmonet.be](mailto:gerhard.huemer@ueapme.kmonet.be)

# Positionspapier

zur

## EG-Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge (KOM(2000)275)

UEAPME begrüßt den von der Europäischen Kommission vorgelegten Richtlinienentwurf als wichtigen Beitrag zur Umsetzung der Mitteilung "Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union" aus 1998. Insbesondere die Zusammenführung und die Vereinheitlichung der drei allgemeinen Richtlinien und die Einführung elektronischer Beschaffungsmechanismen werden als Verbesserung gesehen.

Aus Sicht des Europäischen Handwerks und der KMU, welche direkt oder indirekt (als Unterauftragnehmer bzw. durch Ausweitung der Anwendung auch unterhalb der Schwellenwerte) genau so von den Regelungen betroffen sind wie große Unternehmen, müssen jedoch folgende Probleme aufgeworfen werden, welche einer konstruktiven Lösung zuzuführen sind, wenn es die Europäischen Institutionen ernsthaft ihr Anliegen, den kleinen und mittleren Unternehmen den Zugang zum Binnenmarkt zu erleichtern, auch im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe umsetzen wollen.

### 1. Besonders komplexe Aufträge (Art.29 und 30)

Die nicht sehr klare Definition des Anwendungsbereiches wird dazu führen, daß dieses Verfahren vom Auftraggeber mißbraucht werden kann, um sich den Aufwand für die Erstellung eines aufwendigen Leistungsverzeichnisses zu entziehen bzw. um unerlaubterweise ins Verhandlungsverfahren zu flüchten.

Nicht ausreichend geregelt sind weiters der Kostenersatz für umfangreiche Vorarbeiten zur Erstellung eines Lösungsvorschlages (muß verpflichtend werden) und Fragen des Urheberschutzes, da Auftragnehmer dazu tendieren einzelne Elemente verschiedener Vorschläge zu kombinieren. Werden Teile eines Lösungsvorschlages von einem Unterauftragnehmer eingebracht, muß dieser Urheberschutz auch seitens des Generalunternehmers gewährt werden bzw. dem Unterauftragnehmer auf die Ausführung überantwortet werden.

Weiters erscheinen die Fristen für die Erstellung von Lösungsvorschlägen bei besonders komplexen Aufträgen nicht ausreichend. UEAPME schlägt 52 Tage als Minimum vor.

UEAPME anerkennt zwar grundsätzlich die Notwendigkeit eines solchen Verfahrens, erwartet sich aber eine genauere Abgrenzung des Anwendungsbereiches um Mißbrauch auszuschließen.

## **2. Fristen bei elektronischen Beschaffungsmechanismen (Art.37)**

Bei Übermittlung der Bekanntmachung bei Email und Zurverfügungstellung der Angebotsunterlagen via Internet kann die Frist zur Angebotserstellung/Bewerbung um 12 Tage verkürzt werden. Dies ist mehr als die Zeitersparnis im Vergleich zur Übermittlung per Fax bzw. auf Diskette (Angebotsunterlagen) und führt zur Benachteiligung der KMU. Eine allfällige Zeitersparnis sollte daher eher zur Verbesserung der Qualität der Angebote genutzt werden.

Sollen jenen Unternehmen (KMU), die noch nicht im vollen Umfang neue Informationstechnologien nutzen, nicht vom Verfahren ausgeschlossen werden, wären Übergangsfristen für die ausschließliche Verwendung elektronischer Beschaffungsmechanismen notwendig.

## **3. Technische Spezifikationen (Art.24)**

Die generelle Erlaubnis die technischen Spezifikationen als Leistungs- und Funktionsanforderungen zu definieren und nicht durch Bezugnahme auf bestehende Regelungen (Normen etc.) führt zu einem höheren Aufwand bei der Angebotserstellung und benachteiligt dadurch KMU.

Eine Abweichung von der bisherigen Bestimmung wird jedoch dort akzeptiert, wo es um Innovation und technischen Fortschritt geht. Dies sollte jedoch darauf beschränkt und besonders begründet werden.

## **4. Unteraufträge(Art.26)**

Die Verpflichtung zur Nennung der Unterauftragnehmer sollte in der Richtlinie nicht nur ermöglicht sondern festgeschrieben werden, zumindest für Unteraufträge die mehr als 10% der Gesamtsumme ausmachen. Nur so kann sichergestellt werden, dass der Unterauftragnehmer eine faire Verhandlungsposition gegenüber dem Generalunternehmer bekommt.

Weiters sollten gewisse Mindeststandards für Unteraufträge festgelegt werden und zur Vermeidung von Zahlungsverzug seitens des Generalunternehmers wäre die direkte Zahlung des Unterauftragnehmers durch den Auftraggeber zu prüfen.

## **5. Zuschlagsverfahren (Art.53)**

Zahlreiche Unternehmen beklagen sich, dass viele Auftragnehmer, selbst im Bestbieter-Verfahren, zu sehr den Preis in den Vordergrund stellen (Folgekosten sind oft aus anderen Budget zu decken). Eine Bekanntgabe der Gewichtung könnte hier Abhilfe schaffen. In diesem Zusammenhang sei auf die Arbeiten der Arbeitsgruppen (DG ENTER) über "Bestbieter-Verfahren" und "Abnormal niedrige Angebote" verwiesen.

## **6. Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit (Art.48)**

Der Verzicht auf die Bekanntgabe einer Erklärung über den Anteil des Umsatzes bei Bauarbeiten am Gesamtumsatz reduziert die Aussagekraft von Umsatzzahlen bezüglich der wirklichen Leistungsfähigkeit des Bieters bei Bauaufträgen.

## **7. Aufteilung in Lose (Art.26)**

Die Entwicklung hin zur Vergabe von Generalunternehmer-Verträgen insbesondere in der Bauwirtschaft benachteiligt KMU im Bereich der Haustechnik und des Baunebengewerbes. Auftraggeber sollten angehalten werden, technisch zusammenhängende Teile eines Projektes getrennt auszuschreiben.

Weitere Anmerkungen zu Änderungswünschen, die von anderen vorgetragen wurden:

## **8. Vergabefremde Kriterien (Art.23)**

Grundsätzlich sollen alle Unternehmen, die das Recht haben eine bestimmte Leistung zu erbringen, zugelassen und dem wirtschaftlich besten Angebot (Preis, Qualität, etc.) der Zuschlag erteilt werden. Zusätzliche Kriterien, die nicht die Wirtschaftlichkeit der Leistung aus der Sicht des Auftraggebers erhöhen, sondern aus sozial- oder umweltpolitischen Gründen auferlegt werden, sind hintanzuhalten. Dies ist Aufgabe der jeweiligen nationalen Gesetzgebung und soll das ohnehin komplizierte Vergabeverfahren nicht verwässern.

Die Einhaltung der national geltenden Vorschriften bei der Ausführung des Auftrages und die Prüfung der grundsätzlichen Gesetzestreue bei der Prüfung der Zuverlässigkeit sollten genügen.

Strikt abzulehnen sind jedoch Vorschläge in Richtung der Anwendung nicht auftragsbezogener Kriterien, wie das Vorhandensein nicht verbindlicher Umweltzertifikate (EMAS, etc.) bzw. spezieller unverbindlicher Sozialprogramme. Dies würde nicht nur dem Prinzip, das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot zu finden widersprechen, sondern auch dem Auftraggeber einen ungebührlichen Manipulationsspielraum eröffnen (Wahl der Kriterien).

## **9. Schwellenwerte (Art.8)**

Eine Erhöhung der Schwellenwerte gegenüber dem Kommissionsvorschlag wäre nicht nur WTO widrig, sondern würde auch dem Prinzip der Durchsetzung des Binnenmarktes zuwiderlaufen.

## **10. KMU Quote**

UEAPME steht einer Einführung einer speziellen Quote für Aufträge an KMU skeptisch gegenüber. Unser Ziel ist die Schaffung von fairen Bedingungen unter denen KMU gleichberechtigt teilnehmen können, nicht die Bevorzugung gegenüber großen Unternehmen.

## **11. Qualifikationssysteme**

Die Einführung von verbindlichen Qualifikationssystemen darf nur auf Basis einheitlicher europäischer Standards erfolgen.

## Schlußbemerkungen

Neben den Anmerkungen zum vorliegenden Richtlinienvorschlag möchte UEAPME noch auf erhebliche Defizite im Zusammenhang mit der Rechtsdurchsetzung in verschiedenen Mitgliedstaaten und auf europäischer Ebene hinweisen, welche eine Überarbeitung der Rechtsmittelrichtlinie notwendig machen.

Abschließend möchten wir die Mitglieder des Parlaments aber auch die einzelnen Mitgliedsstaaten ersuchen, bei ihrer weiteren Arbeit an dieser Richtlinie, das Ziel der Durchsetzung des Binnenmarktes für öffentliche Aufträge, nicht aus den Augen zu verlieren. Vergabefremde Kriterien und spezielle Regelungen für bestimmte Aufträge sollten immer auch bezüglich ihrer Mißbrauchsmöglichkeit zur Durchsetzung von Partikularinteressen und zur Umgehung eines fairen und transparenten Vergabeverfahrens geprüft werden.

Weitere Informationen:

UEAPME  
Gerhard Huemer  
Rue Jacques de Lalaing 4  
1040 Bruxelles

Tel: +32 2 2850 719

Fax: +32 2 230 7861

Email: [gerhard.huemer@ueapme.kmonet.be](mailto:gerhard.huemer@ueapme.kmonet.be)

*II. c) Special contract performance conditions – environmental and social aspects as contract award criteria*

**Globe E.U.**

## DE

### **Stellungnahme zum Entwurf der Richtlinien des Europäischen Parlamentes und Rates COM(2000)0275 und COM(2000)0276 zur Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens**

Grundsätzlich ist festzuhalten, daß das im Vertrag von Amsterdam festgelegte Ziel einer nachhaltigen Entwicklung der Europäischen Union, das auch im Rat von Helsinki und durch die Mitteilung der Kommission "Shaping the New Europe" Strategic Objectives 2000-2005 vom 9.2.2000 verstärkt wurde, in den obigen Richtlinienentwürfen nicht enthalten ist.

Derzeit werden in einer Kommissionspräsident Prodi unterstellten Arbeitsgruppe die Vorbereitung zur Strategie der Europäischen Union zur Nachhaltigen Entwicklung, die am kommenden Gipfel in Göteborg beschlossen werden soll, koordiniert .

Im Sinne der Kohärenz der gemeinschaftlichen Gesetzgebung und Politiken sollten die Vorgaben dieser Strategie auch Niederschlag in den Richtlinien zum öffentlichen Beschaffungswesen finden.

Hierbei genügt es sicher nicht, in den Erwägungen das Ziel der Nachhaltigen Entwicklung zu erwähnen, sondern es ist notwendig sowohl bei den Erwägungsgründen als auch in den einzelnen entsprechenden Artikeln Ergänzungen vorzunehmen.

#### NACHHALTIGE ENTWICKLUNG

Erwägung 2 (sowohl bei COM(2000)275 als COM(2000)276

Als Prinzipien einfügen : Nachhaltige Entwicklung, Integration von Umweltbelangen in alle Politikbereiche, Vorsorgeprinzip

Um Nachhaltigkeitsstrategie durchführen zu können:

Dazu Zusätze bzw. Änderungen in den Artikeln zu den technischen Spezifikationen 24 COM(2000)275 und 34 COM(2000)276 betreffend Lebenszyklus von Produkten , Herstellung, Entsorgung, besonders wichtig auch die Möglichkeit bei der Ausschreibung Prozess der Herstellung vorgeben zu können.

Ergänzende Änderungen bei den Artikeln 53/1 bzw: 54/1

Es sollte generell als Kriterium für Auftragserteilung das wirtschaftlich beste Angebot gelten.

Um die wirtschaftlich beste und damit auch nachhaltige Lösung bestimmen zu können sollten die in Artikel 53/1b und 54/1a enthaltenen Kriterien ergänzt werden : Lebenszyklus, Umweltauswirkungen bei Herstellung, Transport, Verwendung und Entsorgung, Auswirkungen auf die Volksgesundheit Energieeffizienz, Effizienz der eingesetzten und beim Betrieb notwendigen Materialien, Auswirkungen auf den sozialen Zusammenhang, Raumordnungsmaßnahmen, sowie Kompatibilität mit durch gemeinschaftlicher Gesetzgebung geregelter und auf Gemeinschaftsebene vergebenen Gütesiegeln (vergleiche EMAS-Verordnung)

Bei der Festlegung der Kriterien soll auch die Ergebnisse der seit langem geführte Diskussion um die Internalisierung der externen Kosten berücksichtigt werden.

Um die Gebietskörperschaften nicht mit zu grossen bürokratische Bürden zu belasten und die Transparenz zu gewährleisten, sollten auf Unionsebene koordinierte Kriterienlisten erstellt werden.

Dies würde sowohl die Durchsetzung einer gemeinschaftlichen Nachhaltigkeitsstrategien unterstützen als auch zu klaren Vorgaben für Drittländer führen.

## VERPFLICHTUNGEN AUS INTERNATIONALEN VERTRÄGEN UND VEREINBARUNGEN

In der Erwägung 8 COM(2000)275 bzw. 20 COM(2000)276 und den entsprechenden Artikeln 17 sowie 23 wäre eine Ergänzung zu internationalen und/oder bilateralen/multilateralen Verpflichtungen angebracht.

Zum Beispiel:

Die Gemeinschaft hat sich zur Erreichung des Kyotozieles der Senkung von Treibhausgasen verpflichtet ebenso zu der Implementierung der Umweltkonvention von Rio. Um diese Ziele erreichen zu können, haben sich in allen Mitgliedsstaaten viele Kommunen und Gebietskörperschaften zu Klimaschutzbündnissen und Organisationen zur Implementierung der Agenda 21 zusammengeschlossen und die öffentlichen Beschaffungsbestimmungen durch zumeist einstimmige Beschlüsse der gewählten politischen Gremien zur Erreichung der Nachhaltigkeits bzw. Emissionsreduktionsziele umgestaltet.

Es ist darauf zu achten, daß auf Grund neuer Gemeinschaftsgesetzgebung diese Ziele weiter unterstützt werden.

## ZUGANG ZU UMWELTINFORMATIONEN

Die Konvention von Aarhus über das Recht der Öffentlichkeit auf Zugang zu Umweltinformationen wird derzeit in einer Reihe von Mitgliedstaaten implementiert. Die vorliegenden Richtlinienentwürfe bilden eine hervorragende Möglichkeit sich schon bei Ausschreibung und später bei Zuteilung von öffentlichen Aufträgen über die Umweltverträglichkeit zu informieren, so wäre Transparenz des Marktes nicht nur für die potentiellen Anbieter, sondern auch für die potentieller Verbraucher von öffentlichen Leistungen gewährleistet.

Eine zusätzliche Erwägung sollte auf diesen Zusammenhang hinweisen.



*II. c) Special contract performance  
conditions – environmental and  
social aspects as contract award  
criteria*

## **European Disability Forum**

The European Disability Forum  
Response  
on the proposals for the  
European Parliament  
and Council directives  
on the co-ordination  
of public procurement  
legislation

(COM 2000/275 and COM 2000/276)  
**EDF 00/27 – 15 December 2000**

*"States should recognise the rights of organisations of persons with disabilities to represent persons with disabilities at national, regional and local levels. States should also recognise the advisory role of organisations of persons with disabilities in decision-making on disability matters."*

*Rule 18 of the United Nations Standard Rules on the Equalisation of Opportunities for Persons with Disabilities*

**Doc EDF 00/27 EDF's response on the proposals for the European Parliament and Council directives on the co-ordination of Public Procurement legislation**

The document is available in French, and on diskette or in large-print upon demand from the EDF Secretariat, and on the EDF Web site at: <http://www.edf-feph.org/>  
© Copyright European Disability Forum 2000. This document may be quoted and reproduced, provided the source is given

**TABLE OF CONTENTS**

<b>1 This is EDF .....</b>	<b>35</b>
<b>2 Introduction.....</b>	<b>35</b>
<b>3 The legal text.....</b>	<b>35</b>
<b>4 Examples of the functioning of this mechanism.....</b>	<b>37</b>
<b>5 Conclusions .....</b>	<b>37</b>
<b>ANNEX I .....</b>	<b>38</b>
<b>ANNEX II .....</b>	<b>39</b>
<b>Annex 3: Other relevant EDF documents .....</b>	<b>41</b>

## 1 This is EDF

The European Disability Forum (EDF) is a European umbrella organisation with 70 European NGOs and 17 National Councils from all of the EU and EEA as members.

EDF was founded in 1996 in order to advance disabled people's human rights and promote equal opportunities in the EU Institutions and Member States in accordance with principles of non-discrimination. It was set up by organisations of disabled people and parents of disabled people unable to represent themselves who were conscious of the growing importance of decisions at European Union level and of its impact on the lives of disabled citizens. They recognised the need to establish a truly representative consultative body that would tackle European Union common policy issues of concern to the whole of EDF membership and the need for strategic campaign work and systematic monitoring of legislative proposals.

EDF is today acknowledged by the EU Institutions, the Council of Europe, the European Social Partners and other Social policy NGOs as the major umbrella organisation representing the interests of 37 million disabled citizens in Europe.

## 2 Introduction

Public Procurement is the Cinderella of the Internal Market policy. It is largely unknown territory to the citizen and frequently ignored by the authorities. Despite this problem, Public Procurement is of critical importance. From an economic point of view, the public procurement market accounts for 14% of the European Union's GDP, equivalent to half of the German economy and around Euro 1000 billion.

The European Disability Forum (EDF) welcomes the insertion of environmental aspects as part of the objective criteria in the award of a contract in the Commission proposal as an addition to the classic economic criteria. However, it is absolutely necessary to also introduce social aspects, a position that the European Parliament has been defending since the 1980s, in accordance with the three pillars of Sustainable Development (economic-social-environmental). Insertion of appropriate social provisions in EU public procurement legislation would act as the best incentive possible to promote direct employment of workers with disabilities and other disadvantaged groups, serving as a catalyst for social inclusion.

In addition, EDF's amendments will bring light to a grey area of law and are compatible with the recent thinking of the European Court of Justice, which has disregarded the Commission views on this issue<sup>1</sup>. The recent judgement in Case C-225/98 makes Whereas 32 of the Utilities Directive obsolete, as it was based on the Beentjes judgement, which took a much narrower approach to the introduction of social aspects.

## 3 The legal text

There are five basic ways in which social policy criteria can be taken into account in public procurement:

---

<sup>1</sup> See Case C-225/98. Commission v French Republic 26 September 2000. Paragraphs 50 to 56

- 1) By requiring the tenderer to agree that he will comply with national requirements
- 2) By requiring the tenderer to prove that he has not been found guilty of any breach of any social laws
- 3) As part of the objective criteria in the award procedure
- 4) As a condition for the performance of the contract.
- 5) As a supplementary award criterion in accordance with the jurisprudence and which could be codified in the legal texts

EDF's amendment relates to the third possibility: As part of the objective criteria in the award procedure. This would place social aspects on an equal footing with the Commission amendment on "environmental characteristics".

The proposed amendments (see Annexes) are consistent with Articles 13 and 137 of the EC Treaty, with the rules of the Internal Market and the EU Social Policy<sup>1</sup> and echo what was already in the past implemented by several Member States. In addition, Canada and the United States have had similar legislation at Federal and Province/State level for decades.

The proposed amendments consist of introducing in the award criteria, next to the environmental aspects, *the tenderer's policies on equal treatment<sup>2</sup> and on integration of persons excluded from the labour market* as one of the objective criteria to be considered by a contracting authority in determining the most economically advantageous offer.

The concrete parameters, as in the case of environmental aspects, will have to be developed in subsequent guidelines for contracting authorities, on how to measure in practice the social factors among the many different objective criteria. EDF has already started work on this, and systems using social aspects as supplementary awarding criteria have already been successfully implemented in different Member States, for example France, Spain, the UK and Italy.

The quality of the equal treatment and integration of persons excluded from the labour market plan can be measured according to clear criteria. This will result in an economic benefit in two different ways:

- a) Minimising the risk of the contractor being prosecuted or sued for not complying with social legislation, thus ensuring that the contract can be effectively implemented.
- b) Minimising the risk of consumer boycott or protest for not respecting equal treatment principles. This is becoming more and more an issue for worldwide companies, with the risk of huge economic losses<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Council Resolution of 22 February 1999 on the 1999 Employment Guidelines reads: "9. Give special attention to the needs of the disabled, ethnic minorities and other groups and individuals who may be disadvantaged, and develop appropriate forms of preventive and active policies to promote their integration into the labour market". OJ C069, 12.03.1999, p 2-8.

<sup>2</sup> Equal Treatment in employment, vocational training, promotion and working conditions constitutes one of the objectives of the Community (Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women). According to European Union legislation, equal treatment means that there shall be no discrimination whatsoever on grounds of disability, gender, race, age, belief or sexual orientation either directly or indirectly. In the case of disabled people the application of the principle of equal treatment implies the removal of barriers that deny equality of access to employment, primarily through reasonable accommodation of the needs and abilities of disabled people (Council Directive establishing a general framework for equal treatment on employment and occupation, adopted on 27-11-2000 and to be published in the Community O.J.).

<sup>3</sup> This is the case, for example, of a supply contract where the supplier is being accused of using child labour. See article ([http://www.economist.com/displayStory.cfm?Story\\_ID=187886](http://www.economist.com/displayStory.cfm?Story_ID=187886)) of The Economist, 25 January 1999, about AUDITION MARCHES PUBLICS – DOSSIER PARTIE II

Conversely, the lack of any effort towards the implementation of social policy schemes would result in a competitive advantage for those companies without a social conscience, distorting competition.

#### 9. 4 Examples of the functioning of this mechanism

EDF welcomes the Commission introduction of an "environmental characteristics" criterion, which departs from a formal and rigid economic evaluation. To illustrate this point with an example, under the previous system if a municipality wanted to acquire a fleet of buses they would take into account, maintenance, consumption etc. One can imagine that, after careful consideration, two offers are shortlisted: one is slightly cheaper but its buses are high on emissions; the other is more expensive due to its buses incorporating the latest technology on emissions control. Under current legislation the contracting authority will be forced to acquire the dirtier technology and thus make a major contribution to pollution. This is because from a micro-economic perspective (lower price and most advantageous offer), the contracting authority does not directly benefit from avoiding pollution and pollution is not directly related to the object of the contract.

By introducing the environmental criterion, the municipality could choose the cleaner technology, even if it is marginally more expensive, and so spare its citizens exposure to pollution and related diseases. This will translate into macroeconomic saving in public health costs and contribute to the well being of all citizens.

However, this positive development has no counterpart in the field of social affairs. One can equally well imagine a municipality needing to procure certain clothing for municipal workers. After careful examination of the quality and the aesthetics, two contractors are shortlisted: one is a profitable and well established multinational which offers a slightly better price and operates in the regular labour market, the other is a company providing specially organised workplaces for disabled workers. The latter has had to adapt its entire working environment to the specific needs of these workers, which may have an effect on the final price of the garments. Under the present legislation and the Commission's current proposal, the municipality will be forced to choose the multinational company, a decision that would endanger the specially organised workplaces. Far from being a hypothetical example, this situation has occurred in many Member States with disastrous consequences for companies with a social conscience which can bring monetary and non-monetary benefits to the awarding authorities and beyond in the wider community.

EDF believes that any tenderer who spends money on a well-thought-out non-discrimination scheme deserves to be rewarded because he offers a much better product/service for society.

#### 10. 5 Conclusions

For all the above reasons, we urge you to consider the attached amendments and use all of your powers to gain recognition of certain social aspects as supplementary criteria of award as proposed by EDF. This would greatly contribute to a more just society for all.

---

boycotts on Nike due to the use of sweatshops, and the problems other companies face, like Mattel and Disney for the same reason. Mr Sethi (from Mattel) said that even a modest boycott around Christmas would probably cost the company far more than its compliance programme (to put their factories in line with standard working conditions). More recently Coca-Cola agreed to pay \$192.5 m to settle a class action racial discrimination lawsuit after more than five month of negotiations in which the black community had threatened a consumer boycott (see FT November 17 2000).

## 11. ANNEX I

### **EUROPEAN DISABILITY FORUM AMENDMENTS FOR THE INCLUSION OF SOCIAL CONSIDERATIONS IN PUBLIC PROCUREMENT POLICIES**

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Co-ordination of procedures for the award of public supply contracts, public service contracts and public works contracts (COM (2000) 275 final Brussels, 10.5.2000).

#### **AMENDMENT 1**

Add a new whereas

*(30 a - new)*

*The principle of equal treatment and integration of persons excluded from the labour market are recognised in articles 13 and 137 of the EU Treaty. Tenderers implementing these principles, whether voluntarily or in conformity with statute, may be at a disadvantage when submitting an offer if social considerations are not taken into account at the moment of the award of the contract. This disadvantage risks distorting competition and having an effect on the Internal Market.*

#### 1.1.1.1.6. AMENDMENT 2

Commission Text

Amendment

## Article 53

### 11.1.1.1. Contract award criteria

Without prejudice to national laws, regulations or administrative provisions on the remuneration of certain services, the criteria on which the contracting authorities shall base the award of the contracts shall be:

- a) either the lowest price only; or
- b) When award is made to the most economically advantageous tender for the contracting authorities, various criteria directly linked to the subject of the public contract in question: for example, quality, price, technical merit, aesthetic and functional characteristics, environmental characteristics, running costs, cost-effectiveness, after-sales service and technical assistance, delivery date and delivery period or period of completion.

## Article 53

### Contract award criteria

Without prejudice to national laws, regulations or administrative provisions on the remuneration of certain services, the criteria on which the contracting authorities shall base the award of the contracts shall be:

- a) either the lowest price only; or
- b) When award is made to the most economically advantageous tender for the contracting authorities, various criteria directly linked to the subject of the public contract in question: for example, quality, price, technical merit, aesthetic and functional characteristics, environmental characteristics, the tenderer's policies on equal treatment and on integration of persons excluded from the labour market, running costs, cost-effectiveness, after-sales service and technical assistance, delivery date and delivery period or period of completion.

## 12. ANNEX II

### EUROPEAN DISABILITY FORUM AMENDMENT FOR THE INCLUSION OF SOCIAL CONSIDERATIONS IN PUBLIC PROCUREMENT POLICIES

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Co-ordination of procedures of entities operating in the water, energy and transport sectors COM (2000) 276 final Brussels, 10.5.2000.

#### AMENDMENT 1

## Replace whereas 32

Commission Text	Amendment
32 <del>A contract performance condition is compatible with the Directive provided that it does not directly or indirectly discriminate against tenderers from other Member States and provided that it is indicated in the contract notice. Such a condition may, among other things, have as its purpose the favouring of employment for excluded or disadvantage persons or the reduction of unemployment</del>	(32) <u>The principles of equal treatment and integration of persons excluded from the labour market are recognised in articles 13 and 137 of the EC Treaty. Tenderers implementing these principles, whether voluntarily or in conformity with statute, may be at a disadvantage if social considerations are not taken into account at the moment of the award of the contract. This disadvantage risks distorting competition and having an effect on the Internal market</u>

## AMENDMENT 2

Commission text	Amendment
<b>Article 54</b>	<b>Article 54</b>
Contract award criteria	12.1.1.1. Contract award criteria
Without prejudice to national laws, regulations or administrative provisions on the remuneration of certain services, the criteria on which the contracting entities shall base the award of the contracts shall be:	Without prejudice to national laws, regulations or administrative provisions on the remuneration of certain services, the criteria on which the contracting entities shall base the award of the contracts shall be:
a) where the contract is awarded on the basis of the most economically advantageous tender for the contracting entities, various criteria directly linked to the subject-matter of the contract in question such as delivery or completion date, running costs, cost effectiveness, quality, aesthetic and functional characteristics, environmental characteristics, technical merit, after-sales service and technical assistance, commitments with regard to spare parts, security of	a) where the contract is awarded on the basis of the most economically advantageous tender for the contracting entities, various criteria directly linked to the subject-matter of the contract in question such as delivery or completion date, running costs, cost effectiveness, quality, aesthetic and functional characteristics, environmental characteristics, <u>the tenderer's policies on equal treatment and on integration of persons excluded from the labour market,</u>



- supply and price; or
- b) The lowest price only.
- technical merit, after-sales service and technical assistance, commitments with regard to spare parts, security of supply and price; or
- b) The lowest price only.

### 13. Annex 3: Other relevant EDF documents

#### 13.1.

- EDF00/21** EDF response to the Proposal for a Council's Decision on guidelines for Member States' employment policies for 2001 (COM(2000)548)
- EDF 00/14** EDF response: EU Social Policy Agenda -2000-05 EN/FR
- EDF 00/9** EDF contribution to the Community Programme on Gender Equality (2001-5) 2000-04 EN
- EDF 00/5** EDF Work Programme 2000-2001
- EDF 00/4** EDF response: Community Action Programme to Combat Discrimination 2000-03 EN
- EDF 00/1** What next for the improvement of employment opportunities for Disabled people? EDF Employment core policy document 2000-01 EN/FR
- EDF 99/13** How Article 13 directives can Combat Disability discrimination ? 1999-11 EN/FR
- EDF 99/6** The EDF Guide to the 1999 NAPs: The Opportunity to improve ..." 1999-03 EN
- EDF 98/2** Final report on mid-term review of the Structural Funds(NGO)(1998-03)EN
- EDF 97/8** Summary report 'Funding for Disability Actions 1997 – Evaluation (1997-10-08) EN/FR
- EDF97/6** Review and Reform of the Structural Funds (1997-08-27) EN/FR
- EDF 97/5** Equal Opportunities Recruitment Handbook (1997-07)

More information is available on the EDF website at: <http://www.edf-feph.org>

#### Contact persons

Stefan Trömel, Director Tel: +32-2-282.46.04 E-mail: [director@edf-feph.org](mailto:director@edf-feph.org)  
 Carlotta Besozzi, Membership and Policy Officer Tel: +32-2-286.51.81.  
 E-mail: [membership@edf-feph.org](mailto:membership@edf-feph.org)

## FR

# Réaction du Forum Européen des Personnes Handicapées aux propositions de directives du Parlement européen et du Conseil sur la coordination de la législation en matière de marchés publics (COM 2000/275 et COM 2000/276)

**FEPH 00/27 – 15 décembre 2000**

*"Les Etats devraient reconnaître le droits des organisations de personnes handicapées à représenter les personnes handicapées aux niveaux national, régional et local. Les Etats devraient également reconnaître le rôle de conseiller des organisations de personnes handicapées dans les prises de décisions sur des sujets relatifs au handicap."*

**Règle 18 des Règles Standard des Nations-Unies sur l'égalisation des chances pour les personnes handicapées**

**Doc. FEPH 00/27 Réaction du FEPH aux propositions de directives du Parlement européen et du Conseil sur la coordination de la législation en matière de marchés publics**

Ce document est disponible en anglais, sur diskette ou en grands caractères d'imprimerie sur demande au secrétariat du feph; il est également disponible sur le site web du feph: <http://www.edf-feph.org/>

© Droits d'auteurs Forum Européen des Personnes Handicapées 2000. Ce document peut être cité et reproduit à condition de citer la source

## **TABLE DES MATIERES**

<b>1 Ce qu'est le FEPH.....</b>	<b>43</b>
<b>2 Introduction.....</b>	<b>43</b>
<b>2 Le texte légal.....</b>	<b>44</b>
<b>3 Exemples de fonctionnement de ce mécanisme.....</b>	<b>45</b>
<b>4 Conclusions.....</b>	<b>46</b>
<b>ANNEXE I.....</b>	<b>46</b>
<b>ANNEXE II.....</b>	<b>47</b>
<b>Annexe 3: Autres documents pertinents du FEPH.....</b>	<b>49</b>

#### 4 Ce qu'est le FEPH

Le Forum Européen des Personnes Handicapées (FEPH) est une organisation parapluie européenne composée de 70 ONGs européennes et de 17 conseils nationaux de toute l'UE et de l'EEE.

Le FEPH a été fondé en 1996 afin de faire progresser les droits humains des personnes handicapées et de promouvoir l'égalité des chances dans les Institutions de l'UE et dans les Etats membres en accord avec les principes de non-discrimination. Il a été créé par des organisations de personnes handicapées et de parents de personnes handicapées ne pouvant pas se représenter elles-mêmes qui étaient conscientes de l'importance croissante des décisions au niveau de l'Union européenne et de leur impact sur la vie des citoyens handicapés. Ces organisations ont reconnu la nécessité d'établir un véritable organe représentatif qui traiterait des sujets politiques de l'UE pertinents pour l'ensemble des membres du FEPH et elles ont reconnu la nécessité d'un travail de campagnes stratégiques et d'une surveillance systématique des propositions législatives.

Le FEPH est aujourd'hui reconnu par les Institutions européennes, le Conseil de l'Europe, les partenaires sociaux européens et les autres ONGs sociales comme la plus grande organisation parapluie représentant les intérêts de 37 millions de citoyens handicapés en Europe.

#### 5 Introduction

La passation de marchés publics est la Cendrillon de la politique du marché intérieur. C'est un territoire inconnu du citoyen et fréquemment ignoré par les autorités. Malgré tout, la passation de marchés publics revêt une importance considérable. D'un point de vue économique, les marchés publics représentent 14% du PIB de l'Union européenne, soit l'équivalent de la moitié de l'économie allemande ou encore 1000 milliards d'euros.

Le FEPH accueille favorablement l'insertion de critères environnementaux comme faisant partie des critères objectifs pour l'attribution des marchés dans la proposition de la Commission en plus des critères économiques classiques. Cependant, il est absolument nécessaire d'introduire des aspects sociaux, une position d'ailleurs défendue par le Parlement européen depuis les années 80, en accord avec les trois piliers du développement durable (économique, social, environnemental).

L'insertion de dispositions sociales appropriées dans la législation communautaire en matière de marchés publics agirait comme un encouragement permettant de promouvoir l'emploi direct de travailleurs handicapés et d'autres groupes défavorisés et servirait de catalyseur à l'inclusion sociale.

En outre, les amendements du FEPH apporteront de la lumière à cette zone d'ombre de la loi et ils sont compatibles avec la récente manière de penser de la Cour de Justice européenne qui est en désaccord avec le point de vue de la Commission en la matière<sup>1</sup>. Le récent arrêt du cas C-225/98 rend le considérant 32 de la Directive équipements obsolète, puisqu'il se base sur le jugement Beentjes, qui adopte une approche beaucoup plus étroite relativement à l'introduction d'aspects sociaux.

---

<sup>1</sup> Voir arrêt C-225/98. Commission contre République française 26 septembre 2000. Paragraphes 50 à 56

## 14. 2 Le texte légal

Il y a cinq manières principales de prendre en compte les critères de politique sociale dans la passation de marchés publics:

- 1) en demandant au soumissionnaire de s'engager à respecter les exigences nationales
- 2) en demandant au soumissionnaire de prouver qu'il n'est pas coupable de violation des lois sociales
- 3) comme faisant partie des critères objectifs de la procédure de passation
- 4) comme une condition à l'exécution du contrat.
- 5) comme un critère d'attribution supplémentaire en accord avec la jurisprudence et qui puisse être codifié dans des textes légaux

L'amendement du FEPH s'inscrit dans la troisième possibilité: à savoir, comme faisant partie des critères objectifs de la procédure d'attribution. Ceci permettrait aux aspects sociaux d'être sur le même pied que l'amendement de la Commission sur les « caractéristiques environnementales »

Les amendements proposés (voir Annexes) sont cohérents avec les Articles 13 et 137 du Traité CE, les règlements du marché intérieur et la politique sociale communautaire<sup>1</sup> et ils reflètent ce qui a déjà été mis en application dans le passé par différents Etats membres. En outre, le Canada et les Etats-Unis ont une législation similaire au niveau fédéral, provincial et des Etats depuis des décennies.

L'amendement proposé consiste à introduire dans les critères d'attribution, en plus des aspects environnementaux, *les politiques de la part du soumissionnaire d'égalité de traitement<sup>2</sup> et d'intégration des personnes exclues du marché du travail* comme un des critères objectifs que le pouvoir adjudicateur prendra en considération lorsqu'il déterminera l'offre la plus avantageuse économiquement

Les paramètres concrets, comme dans le cas des aspects environnementaux, devront prendre la forme de lignes directrices pour les pouvoirs adjudicateurs pour expliquer comment mesurer dans la pratique les facteurs sociaux parmi les nombreux critères objectifs différents. Le fepH a déjà commencé à étudier le sujet et des systèmes utilisant les aspects sociaux comme des critères supplémentaires dans l'attribution ont déjà été mis en place dans plusieurs Etats membres dont la France, l'Espagne, le Royaume-Uni et l'Italie.

---

<sup>1</sup> Résolution du Conseil du 22 février 1999 sur les lignes directrices pour l'emploi 1999: "9. Accorde une attention spéciale aux besoins des personnes handicapées, des minorités ethniques et d'autres groupes ou personnes individuelles qui peuvent être désavantagée. Développe des formes appropriées de politiques préventives et actives afin de promouvoir leur intégration dans le marché de l'emploi". JO C069, 12.03.1999, p 2-8.

<sup>2</sup> L'égalité de traitement dans l'emploi, la formation professionnelle, la promotion et les conditions de travail constitue l'un des objectifs de la Communauté (Directive du Conseil 76/207/EEC sur la mise en application du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes). D'après la législation européenne, l'égalité de traitement signifie qu'il ne peut y avoir aucune discrimination sur base du handicap, du genre, de la race, de l'âge, de la croyance ou de l'orientation sexuelle, ni directement, ni indirectement. Dans le cas des personnes handicapées, l'application du principe d'égalité de traitement implique l'abolition des entraves qui empêchent l'accès à l'emploi et ce grâce à un aménagement raisonnable par rapport aux besoins des personnes handicapées (directive du Conseil établissant un cadre général pour l'égalité de traitement au travail et dans l'emploi, adoptée le 27/11/00 et à publier au JO de la Communauté)

La qualité des plans pour l'égalité de traitement et l'intégration des personnes exclues du marché de l'emploi peut se mesurer grâce à des critères clairs. Ceci impliquera un bénéfice économique de deux façons différentes:

- c) Minimise le risque pour le pouvoir adjudicateur d'être poursuivi en justice pour non-respect de la législation sociale, assurant par-là la mise en application réelle du contrat.
- d) Minimise le risque d'un boycott ou d'une protestation de la part du consommateur par rapport au non-respect des principes d'égalité de traitement. Il s'agit d'un sujet de plus en plus important pour les entreprises de par le monde qui comporte un danger de pertes économiques énormes<sup>1</sup>.

A l'inverse, le manque d'efforts pour la mise en application d'une politique sociale résulterait en un avantage concurrentiel pour les entreprises ayant une conscience sociale, faussant ainsi la concurrence.

### 15.3 Exemples de fonctionnement de ce mécanisme

Le FEPH accueille favorablement l'introduction par la Commission d'un critère de "caractéristiques environnementales", qui se détache d'une évaluation économique formelle et rigide. Donnons un exemple pour illustrer ce point: dans le système précédent si une municipalité voulait acquérir une nouvelle flotte de bus, elle prenait en compte l'entretien, la consommation, etc. Imaginons qu'après examen approfondi, deux offres restent en compétition : l'une est un peu moins chère, mais ses bus ont de fortes émissions, l'autre est plus chère parce que ses bus possèdent les dernières technologies en matière de contrôle d'émissions. Dans la législation actuelle, le pouvoir adjudicateur serait obligé d'acquérir la technologie la plus sale, contribuant ainsi à la pollution. Et ce, parce que, d'un point de vue micro-économique (le prix le plus bas et l'offre la plus avantageuse), le pouvoir adjudicateur ne retire pas de bénéfices directs si il évite la pollution et parce que la pollution n'est pas directement liée à l'objet du contrat. Avec l'introduction d'un critère environnemental, la municipalité pourrait choisir la technologie la plus propre, même si elle est marginalement plus chère, et éviter ainsi à ses citoyens l'exposition à la pollution et aux maladies qui en découlent. Au niveau macro-économique, cela se traduira par des économies des frais de santé publique et contribuer au bien-être des citoyens. Toutefois, ces conséquences positives n'ont pas d'équivalent dans le domaine social. Imaginons une municipalité qui recherché des vêtements pour ses employés municipaux. Après examen de la qualité et de l'esthétique, deux soumissionnaires sont retenus: l'un est une entreprise multinationale bien établie et rentable qui offre un prix légèrement meilleur et qui fonctionne sur le marché de l'emploi normal, l'autre est une entreprise qui fournit des postes de travail spécialement conçus pour les travailleurs handicapés. La seconde a dû adapter tout son environnement de travail aux besoins spécifiques de ces travailleurs, ce qui peut avoir un effet sur le prix final des vêtements. Dans la législation actuelle et dans la proposition de la Commission, la municipalité sera forcée de choisir la multinationale, une décision qui peut

---

<sup>1</sup> C'est le cas par exemple d'un contrat de fourniture où le fournisseur est accusé d'utiliser de la main d'œuvre infantile.

Voir l'article ([http://www.economist.com/displayStory.cfm?Story\\_ID=187886](http://www.economist.com/displayStory.cfm?Story_ID=187886)) de The Economist, 25 janvier 1999, à propos des boycotts contre Nike à cause de l'utilisation d'ateliers clandestins, et les problèmes rencontrés par d'autres entreprises comme Mattel et Disney pour la même raison. M. Sethi (de Mattel) a déclaré que même un boycott modeste à l'époque de Noël coûterait plus à l'entreprise que son programme d'adaptation (pour que leurs usines respectent les normes en matière de conditions de travail). Plus récemment, Coca-Cola a accepté de payer \$192.5 millions pour résoudre une poursuite en justice de discrimination raciale après plus de cinq mois de négociations pendant lesquels la communauté noire avait menacé de boycotter la marque (voir FT 17/11 2000).

mettre en danger les postes de travail spécialement organisés. Loin d'être un exemple hypothétique, cette situation s'est produite dans de nombreux Etats membres avec de désastreuses conséquences pour les entreprises ayant une conscience sociale qui peuvent apporter des bénéfices monétaires et non monétaires aux pouvoirs adjudicateurs et, plus loin, à l'ensemble de la communauté.

Le FEPH pense que qu'un soumissionnaire qui dépense de l'argent dans un projet bien pensé de non-discrimination mérite d'être récompensé parce qu'il offre un meilleur produit et un meilleur service à la société.

#### 16. 4 Conclusions

Pour toutes les raisons mentionnées plus haut, nous vous enjoignons à prendre en considération les amendements annexes et à utiliser tous vos pouvoirs pour que certains aspects sociaux soient reconnus comme des critères supplémentaires pour l'attribution de marchés, comme le FEPH le propose. Ceci contribuerait grandement à une société plus juste pour tous.

#### 17. ANNEXE I

### **AMENDEMENTS DU FORUM EUROPEEN DES PERSONNES HANDICAPEES POUR L'INCLUSION DE CONSIDERATIONS SOCIALES DANS LES POLITIQUES DE MARCHES PUBLICS**

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux (COM (2000) 275 final Bruxelles, 10.5.2000).

#### **AMENDEMENT 1**

Ajouter un nouveau considérant

*(30 a - nouveau)*

*Les principes d'égalité de traitement et d'intégration des personnes exclues du marché du travail sont reconnus dans les articles 13 et 137 du Traité CE. Les soumissionnaires appliquant ces principes, volontairement ou en conformité avec un statut, peuvent être désavantagés lorsqu'ils présentent leur offre si les considérations sociales ne sont pas prises en compte au moment de l'attribution du marché. Ce désavantage risque de fausser la concurrence et d'avoir un effet sur le marché intérieur.*

## Article 53

17.1.1.1. Critères d'attribution des marchés  
Sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives à la rémunération de certains services, les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les marchés publics sont:

- c) Soit uniquement le prix le plus bas;
- d) Soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse pour les pouvoirs adjudicateurs, différents critères directement liés à l'objet du marché public en question: par exemple, la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

### Critères d'attribution de contrats

Sans préjudice pour les lois, réglementations ou dispositions administratives nationales relatives à la rémunération de certains services, les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les marchés publics seront:

- c) Soit uniquement le prix le plus bas;
- d) Soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse pour les pouvoirs adjudicateurs, différents critères directement liés à l'objet du marché public en question: par exemple, la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, les politiques du soumissionnaire sur l'égalité de traitement et l'intégration des personnes exclues du marché de l'emploi, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

## 18. ANNEXE II

### AMENDEMENT DU FORUM EUROPEEN DES PERSONNES HANDICAPEES POUR L'INCLUSION DE CONSIDERATIONS SOCIALES DANS LES POLITIQUES EN MATIERE DE MARCHES PUBLICS

Proposition pour une Directive du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation de marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports (COM (2000) 276 final Bruxelles, 10.5.2000).

## AMENDEMENT 1

### Remplacer le considérant 32

Texte de la Commission	amendement
32 les conditions d'exécution d'un marché sont compatibles avec la directive pour autant qu'elles ne soient pas directement ou indirectement discriminatoires à l'égard des soumissionnaires provenant d'autres Etats membres et pour autant qu'elles soient obligatoirement annoncées dans l'avis de marché. Elles peuvent, notamment, avoir pour objet de favoriser l'emploi des personnes défavorisées ou exclues ou de lutter contre le chômage.	(32) <u>Les principes d'égalité de traitement et d'intégration des personnes exclues du marché de l'emploi sont reconnus dans les articles 13 et 137 du Traité CE. Les soumissionnaires appliquant ces principes, volontairement ou en accord avec un statut, peuvent être désavantagés si des considérations sociales ne sont pas prises en compte au moment de l'attribution du marché. Ce désavantage risque de fausser la concurrence et d'avoir un effet sur le marché intérieur</u>

## AMENDEMENT 2

texte de la Commission	amendement
<b>Article 54</b>	<b>Article 54</b>

Critères d'attribution des marchés	18.1.1.1. Critères d'attribution des marchés
Sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives à la rémunération de certains services, les critères sur lesquels les entités adjudicatrices se fondent pour attribuer les marchés sont :	Sans préjudice pour les lois, réglementations ou dispositions administratives nationales sur la rémunération de certains services, les critères sur lesquels les autorités contractantes se basent pour l'attribution des marchés seront :
c) Soit, lorsque le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse pour les entités adjudicatrices, divers critères directement liés à l'objet du marché en question, par exemple, le délai de livraison ou d'exécution, les coûts d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, la valeur technique, le service après-vente et l'assistance technique, l'engagement en matière de	e) Soit, lorsque le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse pour les entités adjudicatrices, divers critères directement liés à l'objet du marché en question, par exemple, le délai de livraison ou d'exécution, les coûts d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, <u>les politiques du soumissionnaire en matière d'égalité de traitement et d'intégration des personnes exclues du marché de l'emploi, la valeur</u>



- pièces de rechange, la sécurité d'approvisionnement et le prix ;
- d) Soit uniquement, le prix le plus bas.
- technique, le service après-vente et l'assistance technique, l'engagement en matière de pièces de rechange, la sécurité d'approvisionnement et le prix ;
- c) Soit uniquement, le prix le plus bas.

## 19. Annexe 3: Autres documents pertinents du FEPH

### 19.1.

- EDF00/21** Réaction du feph à la proposition de décisions du Conseil sur les lignes directrices pour les politiques d'emploi des Etats membres pour 2001 (COM(2000)548)
- EDF 00/14** Réaction du feph: agenda européen de politique sociale -2000-05 EN/FR
- EDF 00/9** Contribution du feph au Programme communautaire sur l'égalité des genres (2001-5) 2000-04 EN
- EDF 00/5** Programme de travail du feph 2000-2001
- EDF 00/4** Réaction de feph: Programme d'action communautaire pour lutter contre la Discrimination 2000-03 EN
- EDF 00/1** Quelles sont les prochaines étapes pour améliorer les chances d'emploi des personnes handicapées? Document politique du feph sur l'emploi 2000-01 EN/FR
- EDF 99/13** Comment les directives relatives à la non-discrimination peuvent-elles combattre la discrimination liée au handicap ? (1999-11 EN/FR)
- EDF 99/6** Guide du feph concernant les plans d'action nationaux 1999: l'opportunité d'améliorer les niveaux d'emploi des personnes handicapées (1999-03 EN)
- EDF 99/1** Egalité - rien de plus, ni de moins - Manifeste de l'EDF sur les Elections PE (1999-01 EN/FR/DE/ES)
- EDF 98/9** Principes au travail - Propositions de l'EDF concernant les lignes Directrices pour l'Emploi (1998-10 EN/FR)
- EDF 98/7** Emploi et réforme des fonds structurels – mise à jour d'avril (1998-04 EN)
- EDF 98/2** Rapport final sur la révision à mi-terme des Fonds structurels (ONG) (1998-03 EN/FR)
- EDF 97/9** Les personnes handicapées et l'Emploi dans l'UE - Sommet sur l'Emploi 1997 (1997-10 EN/FR)
- EDF 97/6** Révision et réforme des Fonds structurels (1997-08 EN/FR)
- EDF 97/5** Guide de recrutement basé sur le principe de l'égalité des chances (1997-07 EN/FR/DE/ES)

De plus amples informations sont disponibles sur le site du feph: <http://www.edf-feph.org>

#### Personnes contact

Stefan Trömel, Directeur, Tel: +32-2-282.46.04 E-mail: [director@edf-feph.org](mailto:director@edf-feph.org)

Carlotta Besozzi, responsable du partenariat et des politiques Tel: +32-2-286.51.81. E-mail: [membership@edf-feph.org](mailto:membership@edf-feph.org)

*II. d) Application of public procurement  
rules by EU institutions*

**Translation services  
of the EU**

**Draft directive relating to procedures for  
awarding public contracts in the supplies, services  
and works fields.**

**Paper prepared by the Interinstitutional Sub-Committee on External  
Translation**

**December 2000**

## **Draft Directive relating to procedures for awarding public contracts in the supplies, services and works fields.**

Explanatory note:

As far as translation services are concerned, the draft legislation presents two main problems: indiscriminate grouping of all types of services without any specific provisions for intellectual services and the absence of any mention of the multiple framework contract system.

### **Intellectual services**

In the case of an intellectual service such as translation it is impossible to assess the quality of the service in advance. Whilst the selection and award criteria chosen when awarding contracts are geared towards obtaining a maximum amount of information about the level of qualification of the translators to be used, the methodology followed, the equipment at their disposal, experience has showed that the real quality offered can only be assessed once a translation assignment is completed. Two Institutions (European Parliament and the Translation Centre) are experimenting with a system whereby, once the initial list of contractors ranked in descending order of merit has been drawn up, the ranking of contractors may be reviewed (in accordance with a strict and objective procedure described in the tender specifications) to ensure that the ranking reflects the actual quality of the service provided and not a theoretical quality. Specific definition of what is meant by an intellectual service and separate annex regrouping those services would enable the authorising departments to manage the contacts in a far more efficient way.

### **Multiple framework contracts**

In the case of translation services, it is often impossible to give any but the most rough estimate of the actual volume of work which will be placed under the contracts. Demand for a particular language combination or a particular area of specialisation depends heavily on a number of unpredictable factors such as political developments, staff recruitment and reorganisation, availability of monetary resources. As a result, most calls for tenders for translation services are launched with a view to concluding multiple framework contracts, where the main contract to be awarded is divided up into lots and sub-lots according to (for example) language combination and area of specialisation and a list of contractors drawn up in descending order of merit. No guarantee of a fixed volume of work is offered and hence no commitment on the part of the contractor to accept work required. When a translation assignment is placed, the appropriate list of contractors is consulted and the assignment offered (by telephone/e-mail) to the first contractor, the official responsible for placing the assignment working his/her way systematically down the list of contractors until the work is accepted.

Apart from a brief reference to purchase order contracts in the explanatory memorandum signalling that the new framework agreements proposed are not intended to replace these, the draft directive makes no mention of these multiple framework contracts currently in widespread use among various services of the administrations of the European Institutions. The basis of any explicit mention and clear framework principles along which they should be

awarded and managed means that the current problems faced by awarding officers obliged for practical reasons to use these contracts will continue.

## **Proposals**

It would therefore seem appropriate to add a new definition (Article 1, 1b)bis) to make a distinction between service contracts for intellectual and service contracts for non-intellectual services. An Annex 1 C should then be created and all intellectual services, including translation, listed in this annex. Various provisions of the draft Directive could then be adapted if appropriate to take into account the particular features of the intellectual services contracts - e.g. on-going assessment.

A second additional definition is required (or a reworking of the definition of the “framework agreement”) to cover the notion of multiple framework contracts and set out the procedures to be followed when using them (Article 1, 7, 7bis).

## Proposed amendments to Directive COM 275 (2000)def

presented by the interinstitutional sub-committee on external translation

### Article 1 - Definitions

**Proposed Amendment 1:** Add the following paragraph 2 bis:

2 bis. "Public intellectual service contracts" means contracts for pecuniary interest concluded in writing between one or more service providers and a contracting authority relating exclusively or mainly to the provision of services mentioned in Annex I C.

**Proposed Amendment 2:** Add the following new definition (definition no 4?)

The term "intellectual services" refers to those services which require a mental effort involving a considerable amount of initiative, reflection, creativity and imagination.

**Proposed Amendment 3:** Add the following new definition (definition no 5?)

The term "framework contract" refers to contracts for pecuniary interest concluded between one or several economic operators and an awarding authority , such as the widely used purchase order contracts) (*cf 3rd sub paragraph of § 4.1 of the explanatory memorandum.*)

**Proposed Amendment 4:** Add the following new definition (definition no.6?)

The term "multiple framework contract" refers to contracts concluded separately, but on identical terms, between the awarding authority and several service providers (ranked in descending order according to a) the award criteria and b) actual performance in execution of the contract ) in order to ensure the carrying out of a service by one or other contractor.

Explanation: the use of multiple framework contracts is justified by the urgency with which the services are required and the extremely short reaction time imposed on service providers to accept orders. The adjustment of the ranking of contractors in the light of the quality of the service actually provided is essential in order to ensure sound financial management in the case of intellectual services where accurate advance assessment of the quality is impossible .

Annexes

**Proposed Amendment 5:**

Create an Annex / C regrouping intellectual services

*II. e) Construction works and related  
issues*

**European Architects'  
Council**



## **ACE POSITION**

### **ON THE EU'S LEGISLATIVE PROPOSAL CONCERNING THE COORDINATION OF PROCEDURES FOR PUBLIC PROCUREMENT OF SUPPLIES, SERVICES AND WORKS – COM(00)275 final**

The ACE has given a favourable opinion to the proposal for a revised and consolidated directive and is especially pleased about the following:

the consolidation and simplification of the three existing Directives relating to the coordination of procedures for public procurement of supplies, services, and works insofar as this simplification will facilitate the task of all those involved;

reference made to national legislation relating to the remuneration of certain services in particular those of architects and lawyers;

the definition of the outline solution in paragraph 8 of article 1 which provides for a separation from plans and designs in the sense of article 1, paragraph 9.

Moreover, ACE is pleased to note that the Commission has maintained and confirmed the provisions relating to the recourse to architectural competitions as a means to awarding contracts in this field.

Nevertheless, some amendments are proposed to guarantee for the coherence of the entirety of the regulations of the Directive and to provide for an appropriate handling of intellectual services as one specific category of services, mainly the services of architects and engineers.

#### **First proposal for an amendment:**

Definitions, Article 1, paragraph 2, sup-paragraph 3:

ACE is of the opinion that the definition of „Public work contracts“ must be restricted to the execution of works.

#### **Reasons for the proposed amendment:**

Existing directives on public procurement lay down that the latter should be governed by specific provisions relating to the public contracts for works, equipment or services depending on the respective importance of these works, equipment and services on the market.

Design has been included into works nearly 20 years before the Services Directive came into force. There is no doubt that design is a service in the meaning of the Services Directive, but the legislator did not correct the old definition of works up to now. The ongoing revision of the

public procurement directives, especially with regard to the merger of the three classical procurement directives is an opportunity to clarify this point.

Moreover, this proposal is in line with the European Parliament's Resolution on the Communication by the Commission on competitiveness of the construction industry (com. (97) 0539 – C4 – 0597/97):

*„The European Parliament emphasizes, in view of the stated aim of supporting SMEs in the construction sector throughout European the needs to separate design and construction in order to guarantee quality assurance and curb costs in the interests of consumers and clients and to ensure that building prices are determined by means of competition“.*

In this context, it should be noted that certain studies carried out by the Courts of Auditors at national level have established that, where this concerns public buildings, the ratio cost/quality would be favourable if the operations of design and execution were separated.

Furthermore, the proposal takes into account the policy of the European institutions which aims at protecting small enterprises. In the sector of architecture and engineering, there are more than 300,000 small/very small enterprises in the European Union.

## **Second proposal for an amendment:**

Procedures, Article 29:

The scope of the negotiated procedure should be clarified.

Paragraph 3 should be amended as follows:

„3. In respect of public service contracts, when the nature of services to be procured is such that contract specifications cannot be established with sufficient precision to permit the award of the contract by selecting the best tender according to the rules governing open or restricted procedures; in particular in the case of intellectual services such as planning and design services in the field of construction and services falling within the category 6 of Annex I A.

## **Reasons for the proposed amendment:**

The nature of intellectual services, especially those of architects/engineers is in general such that contract specifications cannot be established with sufficient precision to permit the award of the contract by selecting the best tender according to the rules governing open or restricted procedures.

The open procedure is not suited for the procurement of contracts in the field of intellectual services, especially architecture and engineering. The restricted procedure is suited only in very specific cases.

The public adjudicator is in most cases not in the position to overview the variety of possible solutions. In contrast to the latter procedures, the negotiated procedure is appropriate to develop the best solution in close cooperation between the public adjudicator and the architect/engineer.

### **Third proposal for an amendment:**

Framework agreement, article 32:  
Exclusion of architectural and engineering services.

### **Reasons for the proposed amendment:**

Those framework agreements bearing on architectural and engineering services referred to in Annex I A 12 are entirely unsuitable. Architectural and engineering services are of a complex nature. A preselection of service providers is not possible because the selection criteria depend always on the individual project.

### **Additional position concerning the specific rules on particularly complex contracts, article 30**

Even if architects are not concerned by this procedure because of the definition in Article 1, paragraph 8, ACE feels the necessity to underline several aspects and to recommend to reconsider the entire procedure. The procedure is no basis for a fair cooperation between contracting authority and service provider, supplier or contractor nor for a fair competition in a wide sense. This concerns mainly the cases where an outline solution in the field of services is required. The idea or proposal for the best solution is the main element of the service itself.

ACE – 20 December 2000

*II. e) Construction works and related  
issues*

**Fédération de l'Industrie  
Européenne de la  
Construction (FIEC)**

## **FIEC POSITION PAPER ON THE**

"Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the coordination of procedures for the award of public supply contracts, public service contracts and public works contracts"

**COM(2000) 275 final – 10/5/2000**

FIEC is the European Construction Industry Federation, representing via its 31 national Member Federations in 24 countries (16 EU & EFTA, Cyprus, Czech Republic, Hungary, Poland, Romania, Slovakia, Turkey and Bulgaria) construction enterprises of all sizes, i.e. small and medium-sized enterprises as well as “global players”, performing all sorts of building and civil engineering activities

### **A) SUMMARY COMMENTS**

1. **FIEC welcomes the main objective of the proposal for a “Single Directive”** presented by the Commission, namely to simplify the existing legal framework and adapt it to the new electronic age while maintaining the stability of its basic structure.

However, FIEC would like to emphasise that this merging of the three “classic“ directives for public supplies, works and services contracts into one must guarantee that specific differences in these areas continue to be distinguished and regulated adequately.

2. **FIEC welcomes all efforts aiming at improving the readability of the text** and in particular the fact that the proposed text underlines the general definitions and principles, then defines the rules that are applicable to the award of contracts, in a sequence which corresponds (more or less) to the chronological course of such a procedure.
3. **FIEC welcomes the provisions related to the weighting of criteria** for the award of contracts to the economically most advantageous tender, on the condition that the weighting is complete and precise rather than in a range. This will enhance transparency in the procedures for the award of contracts and will increasingly ensure that the tenderers are treated equally and without discrimination.
4. **FIEC welcomes the affirmation of a principle of confidentiality** of information provided by economic operators, which will be a factor that will encourage innovation among European enterprises and promote their competitiveness. FIEC considers this principle of confidentiality a "*conditio sine qua non*", which should be further defined in terms of its scope and duration.

However, FIEC would like to underline the following issues, which, **in their present versions, cannot be supported and should therefore be modified :**

5. **The proposed procedure to be applied to particularly complex public contracts (formerly called “competitive dialogue”) is unacceptable**, to the extent that it allows the contracting authority to seize the results of inventive efforts and innovative ideas of

the tenderers in order to use them as a basis for the competition ("cherry picking", ideas stealing), but also as it introduces risks of arbitrary and discriminatory practices.

6. **The provisions related to framework agreements are inappropriate for practically all construction contracts. In any case, they should be significantly amended**, in order to maintain a balance between the interests of contracting authorities and those of the tendering enterprises.
7. Although FIEC supports the efforts made in order to adapt public procurement procedures to the new IT technologies, **the intention to shorten the deadlines for responding to calls for tender, where notices are drawn up and transmitted by electronic means, is not acceptable**, in particular for construction contracts where the efforts involved in preparing a technically and commercially sound proposal are considerable. Such a shortening would particularly disfavour SME contractors.
8. **Environmental characteristics as award criteria have to be strictly limited to aspects directly concerning the object of the contract. They must also be adequately defined and weighted in the notice. Otherwise there is a considerable risk that some fundamental objectives of public procurement will not be respected, namely:**
  - transparency,
  - non-discrimination of competitors,
  - best value for money.
9. **The problem of the definition of works concessions is still unsettled.** In fact, the proposed directive does not contain any provision tending to amend the present definition, even though this definition is limited to works contracts, it does not provide rules for the other types of public contracts.
10. **The current provisions relating to abnormally low tenders (ALTs) should be improved**, in order to ensure transparency and equal treatment during the process and to avoid any risk of arbitrary actions on the part of contracting authorities at the stage of detection, examination and elimination of such tenders. On the other hand, the award of contracts on the basis of the economically most advantageous tender, with weighted award criteria, should be adequately supported as the real alternative to ALTs.
11. Finally, the proposed text introduces several elements which will need major changes in the national legislations. The short deadline proposed for the implementation of the directive, 30/6/2002, bears the risk of not fulfilling the objective of the necessary stability of the legal framework. **Therefore FIEC asks for a postponement of the deadline for the implementation of this directive.**

## **B) DETAILED COMMENTS**

### **1. Public bodies acting as economic operators (article 1.4)**

- a) As FIEC already indicated in its position paper on "In house performance" (March 1999), public bodies acting as economic operators should not take advantage of positions conferred by their status in order to distort competition.

- b) Supplementary rules, which require contracting authorities to verify that public bodies work under the same conditions and bear the same charges as private enterprises, particularly tax, social and financial charges – for example, by subsidiary companies or by separate accounting – are necessary. Such rules would find their place in Title I « General provisions».

## **2. Common Procurement Vocabulary (CPV) (article 1.13)**

- a) FIEC shares the view that in order to ensure the development of effective competition in the field of public procurement it is necessary that contract notices drawn up by the contracting authorities of member States be advertised throughout the Community by using the appropriate instruments.
- b) However, we are of the opinion that the mandatory use of the CPV as the reference nomenclature seems premature. The CPV nomenclature still contains missing elements and weak points, which need to be eliminated.

## **3. Principle of confidentiality (article 5)**

- a) The recognition of a principle of confidentiality of information provided by enterprises encourages innovation through protection of their intellectual contributions.
- b) The scope of this principle should be specified in regard to its purpose and duration. The application of the principle of confidentiality should continue after the conclusion of a procurement procedure, in order to put an end to the practice of putting a project out to competitive tender on the basis of a proposal already submitted by an enterprise during a preceding call for tenders
- c) It is imperative that the principle of confidentiality be applied:
- firstly, to elements communicated by the enterprises in order to demonstrate their ability to conform to the criteria of economic, financial and technical capacities,
  - secondly, to their proposals (outline solutions, tenders, variants, proposals submitted during negotiations).

## **4. Technical specifications (article 24)**

FIEC supports the objective of eliminating any restriction of the market through a misuse of technical specifications, but this should be done without putting inappropriate costs or risks on the shoulders of the tenderers.

For this purpose, a clarification of the relation between Art.24.3 and 24.4 is needed.

Furthermore, Art.24.5 and 24.6 should be completed with a clarification stating that in the event of rejection of a tender, the contracting authority must explain why the proposed goods and services do not meet the requirements. This was already stated by

the Commission in its answer to a written question by the EP (ref. written question E-1174/96).

## **5. Variants (article 25)**

- a) The preparation of a variant requires significant resources to an enterprise. It is therefore important that, contrary to what is foreseen in the proposed text, the contracting authority be obliged to take account of those variants which meet the minimum performance or specifications required.
- b) To improve transparency in the community rules and to encourage equal treatment among the tenderers, it would appear necessary to complete article 25.2 so that the contracting authorities shall specify, in the contract notice, the way in which variants will be assessed and compared.

## **6. Provisions concerning the cancellation of a procedure**

In the proposal for a directive, there are no provisions foreseen concerning the cancellation of a procurement procedure. This means that after the beginning of any such procedure, the contracting authority can at any moment stop or cancel it. Tenderers are therefore systematically bearing the risk of preparing time-consuming and costly proposals without the guarantee that the contract will finally be awarded.

FIEC therefore suggests to add a 4<sup>th</sup> paragraph in article 28, stating that after the publication of a tender notice, a public procurement procedure can only be brought to an end through :

- a) The conclusion of a contract  
or
- b) The cancellation of the procedure on the condition that none of the proposals submitted comply with the requirements of the tender notice or for other serious reasons. According to art. 41.2 the tenderers have to be informed by the contracting authority of the decisions reached concerning the award of the contract, including the grounds for any decision not to award a contract, for which there has been a call for competition or to recommence the procedure.

## **7. Particularly complex public contracts (article 29.1.b and article 30)**

- a) The concept of particularly complex public contracts must be strictly defined, as it is a particular case of a negotiated procedure with prior publication, which itself constitutes already an exception to the rule under which the authorities must award their contracts by an open or restricted procedure.
- b) It is imperative that the text specifies that the complexity of the contract must be objective and intrinsic to its particular nature, taking into consideration the tasks to be entrusted to the economic operator, as specified in the explanatory memorandum.
- c) The current proposed procedure is unacceptable, insofar as it authorises the contracting authority, after discussion with the selected candidates of means and solutions for complying with its requirements, to call those candidates, or some of them, to submit a tender based on a contract document derived from proposals issued



by one or several candidates. It gives the contracting authority the possibility of seizing the result of inventive efforts and innovative ideas of the various candidates in order to use them as a basis for the competition.

- d) To get a fruitful participation from enterprises, it is necessary to reconcile the expectations of the contracting authority, which desires to receive from the candidates proposals that are in compliance with its needs, and those of participants in the negotiation, who will be reluctant to submit carefully studied and precise proposals if these can be used by the contracting authority as forming the basis of competitive offers put forward by other candidates.
- e) Therefore, it is imperative that, after the negotiation phase, each candidates be called to submit its best definitive offer, based on the proposals that it had previously submitted.
- f) Furthermore, the compensation for the enterprises' specific efforts requested by the clients (development of an outline solution / the final tender) must be obligatory.
- g) Finally, the procedure specified in article 30 in the proposed directive does not seem to be a negotiated procedure. It rather looks like a call for tenders based on a contract document established after technical discussions were held with several candidates.
- h) The procedure currently proposed appears even more dangerous since it gives the possibility to a contracting authority to modify the award criteria after the negotiation phase and introduces potential risks of arbitrary and discriminatory practices.
- i) A transparent procurement procedure which encourages innovation and technical dialogue should be structured according to the following steps :
  - 1) Information, in the tender notice, on :
    - the object of the contract
    - the number of companies which should be selected and invited to present a proposal
    - how the selection of the candidates will be carried out (selection criteria, weighting)
    - award criteria with their respective weighting
    - the indicative size of the contract
    - the remuneration given to the candidates/tenderers for costs incurred in preparing their proposals.
    - how confidentiality of the proposals submitted will be ensured and guaranteed.
  - 2) Selection of candidates only according to the published selection criteria
  - 3) Invitation to present and to discuss technical solutions
  - 4) Technical dialogue
    - discussion on the technical solutions only, not on prices
    - strict confidentiality on the solutions proposed
    - minutes of these discussions signed by both parties
  - 5) Invitation to present a tender
    - for all the participants in the technical dialogue

- each tenderer, only on the basis of the technical solution presented and discussed previously by him

- 6) Examination of the tenders and award to the "economically most advantageous tender"
- analysis of the tenders on the basis of the published and pre-defined weighted criteria
  - no further discussions/negotiations
  - financial compensation for the unsuccessful tenderers/participants in the discussions.

FIEC is of the opinion that no transparent and non-discriminatory "competitive dialogue" is possible without these basic criteria

## **8. Framework agreements (articles 1.7, 32, 34.3 and 35.2)**

- a) The provisions related to "framework agreements" are inappropriate for practically all construction contracts.

The Commission intends to apply these rules to contracts in constant evolution, such as contracts of products and services in the area of information technologies, for which it seems difficult to justify from an economic point of view, to bind public purchasers to fixed prices and conditions, all characteristics which are not relevant to the construction sector.

- b) Furthermore, several aspects concerning the rules related to the award of "framework agreements" are not clear and need further elaboration.
- c) The exemption from an obligation to publish an award notice for contracts awarded on the basis of a framework agreement appears open to criticism in view of the objective of transparency in the conditions of awarding of public contracts. The envisaged procedure tends to encourage the contracting authorities to engage in the practice of bargaining on prices.
- d) On the other hand, for maintenance work or repetitive work, the community regulation should expressly specify that the contracting authorities can enter into "framework contracts" with a contractor, provided that such contracts determine the comprehensive volume of works to be performed – included between a minimum and a maximum – as well as the prices, with the works being performed on orders during a given period. Those contracts – as opposed to framework agreements – would enable an enterprise to amortise on-site investments and installations over several years and to fix its prices accordingly.
- e) In any case, framework agreements must not exceed a maximum period of 3 years and must not be prolonged.

## **9. Deadlines of presentation of request to participate or of tenders (article 37)**

- a) The shortening of deadlines that the contracting authorities must grant to enterprises in their response to a notice of award of contract, when those notices are prepared and sent by electronic means, should not be made to the disadvantage of the enterprises, in particular SMEs.
- b) In this respect, the following proposals appear open to criticism :
  - the authorisation to shorten the deadline for submission of tenders by 5 days from the sending of the contract's notice, assuming that the contract document is accessible by electronic means from the dispatch date of such said notice. The enterprises would not have knowledge of this availability before publication of the notice,
  - the reduction to a minimum of 10 days allowed to enterprises for submitting their tenders within the scope of the restricted or negotiated procedures, in the event of emergency.
- c) In most cases, preparing tenders for construction contracts consists of individual, "once only"-type of activity necessitating considerable research in order to find the technically and commercially best solution. It would, therefore, be counterproductive to reduce the time available for such preparatory work, especially considering the time needed by the contracting authority to prepare the design and the financing of the project, before the publication of the tender notice.
- d) The shortening of deadlines is even less justifiable in the case of a participation in a public procurement procedure abroad, which needs the translation of all the documents before the enterprise can start preparing its tender.

## **10. General provisions related to the selection of tenderers (article 44)**

- a) The possibility given to a contracting authority to determine the specific level of capacity and experience required for a particular contract contributes to an effective selection of candidates who are capable to perform the contract in optimal conditions.
- b) In the restrictive or negotiated procedures with publication of a notice, the obligation to determine a possible limitation of the number of candidates capable of performing the contract, who are called to make submissions based on such specific levels of capacity and experience, will improve the transparency of these procedures.

## **11. Personal situation of the candidate or tenderer (article 46.2c)**

The possibility of excluding a candidate or a tenderer who has been convicted by a judgment of any offence concerning his professional conduct, in a situation where the judgment is not yet definitive, is not acceptable. Therefore it is appropriate that article

46.2c) of the proposal strictly follows the provisions of article 24.c) of the 93 / 37 directive in force.

## **12. Weighting of award criteria to the most economically advantageous tender (article 53)**

- a) The obligation to weight the criteria for contract awards goes in the direction of transparency of procedures and effective granting of contracts to the economically most advantageous tender, on the condition that the weighting is complete and precise rather than in a range. Therefore, it is imperative to support this proposal of modification of the community regulation.
- b) Furthermore, it would be appropriate to envisage a provision which is specific to design and build contracts, for which it would be appropriate to have the assessment of the tenders carried out by a jury/panel of qualified and independent individuals.

## **13. Award criteria (article 53)**

Taking into consideration that the Commission is currently finalising an interpretative communication on the inclusion of environmental aspects and preparing another one on social aspects in public procurement, FIEC would like to point out the following :

- a) It is self-evident that the European Union and its Member States have to have an active and strategic policy on environmental and social affairs.
- b) Over many years, FIEC has given tangible proof of its commitment to both causes, both as a sectoral social partner (officially recognised as such by the Commission) and in action such as the recent conferences on energy efficiency and environmental policy. The latter produced FIEC's Environmental Charter which was signed by contractors' representatives in the presence of several national Ministers.
- c) Public procurement procedures aim on the one hand, at transparent and fair competition and, on the other hand, at best value for the taxpayers' money.
- d) Consequently, it is essential to guarantee that any award criteria, environmental or other, be directly linked to the subject of the contract concerned.
- e) If this cannot be guaranteed and if general policy issues, however valuable they may be, are introduced into public procurement, then procurement decisions will become unpredictable and unverifiable. This would be unacceptable.

## **14. Comments related to the provisions concerning Abnormally Low Tenders (article 54)**

- a) In practice, abnormally low tenders are generally not eliminated by the contracting authorities, although they distort competition.

- b) Furthermore, the participation of public bodies as economic operators tends to lead to the submission of abnormally low tenders, because of the possibility they have to abuse the advantages provided by their status.
- c) Consequently, it is necessary to improve the efficiency and the transparency in the community provisions related thereto.
- d) It is appropriate:
- firstly, to require that the contracting authorities hereto examine the tenders which seem abnormally low in relation to the other submitted tenders; such a modification, aligning the provisions of the community regulation with those of the Agreement on Government Procurement (CF. article XIII, 4, a), would avoid any distortion of competition to the benefit of enterprises of non European countries, that are signatories to the Agreement;
  - secondly, to specify that the contracting authority shall take into consideration, concerning works contracts, only those justifications which are related to the economy of the construction process, to adopted technical solutions, to exceptionally favourable conditions available to the tenderer in order to perform the contract, and to the originality of the tenderer's proposal;
  - finally, to specify that, when said justifications are not satisfactory, the tenders concerned must be rejected.

#### **15. "Standstill period" (additional article in Title II, Section 3, after article 54)**

In order to ensure transparency and to allow a verification of the procedure by the other tenderers, an additional provision should be added to the proposed text, probably in Title II, Section 3, after article 54.

This provision would oblige the contracting authority to respect a "standstill period" and therefore to publish sufficiently early before the conclusion of the contract, its intention of concluding the contract with one of the tenderers.

#### **16. Public contract notices (Annex VII)**

All public contract notices should also indicate where complaints can be addressed, in order to guarantee that enterprises can make practical use of the recourse procedure provided by the directive/law. Annex VII of the proposed text should be amended accordingly.

## PRISE DE POSITION DE LA FIEC SUR LA

"Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux"

### COM(2000) 275 final – 10/5/2000

La FIEC, Fédération de l'Industrie Européenne de la Construction, représente, par le biais de ses 31 fédérations membres nationales dans 24 pays (16 pays de l'UE et l'AELE, les républiques tchèque et slovaque, la Hongrie, la Bulgarie, la Pologne, la Roumanie, Chypre et la Turquie) des entreprises de construction de toute taille, c'est-à-dire des petites et moyennes entreprises, ainsi que des "acteurs globaux" de toutes les spécialités du bâtiment et du génie civil.

#### A) SYNTHÈSE DES COMMENTAIRES

1. **La FIEC partage l'objectif général de la proposition de "directive unique"** présentée par la Commission, à savoir simplifier le cadre juridique existant et l'adapter à l'ère électronique tout en veillant à ne pas déstabiliser sa structure fondamentale.

Toutefois, la FIEC aimerait souligner que la fusion en un seul texte des trois directives "classiques" pour les marchés publics de fournitures, de services et de travaux doit garantir que les différences spécifiques dans ces domaines continuent à être distinguées et réglementées de manière appropriée.

2. **La FIEC accueille favorablement tous les efforts visant à améliorer la lisibilité du texte** et en particulier le fait que le texte proposé souligne les définitions et principes généraux, puis définit les règles applicables à l'attribution des marchés, dans un ordre qui correspond (plus ou moins) à la chronologie d'une telle procédure.
3. **La FIEC accueille favorablement les dispositions relatives à la pondération des critères** d'attribution des marchés à l'offre économiquement la plus avantageuse, à condition que cette pondération soit complète et précise et non pas exprimée par une fourchette de valeurs. Cela favorisera la transparence des procédures de passation des marchés et offrira des garanties accrues d'égalité de traitement et de non-discrimination entre les soumissionnaires.
4. **La FIEC accueille favorablement l'affirmation d'un principe de confidentialité** des informations fournies par les opérateurs économiques, qui constituera un facteur d'encouragement à l'innovation des entreprises européennes et de soutien à leur compétitivité. La FIEC considère ce principe

une "*conditio sine qua non*", qui nécessite néanmoins une meilleure définition aussi bien en ce qui concerne son champ d'application que sa durée.

Toutefois, la FIEC aimerait souligner les points suivants qui, **dans leur version actuelle, ne peuvent être acceptés et devraient donc être modifiés** :

5. La procédure proposée qui doit être appliquée aux marchés publics particulièrement complexes (précédemment appelé "dialogue compétitif") est inacceptable, dans la mesure où elle permet au pouvoir adjudicateur de s'emparer des résultats des efforts inventifs et des idées novatrices des soumissionnaires pour les mettre en concurrence avec un autre ("cherry picking/ideas stealing"), et où elle introduit également des risques de pratiques arbitraires et discriminatoires.
6. **Les dispositions relatives aux accords cadre sont inadaptées pour pratiquement tous les marchés de construction. Elles devraient être fortement amendées**, de manière à maintenir un équilibre entre les intérêts des pouvoirs adjudicateurs et ceux des entreprises soumissionnaires.
7. Bien que la FIEC soutienne les efforts entrepris en vue d'adapter les procédures de passation des marchés publics aux nouvelles technologies de l'information, **l'intention de raccourcir les délais de réponse aux appels d'offres, lorsque les avis sont rédigés et transmis par moyens électroniques n'est pas acceptable**, en particulier pour les marchés de construction où les efforts nécessaires à la préparation d'une proposition valable d'un point de vue technique et commercial sont considérables. Une telle réduction des délais serait particulièrement défavorable aux PME.
8. **Des critères d'attribution liés à des aspects environnementaux doivent être strictement limités aux aspects concernant directement l'objet du contrat. Ils doivent également être définis et pondérés de manière adéquate dans l'avis de marché. Le risque sinon est d'aller à l'encontre de certains objectifs fondamentaux de passation de marchés publics, à savoir:**
  - transparence,
  - non-discrimination des concurrents,
  - meilleures conditions de rapport qualité-prix.
9. **Le problème de la définition des concessions de travaux demeure posé.** En fait, la proposition de directive ne contient aucune disposition visant à amender la définition actuelle, qui, étant limitée aux marchés de travaux, ne spécifie pas de règles pour les autres types de marchés publics.
10. **Les dispositions actuelles relatives aux offres anormalement basses (OAB) devraient être améliorées**, afin de garantir une transparence et un traitement équitable pendant la procédure et d'éviter tout risque d'actions arbitraires de

la part des pouvoirs adjudicateurs au moment de la détection, de l'examen et de l'élimination de ces offres. D'autre part, l'offre économiquement la plus avantageuse, avec des critères d'attribution pondérés, doit être soutenue de façon adéquate en tant qu'alternative réelle aux OAB.

11. Enfin, le texte proposé introduit plusieurs éléments qui nécessiteront des changements majeurs dans les législations nationales. Le court délai proposé pour la mise en œuvre de la directive, à savoir le 30/6/2002, présente le risque de ne pas atteindre l'objectif de la stabilité nécessaire du cadre juridique. **Par conséquent, la FIEC demande un ajournement de la date de mise en œuvre de cette directive.**

## **B) COMMENTAIRES DÉTAILLÉS**

### **1. Organismes publics agissant en tant qu'opérateurs économiques (article 1.4)**

- a) Comme la FIEC l'avait déjà indiqué dans sa prise de position sur les "In house performances" (mars 1999), les organismes publics agissant en tant qu'opérateurs économiques ne doivent pas profiter des avantages que leur confère leur statut pour dénaturer les conditions de la concurrence.
- b) Des règles complémentaires tendant à imposer aux pouvoirs adjudicateurs de vérifier que les organismes publics supportent les mêmes charges que les entreprises privées, en particulier les charges fiscales, sociales et financières (par exemple par filialisation ou séparation comptable), sont nécessaires. Ces règles trouveraient leur place dans le Titre I « Dispositions générales».

### **2. Vocabulaire commun des marchés publics (CPV) (article 1.13)**

- a) La FIEC est également d'avis que pour garantir le développement d'une concurrence efficace dans le domaine des marchés publics, il est nécessaire que les avis de marché rédigés par les pouvoirs adjudicateurs des Etats membres soient publiés dans toute la Communauté en utilisant les instruments adéquats.
- b) Toutefois, nous pensons que l'utilisation obligatoire du CPV comme nomenclature de référence semble prématurée. La nomenclature CPV présente toujours des éléments manquants et des points faibles qui doivent être éliminés.

### **3. Principe de confidentialité (article 5)**

- a) La reconnaissance d'un principe de confidentialité des renseignements fournis par les opérateurs économiques va dans le sens du soutien à l'innovation des entreprises par la protection de leur apport intellectuel.



- b) Toutefois, le champ d'application de ce principe devrait être précisé en ce qui concerne son objet et sa durée. L'application du principe de confidentialité devrait continuer après la conclusion d'une procédure de passation d'un marché, afin que cessent les pratiques de mise en concurrence d'un projet sur la base de la proposition émise par une entreprise lors d'une précédente consultation.
- c) Il est indispensable que le principe de confidentialité soit appliqué:
- D'une part, aux éléments transmis par les entreprises en vue de démontrer leur aptitude conformément aux critères de capacité économique, financière et technique,
  - d'autre part, à leurs propositions (esquisses de solutions, offres, variantes, propositions émises lors de négociations).

#### **4. Spécifications techniques (article 24)**

La FIEC soutient l'objectif qui consiste à éliminer toute restriction du marché due à une mauvaise utilisation des spécifications techniques, mais il faudrait remédier à ce problème sans que les soumissionnaires doivent supporter des coûts ou des risques inappropriés.

A cet effet, une clarification de la relation entre les articles 24.3 et 24.4 est nécessaire.

En outre, les articles 24.5 et 24.6 devraient être complétés par une nouvelle disposition stipulant que dans le cas de refus d'une offre, le pouvoir adjudicateur doit expliquer pourquoi les biens et les services proposés ne répondent pas aux exigences requises. Cela avait déjà été indiqué par la Commission dans sa réponse à une question écrite soumise par le PE (réf. Question écrite E-1174/96)

#### **5. Variantes (article 25)**

- a) La préparation d'une variante requiert d'importantes ressources de la part de l'entreprise. Il est donc important que, contrairement à ce que prévoit la proposition de texte, le pouvoir adjudicateur ait l'obligation de prendre en considération les variantes proposées lorsqu'elles répondent aux performances ou exigences minimales requises.
- b) Pour améliorer la transparence des règles communautaires et favoriser l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, il apparaît nécessaire de compléter l'article 25.2, afin que les pouvoirs adjudicateurs soient tenus d'indiquer, dans l'avis de marché, la manière dont les variantes seront évaluées et comparées.

#### **6. Dispositions relatives à l'annulation d'une procédure**

La proposition de directive ne prévoit aucune clause relative à l'annulation d'une procédure de passation de marché. Cela signifie qu'après le

commencement d'une telle procédure, le pouvoir adjudicateur peut à tout moment l'arrêter ou l'annuler. Par conséquent, les soumissionnaires courent systématiquement le risque de préparer des propositions coûteuses et qui prennent du temps, sans avoir la garantie que le marché sera finalement attribué.

La FIEC suggère par conséquent d'ajouter à l'article 28 un 4<sup>ème</sup> paragraphe qui stipule qu'après la publication d'un avis de marché, il ne peut être mis un terme à une procédure de passation de marché public que pour les motifs suivants :

- a) la conclusion d'un contrat  
ou
- b) l'annulation de la procédure en raison du fait qu'aucune des propositions soumises ne répond aux exigences de l'avis de marché ou pour motif grave. Conformément à l'art.41.2, les soumissionnaires devront être informés par le pouvoir adjudicateur des décisions relatives à l'adjudication du marché, y compris des motifs pour lesquels ils ont décidé de renoncer à passer un marché pour lequel il y a eu mise en concurrence ou de recommencer la procédure.

#### **7. Marchés publics particulièrement complexes (article 29.1.b et article 30)**

- a) Le concept de marchés publics particulièrement complexes doit être strictement défini, car il s'agit d'un cas particulier de procédure négociée avec publication préalable d'un avis de marché, qui est déjà en soi une exception à la règle selon laquelle les pouvoirs adjudicateurs doivent attribuer leurs marchés par une procédure ouverte ou restreinte.
- b) Il est indispensable que le texte précise que la complexité du marché doit être objective et intrinsèque à sa nature spécifique, compte tenu des prestations à confier à l'opérateur économique, comme le précise d'ailleurs l'exposé des motifs.
- c) La procédure proposée est inacceptable, dans la mesure où elle autorise le pouvoir adjudicateur, après avoir discuté avec les candidats sélectionnés des moyens et solutions propres à satisfaire ses besoins, à appeler ces candidats ou certains d'entre eux à remettre une offre sur la base d'un cahier des charges qui sera établi à partir des propositions émises par un ou plusieurs candidats. Elle consacre la possibilité pour un pouvoir adjudicateur de s'approprier le fruit de l'effort d'inventivité et d'innovation des candidats pour le remettre en concurrence.
- d) Pour une participation fructueuse des entreprises, il est nécessaire de concilier les attentes du pouvoir adjudicateur, qui souhaite recevoir des candidats des propositions propres à répondre à ses besoins, et celles des participants à la négociation, qui ne remettront pas de propositions sérieusement étudiées si celles-ci peuvent être mises en concurrence auprès de leurs concurrents.

- e) Par conséquent, il est indispensable qu'après la phase de négociation, chaque candidat soit invité à soumettre sa meilleure offre définitive, sur la base des propositions qu'il a émises auparavant.
- f) Par ailleurs, la rémunération de la participation des entreprises (élaboration d'une esquisse de solution / de l'offre finale) doit être obligatoire.
- g) Enfin, la procédure définie par l'article 30 dans la rédaction proposée ne semble pas être une procédure négociée. Elle ressemble plutôt à un appel d'offres sur la base d'un cahier des charges établi à la suite de dialogues techniques menés avec plusieurs candidats.
- h) La procédure actuellement proposée apparaît d'autant plus dangereuse qu'elle donne la possibilité au pouvoir adjudicateur de modifier les critères d'attribution du marché après la phase de négociation, ce qui introduit des risques potentiels de pratiques arbitraires et discriminatoires.
- i) Une procédure de passation de marchés transparente, qui encourage l'innovation et le dialogue technique devrait être structurée selon les étapes suivantes :
- 1) Informations, dans l'appel d'offre, sur :
    - l'objet du contrat
    - le nombre d'entreprises qui devraient être sélectionnées et invitées à présenter une proposition
    - la manière dont la sélection des candidats sera réalisée (critères de sélection, pondération)
    - les critères d'attribution avec leur pondération respective
    - l'indication du volume du contrat
    - la rémunération accordée aux candidats/soumissionnaires pour les frais encourus pendant la préparation de leurs propositions.
    - la manière dont la confidentialité des propositions soumises sera garantie.
  - 2) Sélection des candidats conformément aux critères de sélection publiés
  - 3) Invitation à présenter et à discuter des solutions techniques
  - 4) Dialogue technique
    - discussion sur les solutions techniques uniquement et non sur les prix
    - stricte confidentialité des solutions proposées
    - procès-verbal de ces discussions signé par les deux parties
  - 5) Invitation à soumettre des offres
    - à tous les participants au dialogue technique
    - à chaque participant, seulement sur la base de la solution technique présentée et discutée précédemment
  - 6) Examen des offres et attribution du marché à "l'offre économiquement la plus avantageuse "

- analyse des offres sur la base des critères prédéfinis, publiés et pondérés
- aucune discussion/négociation ultérieure
- compensation financière pour les soumissionnaires/participants aux discussions qui n'ont pas été retenus.

La FIEC est d'avis qu'un "dialogue compétitif " transparent et non-discriminatoire n'est pas possible sans ces critères de base

## **8. Accords cadre (articles 1.7, 32, 34.3 et 35.2)**

- a) Les dispositions proposées concernant les "accords cadre" ne sont pas appropriées pour quasiment tous les marchés de travaux.

La Commission destine ces règles aux marchés en constante évolution tels que des marchés de produits et services dans le domaine des technologies de l'information, pour lesquels il apparaît difficilement justifiable, d'un point de vue économique, de lier les acheteurs publics à des prix et des conditions fixées, toutes caractéristiques qui ne se rencontrent pas dans le secteur de la construction.

- b) D'autre part, plusieurs aspects relatifs aux règles liées à l'attribution "d'accords cadres" ne sont pas clairs et nécessitent une amélioration supplémentaire.
- c) En revanche, pour des travaux d'entretien ou des ouvrages répétitifs, la réglementation communautaire devrait expressément préciser que les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des "marchés cadres" avec un entrepreneur, ces contrats déterminant le volume global des prestations à réaliser (compris entre un minimum et un maximum) ainsi que les prix, les prestations étant à exécuter sur commandes au cours d'une période donnée. Ces marchés, par opposition aux accords cadre, permettraient d'amortir les investissements et les installations de chantier sur plusieurs années et d'arrêter les prix en conséquence.
- d) Dans tous les cas, les accords cadre ne doivent pas excéder une période de trois ans maximum et ne peuvent pas être prolongés.

## **9. Délais de présentation des demandes de participation et de réception des offres (article 37)**

- a) La réduction des délais minimaux que les pouvoirs adjudicateurs doivent accorder aux entreprises pour répondre aux avis de marché, lorsque ces avis sont préparés et envoyés par voie électronique, ne doit pas se faire au détriment des entreprises, en particulier des PME.
- b) A cet égard, deux dispositions apparaissent critiquables :
- l'autorisation de réduire le délai minimum de remise des offres de 5 jours à compter de l'envoi de l'avis de marché, dans l'hypothèse où le cahier des charges du marché est rendu accessible par voie

électronique dès la date d'envoi de cet avis. Les entreprises n'auront en effet pas connaissance de cette disponibilité avant la publication de l'avis,

- la réduction à un minimum de 10 jours du délai imparti aux entreprises pour remettre leurs offres dans le cadre des procédures restreintes ou négociées, en cas d'urgence.
- c) Dans la plupart des cas, la préparation des offres pour des marchés de construction constitue une activité unique et spécifique, qui nécessite des recherches considérables pour trouver la meilleure solution technique et commerciale. La réduction du délai disponible pour un tel travail de préparation irait par conséquent à l'encontre du but recherché, notamment au regard du délai mis par les pouvoirs adjudicateurs pour préparer la conception et le financement du projet, avant la publication de l'avis de marché.
- d) Le réduction des délais est encore moins justifiable dans le cas d'une participation à une procédure de marché public à l'étranger, qui nécessite la traduction de tous les documents avant que l'entreprise puisse commencer à préparer son offre.

#### **10. Dispositions générales relatives à la sélection des candidats (article 44)**

- a) La possibilité offerte au pouvoir adjudicateur de fixer le niveau spécifique de capacité et d'expérience requis pour un marché déterminé va dans le sens de la sélection effective de candidats qui seront aptes à réaliser le marché dans des conditions optimales.
- b) Dans les procédures restreintes ou négociées avec publication d'un avis, l'obligation de fonder une éventuelle limitation du nombre de candidats aptes à réaliser le marché qui seront appelés à soumissionner sur de tels niveaux spécifiques de capacité et d'expérience, améliorera la transparence de ces procédures.

#### **11. Situation personnelle du candidat ou du soumissionnaire (article 46.2c)**

La possibilité d'exclure un candidat ou un soumissionnaire ayant fait l'objet d'un jugement constatant un délit affectant sa moralité professionnelle, alors que le jugement n'aurait pas encore un caractère définitif, n'est pas acceptable. Il convient donc que l'article 46, § 2, c) de la proposition de directive reprenne strictement les dispositions de l'article 24 c) de la directive 93/37 en vigueur.

#### **12. Pondération des critères d'attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse (article 53)**

- a) L'obligation de pondérer les critères d'attribution du marché va dans le sens de la transparence des procédures et de l'attribution effective des

marchés à l'offre économiquement la plus avantageuse, à condition que la pondération soit complète et précise plutôt qu'exprimée par une fourchette de valeurs. Il est donc indispensable de soutenir cette proposition de modification de la réglementation communautaire.

- b) Par ailleurs, il conviendrait d'envisager une disposition particulière aux marchés ayant pour objet conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage, tendant à faire apprécier les offres proposées par un jury de personnes qualifiées et indépendantes..

### **13. Critères d'attribution des marchés (article 53)**

En tenant compte du fait que la Commission est en train de finaliser une Communication interprétative sur l'intégration des aspects environnementaux et qu'elle en prépare une autre sur les aspects sociaux dans les marchés publics, la FIEC aimerait souligner les points suivants :

- a) Il est évident que l'Union européenne et ses membres doivent avoir une politique stratégique et active sur les questions environnementales et sociales.
- b) Depuis de nombreuses années, la FIEC a donné des preuves tangibles de son engagement dans ces deux causes : en tant que partenaire social sectoriel (officiellement reconnu comme tel par la Commission) et sur le terrain, avec les récentes conférences sur l'efficacité énergétique et la politique environnementale. Cette dernière a abouti à une charte environnementale de la FIEC qui a été signée par les représentants des entrepreneurs en présence de plusieurs ministres nationaux.
- c) Les procédures de passation de marchés publics visent d'une part à une concurrence transparente et loyale et d'autre part à un rapport qualité-prix optimal pour le contribuable.
- d) Par conséquent, il est indispensable de veiller à ce que tout critère d'attribution, environnemental ou autre, soit directement lié à l'objet du marché concerné.
- e) Si l'on ne peut le garantir et si des questions de politique générale, aussi importantes qu'elles puissent être, interviennent dans les marchés publics, les décisions d'adjudication deviendront alors imprévisibles et invérifiables. Ce serait inacceptable.

### **14. Commentaires relatifs aux dispositions concernant les offres anormalement basses (article 54)**

- a) La pratique révèle que les offres anormalement basses ne sont généralement pas éliminées par les pouvoirs adjudicateurs, alors qu'elles faussent la concurrence.

- b) Par ailleurs, l'intervention des organismes publics en tant qu'opérateurs économiques risque de conduire à la présentation d'offres anormalement basses du fait d'un abus des avantages dont ils bénéficient compte tenu de leur statut.
- c) En conséquence, il est indispensable d'améliorer l'efficacité et la transparence des dispositions communautaires relatives à ce sujet.
- d) Il convient :
- Premièrement, de prévoir que les pouvoirs adjudicateurs examinent les offres qui apparaissent anormalement basses par rapport aux autres offres présentées ; une telle modification, alignant les dispositions de la réglementation communautaire sur celles de l'Accord sur les Marchés Publics (CF. article XIII, 4, a), éviterait toute distorsion de concurrence au bénéfice des entreprises des pays tiers signataires de l'accord ;
  - Deuxièmement, de préciser que le pouvoir adjudicateur ne prend en considération, s'agissant des marchés de travaux, que les justifications tenant à l'économie du procédé de construction, aux solutions techniques adoptées, aux conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, et à l'originalité du projet du soumissionnaire;
  - Enfin, de spécifier que, lorsque ces justifications ne sont pas satisfaisantes, les offres en cause doivent être rejetées.

#### **15. Période de "status quo" (article supplémentaire dans le titre II, Section 3, après l'article 54)**

Afin de garantir la transparence et de permettre une vérification de la procédure par les autres soumissionnaires, une clause supplémentaire devrait être ajoutée au texte proposé, probablement sous le Titre II, Section 3, après l'article 54.

Cette disposition obligerait le pouvoir adjudicateur à respecter une période de "status quo" et à publier, suffisamment tôt avant la conclusion du contrat, son intention de conclure le contrat avec l'un des soumissionnaires.

#### **16. Avis pour les marchés publics (Annexe VII)**

Tous les avis pour les marchés publics devraient également indiquer où les réclamations peuvent être adressées, afin de veiller à ce que les entreprises puissent faire usage de la procédure de recours prévue par la réglementation communautaire ou la législation nationale. L'annexe VII du texte proposé devrait être amendée dans ce sens.

## FIEC STELLUNGNAHME ZUM

"Vorschlag für eine Richtlinie des Europaparlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge

**KOM(2000) 275 endg. – 10/5/2000"**

Die FIEC ist der Verband der Europäischen Bauwirtschaft, der über seine 31 nationalen Mitgliedsverbände in 24 Ländern (16 EU- & EFTA-Staaten, Zypern, Tschechische Republik, Ungarn, Polen, Rumänien, Slowakei, Türkei und Bulgarien) Bauunternehmen aller Größenordnungen, d.h. kleine und mittelgroße Unternehmen sowie weltweit tätige Großunternehmen, vertritt, die alle Arten von Hoch- und Tiefbautätigkeiten verrichten.

### A) ZUSAMMENFASSUNG

1. **Die FIEC begrüßt das vorrangige Ziel des** von der Kommission unterbreiteten **Vorschlags für eine "einheitliche Richtlinie"**, nämlich das bestehende gesetzliche Rahmenwerk zu vereinfachen und an das neue elektronische Zeitalter anzupassen, ohne dabei die Stabilität seiner Grundstruktur zu gefährden.

Die FIEC möchte jedoch betonen, dass bei dieser Zusammenlegung der drei "klassischen" Richtlinien über Aufträge für öffentliche Lieferungen, Bauarbeiten und Dienstleistungen in eine einheitliche Richtlinie gewährleistet sein muss, dass die spezifischen Unterschiede in diesen Bereichen auch weiterhin angemessen berücksichtigt und entsprechend behandelt werden.

2. **Die FIEC begrüßt alle Bemühungen um eine Verbesserung der Lesbarkeit des Textes** und insbesondere die Tatsache, dass der vorgeschlagene Text die allgemeinen Definitionen und Prinzipien herausstellt und anschließend die Bestimmungen, die auf die Auftragsvergabe Anwendung finden, in einer Reihenfolge festlegt, die dem chronologischen Ablauf eines derartigen Verfahrens (mehr oder weniger) entspricht.
3. **Die FIEC begrüßt die Bestimmungen über die Gewichtung der Kriterien** für die Auftragsvergabe an den aus wirtschaftlicher Sicht günstigsten Bieter unter der Bedingung, dass diese Gewichtung vollständig und präzise bekanntgegeben wird und nicht als Bandbreite. Dies wird die Transparenz der Vergabeverfahren verbessern und in zunehmendem Maße sicherstellen, dass die Bieter gleich behandelt und nicht diskriminiert werden.
4. **Die FIEC begrüßt die Bestätigung des Prinzips der Vertraulichkeit** der von den Wirtschaftsteilnehmern gelieferten Informationen als einen Faktor, der die Innovationstätigkeit der europäischen Unternehmen stärken und deren Wettbewerbsfähigkeit fördern wird. Die FIEC sieht dieses Vertraulichkeitsprinzip als eine „conditio sine qua non“ an, die im Hinblick auf ihren Anwendungsbereich und ihre Dauer genauer definiert werden sollte.



Die FIEC möchte jedoch nachdrücklich auf folgende Punkte hinweisen, die **in ihren derzeitigen Fassungen nicht unterstützt werden können und daher geändert werden sollten** :

5. **Das vorgeschlagene Verfahren, das auf besonders komplexe öffentliche Aufträge Anwendung finden soll (früher “wettbewerblicher Dialog” genannt), ist insofern nicht akzeptabel**, als es dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit bietet, sich der Ergebnisse der innovativen Tätigkeiten und Ideen der Bieter zu bemächtigen, um sie als Grundlage für den Wettbewerb zu verwenden (“Rosinen herauspicken”, Diebstahl von Ideen). Es birgt zudem die Gefahr willkürlicher und diskriminierender Praktiken in sich.
6. **Die Bestimmungen in den Rahmenvereinbarungen sind für praktisch alle Bauaufträge unangemessen. Unabhängig davon, sollten sie auf jeden Fall erheblich geändert werden**, um das Gleichgewicht zwischen den Interessen der öffentlichen Auftraggeber und denjenigen der bietenden Unternehmen zu wahren.
7. Obwohl die FIEC die zur Anpassung der Verfahren des öffentlichen Auftragswesens an die neuen Informationstechnologien unternommenen Anstrengungen begrüßt, **ist die Absicht, die Antwortfristen bei Angebotsausschreibungen, bei denen die Bekanntmachungen auf elektronischem Wege erstellt und weitergeleitet werden, zu verkürzen, nicht akzeptabel**. Dies gilt insbesondere für Bauaufträge, bei denen die Unterbreitung eines aus technischer und kaufmännischer Sicht korrekten Angebots umfangreiche Vorbereitungsarbeiten erforderlich macht. Eine derartige Fristverkürzung würde insbesondere die KMU benachteiligen.
8. **Die Berücksichtigung von Umwelteigenschaften als Vergabekriterien muss unbedingt auf Aspekte beschränkt bleiben, die den Auftragsgegenstand unmittelbar betreffen. Sie müssen in der Bekanntmachung darüber hinaus entsprechend definiert und gewichtet werden. Andernfalls besteht das Risiko, dass einige grundlegende Ziele des öffentlichen Auftragswesens unberücksichtigt bleiben, und zwar:**
  - die Transparenz,
  - die Nicht-Diskriminierung von den Wettbewerbern,
  - das beste Preis-Leistungs-Verhältnis.
9. **Das Problem der Definition von Baukonzessionen ist immer noch ungelöst**. Die vorgeschlagene Richtlinie enthält keine Vorschrift, die auf eine Änderung der derzeitigen Definition abzielt, obwohl sich diese Definition auf Bauaufträge beschränkt und keine Regeln für die anderen Arten öffentlicher Aufträge enthält.
10. **Die derzeitigen Bestimmungen über ungewöhnlich niedrige Angebote (UNA) sollten verbessert werden**, um Transparenz und Gleichbehandlung während des Verfahrens zu gewährleisten und das Risiko willkürlicher Maßnahmen durch öffentliche Auftraggeber bei der Erkennung, Prüfung und Beseitigung derartiger Angebote zu vermeiden. Auf der anderen Seite sollte die Vergabe von Aufträgen auf der Grundlage des wirtschaftlich günstigsten Angebots unter Berücksichtigung gewichteter Vergabekriterien als

tatsächliche Alternative zu den UNA in angemessener Form unterstützt werden.

- 11.** Schließlich führt der vorgeschlagene Text verschiedene Aspekte ein, die umfangreiche Änderungen der nationalen Gesetzgebungen erforderlich machen würden. Die vorgeschlagene kurze Frist zur Umsetzung der Richtlinie - 30.6.2002 - birgt das Risiko in sich, das Ziel der notwendigen Stabilität des gesetzlichen Rahmenwerks nicht erfüllen zu können. **Aus diesen Gründen beantragt die FIEC eine Verlängerung der Umsetzungsfrist für diese Richtlinie.**

## **B) DETAILLIERTE ANMERKUNGEN**

### **1. Öffentliche Einrichtungen, die als Wirtschaftsteilnehmer auftreten (Artikel 1.4)**

- a) Wie die FIEC in ihrer Stellungnahme zum Thema "betriebsinterne Leistungen" ("In house performances") (März 1999) bereits erwähnt hat, sollten öffentliche Einrichtungen, die zugleich als Wirtschaftsteilnehmer auftreten, die auf ihrem Status beruhenden Vorteile nicht dazu ausnutzen, den Wettbewerb zu verzerren.
- b) Zusätzliche Bestimmungen werden benötigt, die von den öffentlichen Auftraggebern verlangen, zu kontrollieren, dass die öffentlichen Einrichtungen unter denselben Bedingungen arbeiten und dieselben Belastungen zu tragen haben wie private Unternehmen, insbesondere im Hinblick auf Steuern, Sozialabgaben und Finanzierungskosten – beispielsweise durch Tochterunternehmen oder durch getrennte Buchführungen. Derartige Bestimmungen müssten im Titel I "Allgemeine Bestimmungen" eingeführt werden.

### **2. Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge, „CPV“ (Artikel 1.13)**

- a) Die FIEC teilt die Ansicht, dass es zur Gewährleistung der Entwicklung eines effizienten Wettbewerbs im Bereich des öffentlichen Auftragswesens unbedingt erforderlich ist, Bekanntmachungen von Ausschreibungen durch die öffentlichen Auftraggeber der Mitgliedstaaten durch die Nutzung entsprechender Instrumente in der gesamten Gemeinschaft zu veröffentlichen.
- b) Andererseits halten wir aber die verbindliche Verwendung des CPV als Referenznomenklatur für verfrüht. In der CPV fehlen nach wie vor einige Elemente und es sind immer noch Schwachstellen enthalten, die beseitigt werden müssen.

### **3. Prinzip der Vertraulichkeit (Artikel 5)**

- a) Die Anerkennung des Prinzips der vertraulichen Behandlung der von den Unternehmen gelieferten Informationen fördert deren Innovationstätigkeit durch den Schutz ihrer intellektuellen Beiträge.

- b) Der Anwendungsbereich dieses Prinzips sollte im Hinblick auf dessen Ziel und Dauer näher spezifiziert werden. Die Beachtung des Vertraulichkeitsprinzips sollte auch nach Abschluss eines Vergabeverfahrens weiter gelten, um der gängigen Praxis Einhalt zu gebieten, ein Projekt auf der Grundlage eines von einem Unternehmen im Rahmen eines vorherigen Aufrufs zur Angebotsabgabe bereits unterbreiteten Angebots auszuschreiben.
- c) Das Vertraulichkeitsprinzip muß auf jeden Fall Anwendung finden:
- zum einen auf die von den Unternehmen gelieferten Informationen zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit bei den wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Kriterien, und
  - zum anderen auf ihre Vorschläge (Lösungskonzepte, Angebote, Varianten und Vorschläge, die während der Verhandlungsphase vorgelegt werden).

#### **4. Technische Spezifikationen (Artikel 24)**

Die FIEC unterstützt das Ziel, Marktbeschränkungen jeglicher Art durch die missbräuchliche Verwendung technischer Spezifikationen zu beseitigen. Dies sollte jedoch so geschehen, dass den Bietern keine unangemessenen Kosten oder Risiken entstehen.

Zu diesem Zwecke wird eine Klärung des Zusammenhangs zwischen den Artikeln 24.3 und 24.4 benötigt.

Darüber hinaus sollten Art.24.5 und 24.6 um eine Klarstellung ergänzt werden, die besagt, dass der öffentliche Auftraggeber im Falle der Ablehnung eines Angebots erklären muss, warum die angebotenen Güter und Dienstleistungen den Anforderungen nicht entsprechen. Dies hatte die Kommission bereits in ihrer Antwort auf eine schriftliche Anfrage des EP erklärt (vgl. schriftliche Anfrage E-1174/96).

#### **5. Varianten (Artikel 25)**

a) Die Ausarbeitung einer Variante erfordert erhebliche Ressourcen bei den Unternehmen. Es ist daher, im Gegensatz zu dem, was im vorgeschlagenen Text vorgesehen ist, wichtig, dass der Auftraggeber die Verpflichtung hat, alle Varianten in die Beurteilung einzubeziehen, die die Mindestleistung oder -spezifikationen erfüllen.

b) Um die Transparenz der Gemeinschaftsbestimmungen zu verbessern und die Gleichbehandlung der Bieter zu fördern, scheint es erforderlich, Artikel 25.2 um die Bestimmung zu ergänzen, dass die öffentlichen Auftraggeber bereits in der Bekanntmachung der Aufträge angeben müssen, auf welche Art und Weise die Varianten beurteilt und verglichen werden.

#### **6. Bestimmungen über die Einstellung eines Verfahrens**

In dem Richtlinienvorschlag sind keine Bestimmungen über die Einstellung eines Vergabeverfahrens vorgesehen. Das bedeutet, dass ein eingeleitetes Verfahren durch den öffentlichen Auftraggeber jederzeit gestoppt oder eingestellt werden kann. Die Bieter tragen daher systematisch das Risiko, zeitaufwendige und kostspielige Vorschläge auszuarbeiten, ohne die Garantie zu haben, dass die Aufträge letztendlich auch tatsächlich vergeben werden.

Die FIEC schlägt daher vor, Artikel 28 um einen 4. Paragraphen zu ergänzen, in dem erklärt wird, dass ein öffentliches Vergabeverfahren nach erfolgter Bekanntmachung der Ausschreibung nur auf folgende Art und Weise beendet werden darf :

- c) durch den Abschluss eines Vertrages  
oder
- d) durch die Einstellung des Verfahrens aufgrund der Tatsache, dass keines der unterbreiteten Angebote den Anforderungen der Ausschreibungsbekanntmachung gerecht wird, oder aus anderen schwer wiegenden Gründen. Laut Art. 41.2 müssen die Bieter vom Auftraggeber über die getroffenen Entscheidungen zur Auftragsvergabe informiert werden, einschließlich der Gründe, aus denen ein Vertrag, für den eine Ausschreibung veröffentlicht worden ist, nicht vergeben worden ist, oder aus denen das Verfahren wiederbegonnen wurde.

#### **7. Besonders komplexe öffentliche Aufträge (Artikel 29.1.b und Artikel 30)**

- a) Das Konzept der besonders komplexen öffentlichen Aufträge muss genauestens definiert werden, da es sich hierbei um einen Sonderfall des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung handelt, das als solches bereits eine Ausnahme zu der Regel darstellt, daß die öffentlichen Behörden ihre Aufträge im Rahmen eines öffentlichen oder eingeschränkten Vergabeverfahrens vergeben müssen.
- b) In dem Text muss unbedingt festgelegt werden, dass die Komplexität des Auftrags objektiv und auf seine besondere Beschaffenheit zurückzuführen sein muss, und zwar unter Berücksichtigung der dem Unternehmer zu übertragenden Aufgaben, wie in der Begründung angegeben.
- c) Das derzeit vorgeschlagene Verfahren ist nicht akzeptabel, da es den öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit bietet, nach Beratungen mit den ausgewählten Bewerbern über die Mittel und Lösungen zur Erfüllung seiner Anforderungen, diese Bewerber oder zumindest einen Teil dieser Bewerber dazu aufzufordern, ein Angebot auf der Grundlage eines Leistungsverzeichnisses zu unterbreiten, das unter Berücksichtigung der Vorschläge eines oder mehrerer Bewerber erstellt wurde. Dem öffentlichen Auftraggeber ist es dadurch möglich, sich der Ergebnisse der innovativen Arbeiten und Ideen verschiedener Bewerber zu bemächtigen, um diese als Grundlage für den Wettbewerb zu verwenden.

- d) Um eine konstruktive Beteiligung der Unternehmen zu erhalten, müssen die Erwartungen des öffentlichen Auftraggebers und die der Verhandlungsteilnehmer in Einklang gebracht werden. Der Auftraggeber möchte von den Bewerbern seinen Bedürfnissen entsprechende Angebote erhalten, während die Verhandlungsteilnehmer nicht dazu bereit sind, sorgfältig ausgearbeitete und präzise Angebote zu unterbreiten, wenn diese von dem öffentlichen Auftraggeber als Grundlage für die Einholung von Konkurrenzangeboten anderer Bewerber verwendet werden können,
- e) Daher ist es unbedingt erforderlich, dass alle Bewerber nach der Verhandlungsphase dazu aufgefordert werden, ihr bestes endgültiges Angebot auf der Grundlage der von ihnen zuvor unterbreiteten Vorschläge vorzulegen.
- f) Darüber hinaus muß die Vergütung der spezifischen und von den Auftraggebern verlangten Anstrengungen (vorläufige Lösungskonzepte/endgültiges Angebot) obligatorisch gemacht werden.
- g) Schließlich scheint es sich bei dem in Artikel 30 des Richtlinienentwurfs genannten Verfahren nicht um ein Verhandlungsverfahren zu handeln. Es wirkt eher wie eine Ausschreibung auf der Grundlage der nach Durchführung technischer Beratungen mit verschiedenen Bewerbern erstellten Verdingungsunterlagen.
- h) Das derzeit vorgeschlagene Verfahren scheint sogar noch gefährlicher zu sein, da es einem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit bietet, die Vergabekriterien nach der Verhandlungsphase zu ändern, was das Risiko der Anwendung willkürlicher und diskriminierender Praktiken in sich birgt.
- i) Ein transparentes Vergabeverfahren, das Innovation und technischen Dialog fördert, sollte folgendermaßen strukturiert sein:
- 1) Informationen in der Bekanntmachung der Ausschreibung über :
- den Gegenstand des Auftrags
  - die Anzahl der Firmen, die ausgewählt und zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen
  - das Verfahren zur Auswahl von Bewerbern (Auswahlkriterien, Gewichtung)
  - die Zuschlagskriterien mit ihrer jeweiligen Gewichtung
  - den ungefähren Umfang des Auftrags
  - die den Bewerbern/Bietern gewährte Vergütung für die ihnen bei der Ausarbeitung ihrer Angebote entstandenen Kosten.
  - Das Verfahren zur Wahrung und Sicherstellung der Vertraulichkeit der unterbreiteten Angebote.
- 2) Auswahl der Bewerber ausschließlich auf der Grundlage der veröffentlichten Auswahlkriterien

- 3) Aufforderung zur Unterbreitung und zur Erörterung technischer Lösungen
- 4) Technischer Dialog
  - ausschließliche Beratung über die technischen Lösungen, nicht über die Preise
  - streng vertrauliche Behandlung der vorgeschlagenen Lösungen
  - die Protokolle dieser Beratungen werden von beiden Parteien unterzeichnet
- 5) Aufforderung zur Angebotsabgabe
  - für alle Teilnehmer am technischen Dialog
  - jeder einzelne Bieter lediglich auf der Grundlage der von ihm vorgelegten und zuvor erörterten technischen Lösung
- 6) Prüfung der Angebote und Vergabe des Auftrags an das "wirtschaftlich günstigste Angebot"
  - Auswertung der Angebote auf der Grundlage der veröffentlichten und zuvor festgelegten gewichteten Kriterien
  - keine weiteren Beratungen/Verhandlungen
  - finanzielle Entschädigung der nicht erfolgreichen Bieter/Teilnehmer am technischen Dialog.

Die FIEC ist der Ansicht, dass ein transparenter und nicht-diskriminierender "wettbewerblicher Dialog" ohne diese grundlegenden Kriterien nicht möglich ist.

## **8. Rahmenvereinbarung (Artikel 1.7, 32, 34.3 und 35.2)**

- a) Die Bestimmungen über "Rahmenvereinbarungen" sind für praktisch alle Bauaufträge unangemessen.

Die Kommission beabsichtigt, diese Bestimmungen auf sich ständig weiterentwickelnde Verträge anzuwenden, wie beispielsweise auf Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Bereich der Informationstechnologien, für die es, von einem wirtschaftlichen Standpunkt aus gesehen, kaum zu rechtfertigen ist, die öffentlichen Käufer an feste Preise und Bedingungen zu binden - alles Charakteristika, die auf den Bausektor nicht zutreffen.

- b) Darüber hinaus sind verschiedene Aspekte der Vergaberegeln für "Rahmenvereinbarungen" unklar und bedürfen weiterer Bearbeitung.
- c) Die Befreiung von der Pflicht zur Veröffentlichung einer Ausschreibungsbekanntmachung für Aufträge, die auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung vergeben werden, ist unter Berücksichtigung des Zieles transparenter Bedingungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge als kritisch anzusehen. Das geplante Verfahren zielt darauf ab, die öffentlichen Behörden dazu zu ermutigen, die Praxis der Preisverhandlung anzuwenden.

- d) Auf der anderen Seite sollte die Gemeinschaftsregelung im Hinblick auf Instandhaltungs- oder sich wiederholende Arbeiten ausdrücklich festlegen, dass die öffentlichen Auftraggeber "Rahmenverträge" mit einem Unternehmer abschließen können, sofern in diesen Verträgen das Gesamtvolumen der auszuführenden Arbeiten (zwischen einem Mindest- und einem Höchstwert) sowie die Preise festgelegt werden, wobei die Arbeiten jeweils bei Auftragserteilung innerhalb eines bestimmten Zeitraums verrichtet werden. Derartige Verträge würden einem Unternehmen – im Gegensatz zu Rahmenvereinbarungen – die Möglichkeit bieten, Investitionen und Installationen vor Ort über einige Jahre hinweg abzuschreiben und die Preise entsprechend zu ermitteln.
- e) Auf keinen Fall darf die Laufzeit von Rahmenvereinbarung eine Höchstdauer von 3 Jahren überschreiten und darf nicht verlängert werden.

**9. Fristen für das Einreichen von Anträgen auf Teilnahme bzw. von Angeboten (Artikel 37)**

- a) Die Verkürzung der Fristen, die die öffentlichen Auftraggeber den Unternehmen für ihre Antwort auf die Bekanntmachung einer Auftragsvergabe gewähren müssen, wenn diese Bekanntmachungen auf elektronischem Wege vorbereitet und versendet werden, darf sich nicht zum Nachteil für die Unternehmen, insbesondere für die KMU, auswirken.
- b) In dieser Hinsicht sind folgende Vorschläge als kritisch anzusehen :
- die Genehmigung, die Frist für die Unterbreitung von Angeboten um 5 Tage ab Versand der Bekanntmachung zu verkürzen, sofern das Leistungsverzeichnis ab dem Versanddatum dieser Bekanntmachung auf elektronischem Wege zur Verfügung steht.  
Die Unternehmen hätten von der Verfügbarkeit dieser Unterlagen keine Kenntnis vor Veröffentlichung der Bekanntmachung.
  - die Verkürzung auf eine Mindestfrist von 10 Tagen, die den Unternehmen zur Abgabe ihrer Angebote im Rahmen eingeschränkter Verfahren oder Verhandlungsverfahren in dringenden Fällen gewährt wird.
- c) In den meisten Fällen besteht die Ausarbeitung von Angeboten für Bauaufträge aus individuellen, "einmaligen" Tätigkeiten, die umfangreiche Forschung erforderlich machen, um die aus technischer und kaufmännischer Sicht günstigste Lösung zu finden. Daher wäre es kontraproduktiv, die für die Durchführung derartiger Vorbereitungsarbeiten zur Verfügung stehende Zeit zu verkürzen, insbesondere unter Berücksichtigung der von dem öffentlichen Auftraggeber zur Vorbereitung der Gestaltung und der Finanzierung des Projekts vor Veröffentlichung der Ausschreibungsbekanntmachung benötigten Zeit.
- d) Die Verkürzung dieser Fristen ist noch weniger zu rechtfertigen in Fällen der Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungsverfahren im Ausland, bei

der die Übersetzung aller Dokumente erforderlich ist, ehe das Unternehmen mit der Vorbereitung seines Angebots beginnen kann.

#### **10. Allgemeine Bestimmungen über die Auswahl von Bewerbern (Artikel 44)**

- a) Die dem öffentlichen Auftraggeber gewährte Möglichkeit, das zur Durchführung eines bestimmten Auftrags erforderliche spezifische Kapazitätsniveau und die hierfür benötigte Erfahrung festzulegen, führt zu einer effizienten Auswahl derjenigen Bewerber, die dazu in der Lage sind, den Auftrag zu optimalen Bedingungen auszuführen.
- b) Bei den eingeschränkten Verfahren oder den Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung wird die Transparenz dieser Verfahren durch die Pflicht zur Festlegung einer möglichen Beschränkung der Anzahl von Bewerbern, die zur Ausführung des Auftrags in der Lage sind, verbessert.

#### **11. Persönliche Situation des Bewerbers oder Bieters (Artikel 46.2c)**

Die Möglichkeit, einen Bewerber oder Bieter auszuschließen, der wegen eines Vergehens im Zusammenhang mit seinem standesgemäßen Verhalten verurteilt wurde, obwohl dieses Urteil noch nicht rechtskräftig ist, ist nicht akzeptabel. Es ist daher angebracht, dass Artikel 46.2c) des Vorschlags streng den Bestimmungen von Artikel 24.c) der geltenden Richtlinie 93 / 37 folgt.

#### **12. Gewichtung der Zuschlagskriterien zugunsten des wirtschaftlich günstigsten Angebotes (Artikel 53)**

- a) Die Pflicht zur Gewichtung der Kriterien für die Vergabe von Aufträgen zielt auf die Transparenz der Verfahren und die effektive Vergabe von Aufträgen an denjenigen Bieter ab, der das wirtschaftlich günstigste Angebot vorgelegt hat, sofern die Gewichtung vollständig und präzise ist statt eine Bandbreite anzugeben. Daher ist dieser Vorschlag für eine Änderung der Gemeinschaftsbestimmungen unbedingt zu unterstützen.
- b) Darüber hinaus wäre es angebracht eine Bestimmung vorzusehen, die sich speziell auf "design and build"-Aufträge bezieht, bei denen die Angebote von einer Jury bzw. einem Gremium qualifizierter und unabhängiger Personen beurteilt werden sollten.

#### **13. Zuschlagskriterien (Artikel 53)**

Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Kommission derzeit eine „auslegende Mitteilung“ über die Einbeziehung von Umweltaspekten fertig stellt und mit der Vorbereitung eines weiteren Papiers über die sozialen Aspekte im öffentlichen Auftragswesen beschäftigt ist, möchte die FIEC auf folgendes hinweisen :



- a) Es ist selbstverständlich, dass die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten eine aktive und strategische Politik zu Umwelt- und Sozialfragen verfolgen müssen.
- b) Über viele Jahre hinweg hat die FIEC bewiesen, dass sie sich diesen beiden Themen sehr engagiert, und zwar sowohl in ihrer Eigenschaft als sektorieller Sozialpartner (offiziell als solcher von der Kommission anerkannt) als auch bei ihren Aktionen, wie beispielsweise anlässlich der jüngsten Konferenzen über die Energieeffizienz und die Umweltpolitik. Bei letzterer wurde die Umweltcharta der FIEC präsentiert, die von den Vertretern der Unternehmer in Anwesenheit verschiedener Minister aus den Mitgliedstaaten unterzeichnet wurde.
- c) Die Verfahren des öffentlichen Auftragswesens zielen auf der einen Seite auf einen transparenten und fairen Wettbewerb und auf der anderen Seite auf die Erzielung des besten Gegenwertes für das Geld der Steuerzahler ab.
- d) Dementsprechend muss in jedem Fall gewährleistet werden, dass Vergabekriterien jeglicher Art, umweltpolitischer oder anderer Natur, mit dem Gegenstand des betreffenden Vertrages in einem direkten Zusammenhang stehen.
- e) Wenn dies nicht gewährleistet werden kann und wenn allgemeine politische Themen, so wichtig sie auch sein mögen, in das öffentliche Auftragswesen eingeführt werden, dann werden die Entscheidungen bezüglich der Auftragsvergabe unvorhersehbar und unüberprüfbar. Dies wäre nicht akzeptabel.

#### **14. Kommentare zu den Bestimmungen über ungewöhnlich niedrige Angebote (Artikel 54)**

- a) In der Praxis werden ungewöhnlich niedrige Angebote von den öffentlichen Auftraggebern im Allgemeinen nicht ausgeschlossen, obwohl sie den Wettbewerb verzerren.
- b) Darüber hinaus führt die Beteiligung öffentlicher Einrichtungen als Wirtschaftsteilnehmer an Ausschreibungen häufig zur Abgabe ungewöhnlich niedriger Angebote, da sie die Möglichkeit haben, die mit ihrem Status verbundenen Vorteile auszunutzen.
- c) Daher ist es unbedingt erforderlich, die Effizienz und die Transparenz der entsprechenden Gemeinschaftsbestimmungen zu verbessern.
- d) Folgendes scheint angebracht:
  - erstens sollte verlangt werden, dass die öffentlichen Auftraggeber diejenigen Angebote, die im Vergleich zu den übrigen unterbreiteten

Angeboten ungewöhnlich niedrig zu sein scheinen, prüfen; eine derartige Änderung, bei der die Bestimmungen der Gemeinschaftsregeln an diejenigen des Übereinkommens über das öffentliche Auftragswesen (vgl. Artikel XIII, 4 a) angepasst werden, würde Wettbewerbsverzerrungen zugunsten der Unternehmen aus nichteuropäischen Ländern, die Unterzeichner dieses Übereinkommens sind, verhindern;

- zweitens sollte festgelegt werden, dass der öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf Bauaufträge lediglich diejenigen Rechtfertigungsgründe berücksichtigen sollte, die mit der Wirtschaftlichkeit des Bauprozesses, mit den gewählten technischen Lösungen, mit außergewöhnlich günstigen Bedingungen, die sich für den Bieter im Hinblick auf die Ausführung des Auftrags ergeben, sowie mit der Originalität des Angebots des Bieters in Verbindung stehen;
- schließlich sollte festgelegt werden, dass die betroffenen Angebote bei Nichtvorliegen ausreichender Rechtfertigungsgründe, von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen.

#### **15. "Stillhalteperioden" (zusätzlicher Artikel in Titel II, Abschnitt 3, nach Artikel 54)**

Um die Transparenz zu gewährleisten und eine Überprüfung des Verfahrens durch die übrigen Bieter zu ermöglichen, sollte in den vorgeschlagenen Text eine zusätzliche Bestimmung eingefügt werden, möglicherweise unter Titel II, Abschnitt 3, nach Artikel 54.

Diese Bestimmung würde den öffentlichen Auftraggeber dazu verpflichten, eine "Stillhalteperiode" einzuhalten und seine Absicht, den Vertrag mit einem der Bieter abzuschließen, lange genug vor dem Vertragsabschluss bekannt zu geben.

#### **16. Bekanntmachungen öffentlicher Ausschreibungen (Anhang VII)**

Bei allen Bekanntmachungen für öffentliche Ausschreibungen sollte auch angegeben werden, an wen Beschwerden gerichtet werden können, um zu gewährleisten, dass die Unternehmen das in der Richtlinie bzw. im Gesetz vorgesehene Rechtsmittelverfahren praktisch anwenden können. Anhang VII des vorgeschlagenen Textes sollte entsprechend geändert werden.

\*  
\*   \*   \*

### **AMENDMENTS PROPOSED BY FIEC**

**concerning the Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council  
on the coordination of procedures for the award of public supply contracts, public service contracts and public works contracts"  
COM(2000) 275 final – 10/5/2000**

*The following amendments proposed by FIEC are the specific implementation of the comments and requests expressed in the FIEC position paper of 20<sup>th</sup> September 2000 (available at [www.fiec.org](http://www.fiec.org) in EN, FR, DE).*

**Art. 1.7 : Definitions**

Current text	FIEC PROPOSAL
<p><b>A "framework agreement" means an agreement between several economic operators and a contracting authority under which the contracting authority, after following the procedures laid down by this Directive up to the award phase, selects the parties to the agreement on the basis of the tenders they have submitted on the basis of objective criteria, such as quality, quantity, technical merit, delivery period or period of completion and price; under this agreement the economic operators undertake, under certain terms laid down by the contracting authority, to fulfil contracts awarded under the agreement.</b></p>	<p>a) A "framework agreement", <b><u>for supplies and services,</u></b> means an agreement between several economic operators and a contracting authority under which the contracting authority, after following the procedures laid down by this Directive up to the award phase, selects the parties to the agreement on the basis of the tenders they have submitted on the basis of objective criteria, such as quality, quantity, technical merit, delivery period or period of completion and price; under this agreement the economic operators undertake, under certain terms laid down by the contracting authority, to fulfil contracts awarded under the agreement.</p>
	<p>b) <b><u>A "framework-contract", for works, is a public contract between a contracting authority and an economic operator about maintenance works or repetitive works, determining the comprehensive volume of works to be performed – included between a minimum and a maximum – as well as the prices, with the works being performed on the basis of orders during a given period.</u></b></p>

Justification :

As stated in the explanatory memorandum, such a flexible purchasing technique is needed for contracts in constant evolution, such as contracts of products and services in the area of information technologies, for which it seems difficult to justify, from an economic point of view, binding public purchasers to fixed prices and conditions, all the characteristics of which are not relevant to the construction sector.

However, "framework contracts" should be foreseen in the community legislation for maintenance works or repetitive works. These contracts – as opposed to framework agreements – would enable an enterprise to amortise its site installations and equipment over several years and to fix its prices accordingly.

**Art. 2 : Equality of treatment, non-discrimination and transparency**

Current text	FIEC PROPOSAL
Contracting authorities shall take all necessary steps to ensure compliance with the principles of equality of treatment, transparency and non-discrimination.	Contracting authorities shall take all necessary steps to ensure compliance with the principles of equality of treatment, transparency and non-discrimination.
	<b><u>Contracting authorities shall verify that public bodies acting as economic operators do not take advantage of positions conferred on them by virtue of their status such that they distort competition. It is mandatory to ensure that public bodies work under the same conditions and bear the same charges as private enterprises, particularly tax, social and financial charges.</u></b>

Justification :

In order to avoid distortion of competition, it is mandatory to ensure that public bodies work under the same conditions and bear the same charges as private enterprises, particularly tax, social and financial charges.

Art. 5 : Confidentiality

Current text	FIEC PROPOSAL
<b>Without prejudice to the obligations relating to the advertising of awarded contracts and to the information to candidates and tenderers set out in Articles 34(3) and 41 respectively, the contracting authorities shall respect fully the confidential nature of any information furnished by the economic operators.</b>	Without prejudice to the obligations relating to the advertising of awarded contracts and to the information to candidates and tenderers set out in Articles 34(3) and 41 respectively, the contracting authorities shall respect fully, <b><u>and at any time</u></b> , the confidential nature of any information furnished by the economic operators, <b><u>including the content of their proposals. The request of confidentiality continues after the end of a procurement procedure.</u></b>

Justification :

The application of the principle of confidentiality should continue after the conclusion of a procurement procedure, in order to put an end to the practice of putting a project out to competitive tender on the basis of a proposal already submitted by an enterprise during a preceding call for tenders.

The principle of confidentiality should be applied to all the elements communicated by the enterprises in order to demonstrate their ability to conform to the criteria of economic, financial and technical capacities, but also to their proposals (tenders, variants, proposals submitted during negotiations).

Art. 23.1 : General provisions

Current text	FIEC PROPOSAL
1. For each contract, contracting authorities shall draw up a set of contract documents, clarifying and	1. For each contract, contracting authorities shall draw up a set of contract documents, clarifying and

supplementing the information contained in the contract notices. In this context they shall introduce only technical specifications in accordance with Article 24 and, <del>if they accept variants</del> , the provisions set out in Article 25 shall be applicable.	supplementing the information contained in the contract notices. In this context they shall introduce only technical specifications in accordance with Article 24 and, <b><u>unless variants are not permitted</u></b> , the provisions set out in Article 25 shall be applicable.
---	--

Justification :

In order to promote innovation, quality and the award of contracts to the "economically most advantageous tender", the general rule should be that economic operators are always allowed to present variants and it should be to the contracting authorities to indicate in the tender notice if variants are not permitted.

**Art. 24.6 : Technical specifications**

Current text	FIEC PROPOSAL
6.Where a contracting authority uses the option laid down in the second subparagraph of paragraph 3 to prescribe in terms of performance, it may not reject a tender for products or services which comply with a national standard transposing a European standard, with a European technical approval, a common technical specification or an international standard, if these standards and approvals address the same functional and performance requirements and are appropriate.	6.Where a contracting authority uses the option laid down in the second subparagraph of paragraph 3 to prescribe in terms of performance <b><u>or functional requirements</u></b> , it may not reject a tender for products or services which comply with a national standard transposing a European standard, with a European technical approval, a common technical specification or an international standard, if these standards and approvals address the same functional and performance requirements and are appropriate.
The tenderer must demonstrate in his tender by any appropriate means such as a technical dossier or a test report by a third party that the product or service in compliance with the standard meets the functional or performance requirements of the contracting authority.	The tenderer must demonstrate in his tender by any appropriate means such as a technical dossier or a test report by a third party that the product or service in compliance with the standard meets the functional or performance requirements of the contracting authority.
	<b><u>7. If rejecting a tender, the contracting authority must state the reasons why the products, works or services proposed do not comply with the requirements defined by technical specifications (paragraph 5) or the performance or functional requirements (paragraph 6).</u></b>

Current text	FIEC PROPOSAL
<del>7.</del> Technical specifications shall not refer to a specific make or source, or a particular process, or to trade marks, patents, types or a specific origin or production. Such reference shall be permitted on an exceptional basis, where a sufficiently precise and intelligible description of the subject-matter of the contract pursuant to paragraphs 3 and 4 is not possible; such reference shall be accompanied by the words "or equivalent"	<b><u>8.</u></b> Technical specifications shall not refer to a specific make or source, or a particular process, or to trade marks, patents, types or a specific origin or production. Such reference shall be permitted on an exceptional basis, where a sufficiently precise and intelligible description of the subject-matter of the contract pursuant to paragraphs 3 and 4 is not possible; such reference shall be accompanied by the words "or equivalent"

Justification :

The objective of eliminating any restriction of the market through a misuse of technical specifications should be reached without putting inappropriate costs or risks on the shoulders of the tenderers.

As was already stated by the Commission in its answer to a written question by the EP (ref. written question E-1174/96), in the event of rejection of a tender, the contracting authority must explain why the proposed goods and services do not meet the requirements.

Art. 25 : Variants

Current text	FIEC PROPOSAL
1. Where the criterion for the award of the contract is that of the most economically advantageous tender, contracting authorities <del>may</del> take account of variants which are submitted by a tenderer and meet the minimum performance or specifications required by these contracting authorities.	1. Where the criterion for the award of the contract is that of the most economically advantageous tender <b><u>and unless the tender notice indicates that variants are not permitted</u></b> , contracting authorities <b><u>must</u></b> take account of <b><u>the</u></b> variants which are submitted by a tenderer and meet the minimum <b><u>specifications or the minimum performance or functions</u></b> required by these contracting authorities.
2. The contracting authorities shall state in the contract documents the minimum specifications to be respected by the variants and any specific requirements for their presentation. <del>The contracting authorities shall indicate in the tender notice if variants are not permitted.</del>	2. The contracting authorities shall state in the contract documents the minimum specifications <b><u>or the minimum performance or functions</u></b> to be respected by the variants and any specific requirements for their presentation, <b><u>as well as how the variants will be evaluated in relation to the minimum specifications or the minimum performance or functions to be respected.</u></b>
3. Article 24 shall apply to variants.	3. Article 24 shall apply to variants.
4. In the procedures for awarding public supply contracts, contracting authorities which have admitted variants pursuant to paragraph 1 may not reject a variant on the sole ground that it would lead, if successful, to a service contract rather than a public supply contract within the meaning of this Directive.	4. In the procedures for awarding public supply contracts, contracting authorities which have admitted variants pursuant to paragraph 1 may not reject a variant on the sole ground that it would lead, if successful, to a service contract rather than a public supply contract within the meaning of this Directive.
Current text	20. FIEC PROPOSAL
In the procedures for awarding public service contracts, contracting authorities which have admitted variants pursuant to paragraph 1 may not reject a variant on the sole ground that it would lead, if successful, to a supply contract rather than a public service contract within the meaning of this Directive.	In the procedures for awarding public service contracts, contracting authorities which have admitted variants pursuant to paragraph 1 may not reject a variant on the sole ground that it would lead, if successful, to a supply contract rather than a public service contract within the meaning of this Directive.

Justification :

The preparation of a variant requires significant resources of an enterprise. It is therefore important that that the contracting authority be obliged to take account of those variants which meet at least the minimum performance or specifications required.

Furthermore, in order to improve transparency in the community rules and to encourage equal treatment among tenderers, it would appear necessary that the contracting authorities specify, in the contract notice, the way in which variants will be assessed and compared.

#### Art. 28.1 : Use of open, restricted and negotiated procedures

Current text	FIEC PROPOSAL
1. In awarding public contracts the contracting authorities shall apply the procedures defined in Article 1(6), in accordance with this Directive.	1. In awarding public contracts, <b>including "framework contracts"</b> , the contracting authorities shall apply the procedures defined in Article 1(6), in accordance with this Directive.
[...]	[...]
	<b><u>4. A public procurement procedure can only be brought to an end through :</u></b>
	<b><u>a) the award of the contract, or</u></b>
	<b><u>b) the cancellation of the procedure on the condition that</u></b>
	<b><u>- either none of the tenders submitted comply with the requirements of the tender notice</u></b>
	<b><u>- or for other serious objective reasons.</u></b>

#### Justification :

In relation with the amendment proposed to Art. 1.7, "framework contracts" would be awarded according the same procedures as public contracts.

There needs to be a fair share concerning the burden of risks between contracting authorities and economic operators. If an economic operator bears the risk of preparing time-consuming and costly tenders without having any guarantee to be awarded the contract, there must at least be certainty that the contracting authority has the serious intention of awarding the contract, only abstaining from this intention, if it is duly and objectively justified.

#### Art. 29.1b :

Current text	FIEC PROPOSAL
(b) for the award of particularly complex public contracts, provided that the criterion for the award of the contract is that of the most economically advantageous tender, and provided that the procedure rules set out in Article 30 are complied with.	(b) for the award of particularly complex public contracts, provided that the criterion for the award of the contract is that of the most economically advantageous tender, and provided that the procedure rules set out in Article 30 are complied with.
A contract is considered to be particularly complex when <del>the contracting authority</del>	A contract is considered to be particularly complex when, <b><u>given its specific nature, it is objectively impossible:</u></b>

- <del>is not objectively able</del> to define the technical or other means of meeting its requirements, or	- to define the technical or other means of meeting the contracting authority's requirements, or
- <del>is not objectively in a position</del> to assess what the market can offer in terms of technical or financial solutions.	- to assess what the market can offer in terms of technical or financial solutions.

Justification :

In order to comply with the principle of transparency and to avoid subjectivity, as is mentioned in the Explanatory memorandum of the proposal.

Art. 30 : Specific rules on particularly complex public contracts

Current text	FIEC PROPOSAL
1. In the cases referred to in point (b) of Article 29(1), the contracting authorities shall publish a contract notice, <del>choose</del> the candidates and negotiate with them the means and the solutions best suited to meeting their needs. They shall <del>then draw up the contract documents, check that the candidates' capacity is appropriate to the retained technical solution and</del> invite all the candidates <del>or a restricted number thereof</del> to submit <del>a tender</del> and they shall assess the tenders, without negotiation, on the basis of the criteria established to determine the most economically advantageous tender.	1. In the cases referred to in point (b) of Article 29.1, the contracting authorities shall publish a contract notice, <b><u>setting out their requirements as clearly as possible, select the participants in the procurement procedure and discuss with them the technical means and the solutions best suited to meet the contracting authorities needs. After this technical dialogue the contracting authorities</u></b> shall invite all the <b><u>participants</u></b> to submit <b><u>their best and final tenders on the basis of their own initial proposals further developed during the technical dialogue.</u></b> <b><u>The contracting authorities</u></b> shall assess the tenders, without negotiation, on the basis of the <b><u>award criteria and their weighting</u></b> established <b><u>in the contract notice in order</u></b> to determine the most economically advantageous tender.

Current text	FIEC PROPOSAL
2. The contracting authorities shall state in the contract notice all the conditions which the economic operators must fulfil in order to be admitted to the <del>award</del> procedure. These conditions shall consist	2. The contracting authorities shall state in the contract notice <b><u>the subject of the contract, the indicative size of the contract,</u></b> all the conditions which the economic operators must fulfil in order to be admitted to the <b><u>procurement</u></b> procedure, <b><u>the award criteria and their weighting, as well as the remuneration given to the selected participants for the costs incurred in preparing their proposals/tenders.</u></b>
<del>b) either of only the information specified in accordance with the provisions of Article 44 and those on qualitative selection criteria referred to in Articles 46 to 52,</del>	<b><u>a) Contracting authorities shall set out the subject of the contract in terms of objectives to be achieved and, if necessary, in terms of performance or functional requirements. The objective</u></b>



	<u>and requirements shall be set out as clearly as possible and shall serve as a basis for the technical dialogue (paragraph 4).</u>
<del>b) or of this information and the obligation to present an outline solution and, if necessary, an estimate of the costs of its implementation.</del>	<b><u>b) Contracting authorities shall specify the conditions economic operators must fulfil in order to be admitted to the procurement procedure in accordance with the provisions of article 44 and those on qualitative selection of articles 46 to 52. These conditions shall remain unchanged throughout the procurement procedure</u></b>
<del>The qualitative selection criteria defined in the contract notice shall remain unchanged throughout the award procedure.</del>	
<del>Under Article 45(2) the contracting authorities may decide to invite a restricted number of candidates meeting the selection criteria to negotiate. In this case, they shall announce this in the contract notice and reduce the number of invited candidates objectively on the basis of the selection criteria set out in the same notice.</del>	Under Article 45(2) the contracting authorities may decide to invite a restricted number of <b><u>participants to the procurement procedure</u></b> . In this case, they shall announce this in the contract notice and reduce the number of invited <b><u>participants</u></b> objectively on the basis of <b><u>levels of capacity and experience, which are</u></b> set out in the <b><u>contract notice in accordance with article 44.2, 44.4 and 44.6. The number of participants invited to the procurement procedure may not be less than 3, provided that there is a sufficient number of suitable candidates meeting the levels of capacity and experience.</u></b>

Current text	FIEC PROPOSAL
<p><del>When an outline solution is requested, the contracting authorities may define their requirements concerning the economic operators' financial and economic standing, as provided for in Article 48, in terms of percentages of the estimated value of the outline solutions to be presented by the various candidates, and the requirements concerning their technical capability and experience, as provided for in Article 49, according to the skills and experience required to compile the outline solutions.</del></p>	
<p><del>3. Contracting authorities shall set out their needs and requirements in terms of objectives to be achieved and, if necessary, in terms of performance or functional requirements. These needs shall be set out in the most detailed manner possible.</del></p>	
<p><del>The requirements thus defined shall serve as a basis for the formulation of the outline solutions and the cost estimates, where requested, and for the negotiation.</del></p>	
<p>4. The award criteria shall be established in accordance with point (b) of Article 29(1) and with Article 53, <del>and may not be amended in the course of the procedure</del> unless they are no longer appropriate to the subject-matter of the contract as defined in the contract documents after the negotiation phase. Article 54 concerning abnormally low tenders shall be applicable.</p>	<p>c) The award criteria <b>and their weighting</b> shall be established <b>in the contract notice</b> in accordance with point (b) <b>of Article 53.1</b>, and may not be amended in the course of the <b>procurement</b> procedure.</p>
<p><del>The conditions shall be set out in the contract notice or in the document specifying the authority's requirements; however, if an outline solution is not required, they may be specified in the invitations to participate in the negotiation phase.</del></p>	
<p><del>5. Contracting authorities which have not required the request to participate to be accompanied by an outline solution may, in the invitations to be negotiated, ask that an outline solution be submitted. The time limit for this submission shall be appropriate to the complexity of the needs which outline solutions are invited to meet and, in any case, may not be less than 25 days from the date of dispatch of the invitations.</del></p>	

Current text	FIEC PROPOSAL
--------------	---------------

<p><del>6. The purpose of negotiation with the selected candidates shall be solely to discuss and define the means best suited to meeting the needs of the contracting authority.</del></p>	
<p><del>During negotiation, the contracting authorities may not disclose to the other participants the solutions proposed or any other confidential information given by a participant.</del></p>	
<p><del>7. After announcing the end of negotiations and informing all the participants thereof, the contracting authorities shall check, by applying the selection criteria already set in accordance with paragraph 2, whether the candidates' economic, financial and technical capacity is appropriate to the technical solution specified in the final contract documents. Where the economic, financial or technical capacity of one or more candidates, as proven at the request to participate in negotiations, is not appropriate to the technical solution, contracting authorities shall make a written request to the candidates concerned to present the necessary documentation to allow a check to be carried out, on the basis of the above mentioned criteria, as to whether they have the capacity adapted to the retained technical solution. Article 44(5) shall apply</del></p>	
<p>The invitations to submit a tender shall be drawn up in accordance with Article 40 and sent in writing. They shall be accompanied by the definitive contract documents setting out the technical specifications in accordance with Article 24.</p>	
<p>In accordance with Article 45(2), the number of candidates invited to submit bids may not be less than three, provided that there is a sufficient number of suitable candidates meeting the selection criteria specified by the contracting authority.</p>	
<p><del>8. Time periods for receipt of tenders shall be fixed in accordance with Article 37.</del></p>	
<p><del>9. The contracting authorities may specify prices and payments to the participants. Such prices and payments shall be taken into consideration for the application of Article 8.</del></p>	<p><b>d) In the contract notice,</b> contracting authorities <b>shall</b> specify payments to the participants <b>as compensation for their costs in the technical dialogue and the preparation of proposals/tenders.</b> These payments shall be taken into consideration for the application of Article 8.</p>

<p>Current text</p>	<p>FIEC PROPOSAL</p>
	<p><b>3. In accordance with article 40.1 and 40.4 b),</b></p>

	<u>contracting authorities shall simultaneously and in writing invite the selected participants to a technical dialogue. Contracting authorities shall, in the invitation, ask that an outline solution be presented at the start of the technical dialogue. The time limit fixed for the start of the technical dialogue shall be appropriate to the complexity of the needs which outline solutions are invited to meet and, in any case, may not be less than 47 days from the date of dispatch of the invitations.</u>
	<u>4. The purpose of the technical dialogue with the selected participants shall be solely to discuss the technical means best suited to meet the needs of the contracting authority. During the technical dialogue, the participants shall work up their outline solution in order to be sure that the solutions would be, in principle, complying with the contracting authorities' needs.</u>
	<u>Contracting authorities may only bilaterally discuss with each participant the respective participant's outline solution. Except for article 41.1 contracting authorities are obliged to maintain strict confidentiality. They may not at any time disclose to the other participants or elsewhere the solutions or any other confidential information given by a participant. For each bilateral discussion held, minutes shall be established, signed by and distributed to both parties concerned.</u>
	<u>5. After announcing the end of the technical dialogue and informing all the participants thereof, contracting authorities shall invite all participants in writing to submit a best and final tender, which may only be based on each participant's own initial outline solution, as further developed during the technical dialogue. The time period for receipt of tenders shall be in accordance with article 37.1, but no shorter than 25 days from the date of dispatch of the invitation to tender.</u>
	<u>6. Without further discussions, contracting authorities shall assess the tenders received according to the award criteria and their weighting established in the contract notice. Before awarding the contract to the economically most advantageous tender, contracting authorities shall inform participants about the intended award in compliance with article 41.1.</u>

Justification :

The current proposed procedure is unacceptable, insofar as it authorises the contracting authority, after discussion with the selected candidates, of means and solutions for complying with its requirements, to call those candidates, or some of them, to submit a tender based on a contract document derived from proposals issued by one or several candidates. It gives the contracting authority the possibility of seizing the result of inventive efforts and innovative ideas of the various candidates in order to use them as a basis for competition.

Therefore, it is imperative that, after the negotiation phase, each candidate be called to submit its best definitive offer, based on the proposals that it had previously submitted.

The procedure currently proposed appears even more dangerous since it gives the possibility to a contracting authority to modify the award criteria after the negotiation phase and introduces potential risks of arbitrary and discriminatory practices.

#### Art. 37.1 to 37.4 and 37.9b : Requests to participate and receipt of tenders

Current text	FIEC PROPOSAL
1.All time-limits for the receipt of tenders and requests to participate fixed by the contracting authorities shall be sufficiently long to give interested parties reasonable time appropriate to the contract to draw up and submit their tenders. When fixing these time-limits, contracting authorities shall take particular account of the complexity of the contract and the time required for drawing up tenders.	1.All time-limits for the receipt of tenders and requests to participate fixed by the contracting authorities shall be sufficiently long to give interested parties reasonable time appropriate to the contract to draw up and submit their tenders. When fixing these time-limits, contracting authorities shall take particular account of the complexity of the contract and the time required for drawing up tenders.
2.In the case of open procedures, the minimum time-limit for the receipt of tenders is 52 days from the date on which the contract notice was sent.	2.In the case of open procedures, the minimum time-limit for the receipt of tenders is 52 days <b>for <u>supplies and services contracts and 90 days for works contracts</u></b> from the date on which the contract notice was sent.
3.In the case of restricted procedures and negotiated procedures with publication of a contract notice referred to in Article 29:	3.In the case of restricted procedures and negotiated procedures with publication of a contract notice referred to in Article 29:
(a) the minimum time-limit for receipt of requests to participate shall be 37 days from the date on which the contract notice was sent; however, for particularly complex contracts referred to in point (b) of Article 29(1), this time-limit shall not be less than 47 days from the date on which the contract notice was sent <del>where the request to participate must be accompanied by an outline solution;</del>	(a) the minimum time-limit for receipt of requests to participate shall be 37 days from the date on which the contract notice was sent; however, for particularly complex contracts referred to in point (b) of Article 29(1), this time-limit shall not be less than 47 days from the date on which the contract notice was sent;

Current text	FIEC PROPOSAL
(b) the minimum time-limit for the receipt of tenders shall be 40 days from the date on which the invitation was sent.	(b) the minimum time-limit for the receipt of tenders shall be 40 days <b>for <u>supplies and services contracts and 80 days for works contracts</u></b> from the date on which the invitation was sent.
4. When contracting authorities have published an indicative notice, the minimum time-limit for the receipt of tenders shall be, as a general rule, 36 days, but under no circumstances less than 26 days.	4. When contracting authorities have published an indicative notice, the minimum time-limit for the receipt of tenders shall be, as a general rule, 36 days, but under no circumstances less than 26 days <b>for <u>supplies and services contracts and, respectively, 70</u></b>

	<b><u>days and 60 days for works contracts..</u></b>
[...]	[...]
9. In the case of restricted procedures and negotiated procedures with publication of a contract notice referred to in Article 29, where urgency renders impracticable the time-limits laid down in paragraphs 3 to 6, contracting authorities may fix	9. In the case of restricted procedures and negotiated procedures with publication of a contract notice referred to in Article 29, where urgency renders impracticable the time-limits laid down in paragraphs 3 to 6, contracting authorities may fix
(a) a time-limit for the receipt of requests to participate which may not be less than 15 days from the date on which the contract notice was sent, <del>or less than 10 days if the notice was sent by electronic means, in accordance with Annex VIII;</del>	(a) a time-limit for the receipt of requests to participate which may not be less than 15 days from the date on which the contract notice was sent;
(b) a time-limit for the receipt of tenders which shall be not less than <del>40</del> days from the date of the invitation to tender.	(b) a time-limit for the receipt of tenders which shall be not less than <b>15</b> days from the date of the invitation to tender.
These time-limits may not be used for particularly complex contracts <del>awarded under the procedural rules laid down in Article 30.</del>	These time-limits may not be used for particularly complex contracts in cases referred to in Article 29.1(b).

**Justification :**

As works contracts are executed on the client's site, the preparation of the tender must take into account all the site characteristics (soils, water, environment requirements) and the laws and regulations in force in the country (labour, tax, environment...etc) as well as the availability and cost of local materials and subcontractors. Longer periods for works contracts are settled by the Commission for the contracts concluded for the purposes of community cooperation with third countries (90 days), as well as the EBRD (90 days) and the World Bank (12 weeks).

**Art. 41 : Informing candidates and tenderers**

<b>Current text</b>	<b>FIEC PROPOSAL</b>
1. The contracting authority shall, within <del>45</del> days of the date on which <del>a written request is received</del> , inform any eliminated candidate or tenderer of the reasons for rejection of his application or his tender, <del>and any tenderer who has made an admissible tender of the characteristics and relative advantages of the tender selected as well as the name of the successful tenderer.</del>	1. The contracting authority <b><u>which either rejects a candidate or a tenderer or intends to award a contract</u></b> shall, within <b><u>3 working days inform in writing the rejected candidate/tenderer or all tenderers to whom the contract will not be awarded stating the reasons for the rejection or the intended non-award of contract.</u></b> Any tenderer who has made an admissible tender <b><u>shall also be informed</u></b> about the characteristics and relative advantages of the tender <b><u>to which the contract is to be awarded,</u></b> as well as the name of the successful tenderer.
However, contracting authorities may decide to withhold certain information on the contract award, referred to in the preceding subparagraph, where release of such information would impede law enforcement or	However, contracting authorities may decide to withhold certain information on the <b><u>intended</u></b> contract award, referred to in the preceding subparagraph, where release of such information would impede law

otherwise be contrary to the public interest or would prejudice the legitimate commercial interests of economic operators, public or private, or might prejudice fair competition between them.	enforcement or otherwise be contrary to the public interest or would prejudice the legitimate commercial interests of economic operators, public or private, or might prejudice fair competition between them.
	<b><u>The rejection of a candidate or a tenderer only becomes effective and the contracting authority may only award the contract, if the rejected candidate or tenderer or the tenderers to which the contract shall not be awarded do not initiate a review procedure within 15 working days from the date of receipt of the contracting entities' written information.</u></b>
2. The contracting authorities shall <del>as soon as possible</del> inform candidates and tenderers of <del>decisions reached concerning the award of the contract, including the grounds for any decision not to award a contract</del> for which there has been a call for competition or to recommence the procedure, and shall do so in writing <del>if requested</del> .	2. The contracting authorities shall <b><u>within 3 working days from the date of the decision</u></b> , inform candidates and tenderers of the grounds for any decision <b><u>to cancel a procurement procedure</u></b> , and shall do so in writing.

Justification :

In order to ensure transparency and to allow a verification of the procedure by the other candidates and tenderers and, if needed, to introduce a recourse, this provision would oblige the contracting authority to inform rejected applicants and tenderers. It also obliges the contracting authority to respect a "standstill period" and therefore to publish sufficiently early before the conclusion of the contract, its intention of concluding the contract with one or other of the tenderers.

This could of course also imply amendments to the "Recourse" directive (665/89/EC), which may be presented by FIEC in a separate document.

Paragraph 2 is amended in accordance with FIEC's proposal concerning Article 28.4.

Art. 44.6 : Selection of participants and award of contracts

Current text	FIEC PROPOSAL
6. The extent of the information referred to in Articles 48 and 49 and the capacity level required for a specific contract shall be confined and proportionate to the subject-matter of the contract. In handling this information contracting authorities shall take into consideration the legitimate interests of the economic operators as regards the protection of their technical or trade secrets.	6. The extent of the information referred to in Articles 48 and 49 and the capacity level required for a specific contract shall be confined and proportionate to the subject-matter of the contract. In handling this information contracting authorities shall <b><u>observe the principle of confidentiality set out in article 5.</u></b>

Justification :

This amendment complies with and reinforces the principle of confidentiality set out in article 5.

Art. 46.2c : Personal situation of the candidate or tenderer

Current text	FIEC PROPOSAL
2. Any economic operator may be excluded from participation in the contract who:	2. Any economic operator may be excluded from participation in the contract who :
(c) has been convicted <del>by a judgment</del> of any offence concerning his professional conduct;	(c) has been convicted of any offence concerning his professional conduct <b><u>by a judgment which has the force of res judicata;</u></b>

Justification :

The possibility of excluding a candidate or a tenderer who has been convicted by a judgment of any offence concerning his professional conduct, in a situation where the judgment is not yet definitive, is not acceptable. The provision of the current directive in force (Art. 24.c of directive 93/37) is more adequate in this respect.

Art 53 : Contract award criteria

Current text	FIEC PROPOSAL
1. Without prejudice to national laws, regulations or administrative provisions on the remuneration of certain services, the criteria on which the contracting authorities shall base the award of contracts shall be:	1. Without prejudice to national laws, regulations or administrative provisions on the remuneration of certain services, the criteria on which the contracting authorities shall base the award of contracts shall be:
(a) either the lowest price only; or	(a) either the lowest price only; or
(b) when award is made to the most economically advantageous tender for the contracting authorities, various criteria directly linked to the subject of the public contract in question: for example, quality, price, technical merit, aesthetic and functional characteristics, environmental characteristics, running costs, cost-effectiveness, after-sales service and technical assistance, delivery date and delivery period or period of completion.	(b) when award is made to the most economically advantageous tender for the contracting authorities, various criteria directly linked to the subject of the public contract in question: for example, quality, price, technical merit, aesthetic and functional characteristics, environmental characteristics, running costs, cost-effectiveness, after-sales service and technical assistance, delivery date and delivery period or period of completion.
	<b><u>However, for contracts which are tendered on the basis of both the design and execution of works, it would be appropriate to have the assessment of the tenders made by a jury/panel of qualified and independent individuals.</u></b>
2. In the case referred to in point (b) of paragraph 1, the contracting authority shall specify the relative weighting which it gives to each of the criteria chosen to determine the most economically advantageous tender.	2. In the case referred to in point (b) of paragraph 1, the contracting authority shall specify the relative weighting which it gives to each of the criteria chosen to determine the most economically advantageous tender.



(a) in the contract notice or in the contract documents in the case of open procedures;	(a) in the contract notice or in the contract documents in the case of open procedures;
(b) in the contract notice in the case of restricted and negotiated procedures.	(b) in the contract notice in the case of restricted and negotiated procedures.
This weighting can be expressed <del>by providing for a range within which the value attributed to each criteria shall be stated.</del>	This weighting can be expressed <b><u>as a percentage or in terms of relative share compared with another criterion.</u></b>
In restricted and negotiated procedures, the contracting authority may, exceptionally, and in duly justified cases, state this weighting in the contract documents or in the invitation to tender. <del>Under the same conditions and in the case of particularly complex contracts awarded under the procedural rules laid down in Article 30, this weighting shall be stated in the invitation to negotiate.</del>	In restricted and negotiated procedures, the contracting authority may, exceptionally, and in duly justified cases, state this weighting in the contract documents or in the invitation to tender.

Justification :

The possibility of expressing the weighting of the criteria by a range of values introduces subjectivity and does not comply to the principle of transparency.

For works contracts which are tendered on the basis of not only the execution of works, but also their design, the evaluation of the tender cannot only take into account objective and quantifiable criteria and therefore only a jury can make a comprehensive assessment of the tenders, as in a design contest.

**Art. 54 : Abnormally low tenders**

Current text	FIEC PROPOSAL
If, for a given contract, tenders appear to be <b>abnormally low in relation to the goods, works or services, the contracting authority shall, before it may reject those tenders, request in writing details of the constituent elements of the tender which it considers relevant and shall verify, after due hearing of the parties those constituent elements taking account of the explanations received.</b>	If, for a given contract, tenders appear to be abnormally low in relation to the <b><u>other tenders submitted</u></b> , the contracting authority shall, before it may reject those tenders, request in writing details of the constituent elements of the tender which it considers relevant and shall verify, after due hearing of the parties those constituent elements taking account of the explanations received.
The contracting authority shall take into consideration explanations relating to:	The contracting authority shall <b><u>only</u></b> take into consideration explanations relating to:
(a) the economics of the manufacturing process, of the services provided and of the construction method;	(a) the economics of the manufacturing process, of the services provided and of the construction method;
(b) the technical solutions chosen and/or the exceptionally favourable conditions available to the tenderer for the supply of the goods and services, and the execution of the work;	(b) the technical solutions chosen and/or the exceptionally favourable conditions available to the tenderer for the supply of the goods and services, and the execution of the work;

(c) the originality of the supplies, services or work proposed by the tenderer.	(c) the originality of the supplies, services or work proposed by the tenderer.
	20.1. <u>In the absence of satisfactory justifications, the contracting authority must reject these abnormally low tenders.</u>
Where the contracting authority establishes that a tender is abnormally low on grounds that the tenderer has obtained a State aid, the tender can only be rejected after consultation with the tenderer where the latter is unable to prove, within a sufficient timeframe fixed by the contracting authority, that the aid in question was notified to the Commission under Article 88(3) of the Treaty and authorised. Where the contracting authority rejects a tender in these circumstances, it shall inform the Commission of that fact.	Where the contracting authority establishes that a tender is abnormally low on grounds that the tenderer has obtained a State aid, the tender can only be rejected after consultation with the tenderer where the latter is unable to prove, within a sufficient timeframe fixed by the contracting authority, that the aid in question was notified to the Commission under Article 88(3) of the Treaty and authorised. Where the contracting authority rejects a tender in these circumstances, it shall inform the Commission of that fact.

Justification :

The contracting authorities should examine the tenders which seem abnormally low in relation to the other submitted tenders; such a modification, aligning the provisions of the community regulation with those of the Agreement on Government Procurement (CF. article XIII, 4, a), would avoid any distortion of competition to the benefit of enterprises of non European countries, that are signatories to the Agreement.

For the examination of these tenders, the contracting authority should take into consideration, concerning works contracts, only those justifications which are related to the economy of the construction process, to adopted technical solutions, to exceptionally favourable conditions available to the tenderer in order to perform the contract, and to the originality of the tenderer's proposal.

Finally, when the justifications are not satisfactory, the tenders concerned must be rejected.

ANNEX VII : CONTRACT NOTICES

Current text	FIEC PROPOSAL
8. (a) For framework agreements: the envisaged number of economic operators taking part, the duration of the agreement specifying, where appropriate, the reasons for use of a framework agreement exceeding three years, the total value of supplies/services/works estimated for the duration of the framework agreement and the value and frequency of contracts to be awarded.	8. (a) For framework agreements: the envisaged number of economic operators taking part, the duration of the agreement specifying, where appropriate, the reasons for use of a framework agreement exceeding three years, the total value of supplies/services/works estimated for the duration of the framework agreement and the value and frequency of contracts to be awarded.
Current text	FIEC PROPOSAL
	(b) <u>For "framework contracts" : the duration of the contract (maximum 3 years and not renewable), minimum and maximum value of the total works to be performed.</u>

[...]	[...]
22.Date(s) of publication of the pre-information notice in accordance with the technical specifications of publication indicated in Annex VIII or statement that no such publication made.	22.Date(s) of publication of the pre-information notice in accordance with the technical specifications of publication indicated in Annex VIII or statement that no such publication made.
	<b><u>23. Address of the place where a recourse procedure can be introduced.</u></b>
<del>23.</del> Date of dispatch of the notice.	24.Date of dispatch of the notice.
24.Indicate whether the contract is covered by the Agreement (GPA).	25.Indicate whether the contract is covered by the Agreement (GPA).

Justification :

Concerning the amendment proposed to 8.b : in relation to the amendment proposed to Art. 1.7 and in order to avoid that they become a mean to restrict competition, "framework contracts" would have a duration of maximum 3 years and would not be renewable.

Concerning the amendment proposed to 8.23 : all public contract notices should indicate where complaints can be addressed, in order to guarantee that enterprises can make practical use of the recourse procedures.

ANNEX VII : CONTRACT AWARD NOTICES

11.Date of publication of the tender notice in accordance with the technical specifications for publication in Annex VIII.	11.Date of publication of the tender notice in accordance with the technical specifications for publication in Annex VIII.
	<b><u>12. Address of the place where a recourse procedure can be introduced.</u></b>
<del>12.</del> Date of dispatch of this notice.	13.Date of dispatch of this notice.

Justification :

All public contract notices should indicate where complaints can be addressed, in order to guarantee that enterprises can make practical use of the recourse procedures.

*II. e) Construction works and related issues*

**European Federation of  
Engineering Consultancy  
Associations (EFCA)**

EFCA (European Federation of Engineering Consultancy Associations) est la fédération professionnelle qui représente au niveau européen le secteur de la consultance en ingénierie. EFCA représente 24 associations nationales, qui rassemblent des firmes et sociétés des 15 pays de l'Union et de 6 autres pays européens.

Ces firmes et sociétés européennes exercent la profession d'ingénierie à titre principal et sur le marché concurrentiel. Leur activité consiste à étudier, concevoir et faire réaliser des constructions et équipements. Ces constructions représentent largement plus de la moitié des 1.500 milliards d'Euros investis annuellement en constructions et équipements en Europe. Cette activité mobilise en Europe près de 650.000 personnes hautement qualifiées et représente un chiffre d'affaires d'études de 70 milliards d'Euros.

### **Commentaires généraux**

EFCA tient, en tout premier lieu, à faire part de sa satisfaction quant à divers points importants susceptibles d'améliorer sensiblement la situation existante à ce jour :

- La fusion des trois directives "classiques" en une proposition de directive unique, laquelle contribuera indéniablement à simplifier le cadre juridique existant ainsi qu'à le moderniser.
- Des améliorations importantes apportées par la proposition en matière de lisibilité du texte.
- Les dispositions relatives à la pondération des critères d'attribution des marchés à laquelle EFCA est très favorable. Cette pondération, en effet, va dans le sens souhaité de la transparence des procédures ainsi que d'une garantie accrue d'égalité de traitement et de non-discrimination. Elle comporte surtout une valeur pédagogique indéniable.

### **2./ Les marchés publics**

La nature de l'activité des sociétés d'ingénierie leur confère une position très particulière dans la commande publique. Le travail de ces sociétés consiste en effet, fondamentalement, à assister leurs clients dans la formulation de leurs besoins en tous domaines (bâtiments, infrastructures, systèmes industriels, etc.), pour lancer des appels d'offres de travaux et d'équipements.

Cette spécificité place les sociétés d'ingénierie en position de conseil des acheteurs publics et conduit EFCA à faire en premier lieu des commentaires dépassant son propre objet et concernant l'ensemble de la filière construction.

2.1/ La procédure envisagée pour les opérations dites "particulièrement complexes" constitue en fait une dérogation aux règles communes d'achats publics qui semblent ignorer le rôle que peuvent précisément jouer les sociétés d'ingénierie : assister le client pour définir ses besoins.

Ce rôle, elles l'exercent pourtant depuis des décennies et son importance ne fait que croître avec le niveau de développement des pays. Cette activité est le

gage d'une meilleure qualité et d'une meilleure utilisation des deniers publics. EFCA recommande de supprimer la procédure dérogatoire prévue pour les opérations particulièrement complexes à défaut de l'encadrer beaucoup plus strictement que dans la proposition actuelle de directive afin d'éviter des utilisations abusives de ces dérogations.

- 2.2/ Les pouvoirs adjudicateurs ont la possibilité de ne pas exiger l'indication des sous-traitants. Lorsque ceux-ci constituent un élément crucial, cela risque de fausser gravement la transparence voulue par les législateurs européens, au détriment d'une véritable ouverture des marchés. EFCA propose donc de rendre obligatoire, dans ce cas, la désignation des sous-traitants.

### **3./ Les marchés publics de services intellectuels**

En qualité de prestataires de services, les sociétés d'ingénierie sont directement intéressées par l'application de la Directive Marchés Publics à leurs prestations et souhaitent qu'elle soit adaptée à la spécificité majeure de leur activité: une production intellectuelle qui ne peut être prédéfinie car elle comporte une part importante de création.

EFCA formule plusieurs commentaires à ce sujet.

- 3.1./ Pour donner toute son efficacité aux dispositifs de la dite directive, il convient de choisir une procédure adaptée aux prestations à fournir. S'agissant de prestations intellectuelles, notamment les prestations comportant des missions de conception, EFCA estime que seules les procédures négociées sont appropriées et propose qu'elles soient explicitement recommandées pour de telles prestations dans le texte de la directive.
- 3.2/ Pour éviter une utilisation abusive du critère de prix, totalement inadapté à la sélection de prestations intellectuelles, et à défaut de pouvoir interdire un tel usage – comme le fait pourtant la Loi Brook aux États-Unis pour les projets fédéraux - EFCA propose de remplacer l'offre "économiquement la plus avantageuse" par "la plus intéressante du point de vue du développement durable".  
EFCA suggère également d'encourager la détection des offres anormalement basses, par référence aux guides professionnels en vigueur.
- 3.3/ EFCA a noté avec un grand intérêt la disposition visant à éliminer les offres dont le caractère anormalement bas résulte de l'utilisation d'aides publiques qui n'auront pas été notifiées aux autorités européennes.

Cette disposition ne concerne cependant qu'un seul volet de la situation anormale de la concurrence public-privé. EFCA souhaite que soit également envisagé le cas de la vente par certains services publics de prestations sans mise en concurrence au motif de "droits exclusifs". Aussi EFCA propose de définir dans la directive, avec plus de précision qu'actuellement, les "droits exclusifs"..

Jean Félix  
9 janvier 2001

*II. e) Construction works and related issues*

**Consiglio Nazionale degli  
Ingegneri**

## CONSIGLIO NAZIONALE INGEGNERI (CNI)

### EMENDAMENTI ALLA PROPOSTA DI DIRETTIVA RELATIVA AL COORDINAMENTO DELLE PROCEDURE DI AGGIUDICAZIONE DEGLI APPALTI PUBBLICI DI FORNITURE, DI SERVIZI E DI LAVORI.

#### **Premesse**

Le proposte di emendamenti formulati dal CNI e di seguito riportati si prefiggono i seguenti obiettivi:

- Distinguere gli atti professionali nei settori dell'Ingegneria dell'Architettura da quelli esecutivi, quali la realizzazione delle opere.

Ciò risponde all'esigenza, espressa dal Parlamento Europeo, di conseguire nel settore delle costruzioni, la garanzia della qualità e di attuare nel contempo un controllo dei costi nell'interesse del committente e del consumatore. Recenti studi effettuati da alcune Corti dei Conti nazionali hanno stabilito che per l'edilizia pubblica, il rapporto qualità-prezzo è migliore quando le attività di progettazione dell'opera sono disgiunte da quelle relative alla sua esecuzione.

- Impedire il subappalto dei servizi di natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli di Ingegneria e di Architettura, per garantire una reale libera concorrenza, fornendo uguali opportunità d'accesso agli appalti ai professionisti singoli, agli studi associati di professionisti, ai professionisti associati, alle società di progettazione ed ai servizi di progettazione delle grandi imprese e delle amministrazioni pubbliche (Nei Paesi membri ove ciò è consentito).
- Mantenere impregiudicata la valenza qualitativa, culturale e tecnica dei servizi di natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli di Ingegneria e di Architettura nonché salvaguardare gli aspetti di proprietà intellettuale legati alle "idee" che sottendono ad ogni "soluzione scelta" dall'Amministrazione aggiudicatrice in conformità alla procedura negoziata di cui all'articolo 30 .
- Assicurare pertanto il rilievo che assumono le componenti qualitative, culturali e tecniche dei servizi di Ingegneria e di Architettura anche nella fase della



determinazione e ponderazione dei criteri di valutazione che le Amministrazioni aggiudicatrici sono chiamate ad effettuare.

- Garantire ai Giovani di inserirsi nel mondo del lavoro, premiando i parametri relativi all'aspetto qualitativo e al pregio tecnico della prestazione, rispetto a quelli economici.

Per la completa realizzazione degli obiettivi precedenti, il Consiglio Nazionale degli Ingegneri auspica che la Commissione rediga delle Linee Guida, ai fini di una corretta applicazione ed implementazione della Direttiva da parte degli Stati membri, riguardo soprattutto la definizione dei criteri d'aggiudicazione più delicati quali la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le soluzioni tecniche ingegneristiche, le caratteristiche ambientali.

- Privilegiare nel settore dei servizi intellettuali una concorrenza tra i partecipanti, facendo in modo che il ricorso alla procedura negoziata, specie per quanto attiene le prestazioni intellettuali, sia realmente riservata all'aggiudicazione di appalti per i quali non è possibile altra procedura, badando che nella formulazione della nuova direttiva sia inequivocabilmente definito il carattere eccezionale di tale procedura evitandone l'abuso che minerebbe gravemente la concorrenza e soprattutto quella trasparenza degli appalti che costituisce uno dei principali obiettivi della Commissione.
- Stimolare la collaborazione tra professionisti rendendo vantaggiosa la partecipazione in forma raggruppata alle singole gare di appalto. In tale prospettiva, per agevolare la collaborazione tra singoli professionisti, anche di Stati diversi, la Direttiva dovrebbe prevedere forme di *partnership* professionale (o interprofessionale), cui sia consentito di raggiungere i requisiti di selezione individuati dalle amministrazioni aggiudicatrici, mediante il cumulo dei requisiti personali dei singoli partecipanti al raggruppamento. Sarebbe così stimolata l'aggregazione tra professionisti, mediante il ricorso a meccanismi agili, privi di quelle rigidità organizzative ed economico-finanziarie che diversamente presentano le forme di collaborazione di tipo societario e che fino ad oggi hanno limitato lo sviluppo delle collaborazioni tra professionisti.

- Evitare la predisposizione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, di requisiti di selezione non rigorosamente proporzionati all'oggetto ed alla natura dell'appalto, ed evitare surrettizie forme di restrizione del numero dei potenziali partecipanti alle gare d'appalto.
- Garantire che le procedure applicabili ai servizi intellettuali non inficino i diritti connessi alla proprietà intellettuale e al contratto d'opera intellettuale, soprattutto allorquando vengono utilizzati documenti, idee e concetti altrui per preparare da parte delle Amministrazioni la procedura e il suo negozio. La procedura negoziata di cui all'articolo 30, che attribuisce semplice facoltà alle amministrazioni aggiudicatrici di prevedere l'attribuzione di premi e importi in denaro ai partecipanti, non prende in conto il dovuto rispetto della legislazione in materia di tutela della proprietà intellettuale. Si fa notare a questo proposito che ogni professionista che abbia contribuito in toto od anche in parte all'identificazione della soluzione tecnica prescelta, dovrà essere ricompensato, nulla essendo peraltro dovuto ai professionisti le cui proposte non abbiano recato alcun contributo all'Amministrazione.
- Incoraggiare la Commissione a proseguire i suoi obiettivi in materia di agevolazione delle procedure e riduzione dei tempi di aggiudicazione degli appalti, mediante l'uso dei mezzi elettronici. La categoria degli ingegneri non può che appoggiare con forza le conclusioni della presidenza del Consiglio europeo di Lisbona del marzo 2000, nelle quali viene chiesto alla Commissione, al Consiglio e agli Stati membri di prendere i provvedimenti necessari per garantire che entro il 2003 le procedure relative agli appalti comunitari e pubblici siano espletate per via elettronica.

A fronte della giusta preoccupazione che alcuni soggetti, per mancanza di adeguata tecnologia, possano essere esclusi dagli appalti pubblici aggiudicati elettronicamente, le Associazioni europee e nazionali rappresentanti gli Ingegneri, possono offrire il loro contributo onde garantire l'adeguato livello di sicurezza delle procedure operative e formare adeguatamente gli operatori affinché quest'importante obiettivo sia raggiunto.

## Emendamenti proposti.

- **All'art. 1, punto 2, il secondo comma** dovrebbe essere riformulato come segue:  
Gli “appalti pubblici di servizi” sono i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra uno o più prestatori di servizi e un'amministrazione aggiudicatrice. ~~aventi per oggetto esclusivamente o principalmente la prestazione dei servizi di cui all'allegato I;~~ *“In particolare sono Appalti Pubblici di servizi esecutivi di impresa i contratti aventi per oggetto esclusivamente o principalmente la prestazione dei servizi di cui agli allegati IA e IB, mentre sono Appalti Pubblici di servizi intellettuali i contratti aventi per oggetto esclusivamente o principalmente la prestazione dei servizi di cui all'allegato IC”*<sup>1</sup>
  
- **Al punto 2 dell'art. 1 – terzo comma** l'espressione “o, congiuntamente l'esecuzione e la progettazione”, dovrebbe essere eliminata;
  
- **Al punto 9 dell'art. 1** l'espressione finale: “con o senza assegnazione di premi” dovrebbe essere modificata in “con assegnazione di premi”
  
- **All'Articolo 26, “Subappalto”** dovrebbe aggiungersi un secondo comma così formulato:  
  
*“Le prestazioni intellettuali elencate nella prima categoria dell'allegato 1C non sono subappaltabili.”*
  
- **Il punto 3, lettera h) dell'articolo 49**, dovrebbe essere così riformulato:  
h) indicazione della quota dell'appalto che il prestatore di servizi “*compresi negli allegati IA e IB,*” intende eventualmente subappaltare
  
- Per garantire ulteriormente il diritto alla pari opportunità dei concorrenti, occorrerebbe riformulare la prima frase dell'**articolo 3, paragrafo 1** nel modo seguente:

---

<sup>1</sup> Pertanto l'Allegato 1 alla proposta di direttiva dovrebbe comprendere tre tabelle: IA, IB e IC. L'allegato IC, in calce al presente documento, comprenderebbe tutti i servizi intellettuali che dovrebbero essere contestualmente trasferiti dagli allegati IA e IB per ottemperare all'emendamento proposto

I raggruppamenti di operatori economici sono autorizzati a presentare offerte. *“e i soggetti ad essi partecipanti possono soddisfare cumulativamente i requisiti di selezione individuati dalle amministrazioni aggiudicatrici”*.

- **Il punto 3 dell’articolo 29** dovrebbe essere così modificato:

3. per gli appalti pubblici di servizi, qualora la natura dei servizi da fornire, in particolare nel caso di prestazioni di natura intellettuale e di servizi rientranti ~~nella categoria 6 dell’allegato IA,~~ *“nell’allegato IC,”* renda impossibile stabilire specifiche d’appalto con sufficiente precisione perché l’appalto possa essere aggiudicato selezionando l’offerta migliore secondo le norme sulla procedura aperta o sulla procedura ristretta;
- **Il punto 9 dell’articolo 30** dovrebbe essere integrato come segue:

9. Le amministrazioni aggiudicatrici ~~possono~~ devono prevedere l'attribuzione ai partecipanti di premi e importi in denaro. *"Tale attribuzione deve riguardare tutti i candidati le cui proposte in toto o in parte sono state usate come base per redigere il bando di gara"*. Siffatti premi e pagamenti in denaro sono presi in considerazione ai fini dell'applicazione dell'articolo 8.
- **All’articolo 32** si dovrebbe aggiungere un punto 4) così formulato:

*"Ai servizi di cui alla categoria 1 dell’allegato IC, non si applicano le disposizioni di cui al presente articolo."*
- **L’articolo 33**, coerentemente all’emendamento proposto all’articolo 1, punto 2, sarebbe inammissibile in quanto unisce la progettazione e l’esecuzione dell’opera in un unico processo affidabile al medesimo soggetto. Tuttavia, dato il carattere particolare degli appalti per edilizia popolare, pur assegnandosi l’appalto ad un unico operatore, sarebbe opportuno mantenere comunque divisi il ruolo del progettista e quello dell’esecutore dell’opera inserendo un **comma 2** così articolato:

*“Le amministrazioni aggiudicatrici anche quando ricorrono ad una siffatta procedura, tengono separate le attività di progettazione da quelle di esecuzione delle opere.”*

- **Al Considerando 30**, si dovrebbe aggiungere il seguente periodo:  
*“Per gli Appalti di servizi intellettuali, in particolare nei casi di servizi rientranti nella categoria 1 dell’allegato 1C, l’Amministrazione aggiudicatrice prevede che il valore dei criteri quali la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le soluzioni tecniche ingegneristiche, le caratteristiche ambientali, precisati in diretta connessione con l’oggetto dell’Appalto pubblico deve assumere valore preminente di quello complessivamente attribuito agli altri criteri scelti per determinare l’offerta economicamente più vantaggiosa”.*
  
- **In alternativa o congiuntamente, si potrebbe aggiungere** all’articolo 53, un paragrafo 3) **così formulato:**  
*“3. Nel caso previsto al paragrafo 1, lettera b), per gli Appalti dei servizi intellettuali, in particolare nel caso di servizi rientranti nella categoria 1 dell’allegato 1C, l’Amministrazione aggiudicatrice prevede che il valore dei criteri quali la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le soluzioni tecniche ingegneristiche, le caratteristiche ambientali, precisati in diretta connessione con l’oggetto dell’appalto pubblico, deve situarsi tra un minimo del sessanta ed un massimo dell’ottanta per cento di quello complessivamente attribuito agli altri criteri scelti per determinare l’offerta economicamente più vantaggiosa”.*

## Allegato 1C

20.1.1.1.	Denominazione dei servizi	Numero di riferimento CPC	Numero di riferimento CPV
1	Servizi di Architettura; servizi di Ingegneria e servizi Integrati di Ingegneria, servizi di pianificazione urbanistica e di architettura paesaggistica; servizi affini di consulenza scientifica e tecnica, servizi di sperimentazione tecnica e di analisi tecniche	867	
2	Servizi legali	861	
3	Servizi relativi all'istruzione anche professionale	92	
4	Servizi informatici ed affini	84	
5	Servizi di contabilità, di revisione dei conti e tenuta dei libri contabili	862	
6	Servizi di ricerca e sviluppo	85	
7	Servizi sanitari e sociali	93	
8	Servizi di traduzione linguistica		

**AMENDMENTS TO THE PROPOSAL FOR DIRECTIVE ON THE  
COORDINATION OF PROCEDURES FOR THE AWARD OF PUBLIC  
SUPPLY CONTRACTS, PUBLIC SERVICE CONTRACTS  
AND PUBLIC WORKS CONTRACTS**

**Preamble**

The proposals of amendments, detailed hereafter, were drafted by CNI and pursue the following objectives:

- To distinguish professional from executive activities, such as the execution of works, in Engineering and Architecture.

In CNI's opinion, these proposals meet the need, expressed by the European Parliament, to achieve quality and, at the same time, to control costs in public constructions for the benefit of clients and users. Recent studies carried out by some national Courts of Auditors have shown that the quality/costs ratio is higher when the design activities are distinguished from the construction of public works.

- To prevent subcontracting of intellectual services, in particular those relevant to Engineering and Architecture, to ensure an actual competitiveness, giving same opportunities to enter the competition to individual free professionals, to professionals' societies, to individual professionals' groupings, to design companies and to the design departments of large enterprises and of public administrations (where this is allowed).
- To safeguard the qualitative, cultural and technical values of the intellectual services, in particular those relevant to Engineering and Architecture, as well as to safeguard the intellectual property related to "ideas" behind each "solution chosen" by the contracting Administration, in compliance with the negotiated

procedure under Article 30.

- To highlight the importance of the qualitative, cultural and technical elements in the services of Engineering and Architecture also at the stage of the definition and the weighting of the evaluation criteria the contracting Authorities have to fix.
- To enable young people to enter the working environment, by rewarding, above all, the parameters relevant to quality and to the technical value of performances rather than the economic ones.

In order to achieve the above mentioned objectives, the Consiglio Nazionale degli Ingegneri would like the Commission to draft Guidelines so that the Member States and the relevant competent authorities may apply and implement the Directive correctly. This is particularly important for the definition of the most delicate criteria of the contracts award, such as quality, technical value, aesthetic and functional characteristics, Engineering technical solutions, environmental characteristics.

- To favour the competition among participants in the sector of intellectual services, above all as concerns Engineering and Architecture services, requiring the contracting authorities to resort to the negotiated procedure only when it is impossible to apply any other procedure. In the wording of the new directive, the exceptional character of this procedure shall be unmistakably defined in order to avoid its abuse which would seriously jeopardize competition and above all transparency, which is one of the main objective of the Commission.
- To spur the co-operation among professionals making the participation of groupings in single tenders advantageous. Under this perspective, in order to facilitate the co-operation between individual professionals, even in different States, the Directive should provide for professional (or interprofessional) partnerships meeting the selection requirements fixed by the contracting authorities through the plurality of personal capabilities of the single participants to the group. This would result into a stimulation of the aggregation of professionals by means of quick mechanisms, devoid of the organizational, economic and financial rigidity represented, on the contrary, by the forms of co-operation among companies which have, up to now, limited the development of a real co-operation among professionals.



- To oblige the contracting authorities to define selection criteria strictly proportioned to the object and nature of the contract, and avoid surreptitious forms of restrictions limiting the number of possible participants to tenders.
- To guarantee the procedures applied to intellectual services do not invalidate rights relevant to intellectual property and to contract of intellectual works, above all when documents, ideas, and concepts of others are used by the Administration to prepare procedures and negotiations. The negotiated procedure under Article 30, providing the contracting authorities with the possibility to award prizes and payments to participants, does not take the intellectual property in due respect. In this regard, please note that each single professional, contributing in toto or partly to the technical solution chosen by the contracting authorities to prepare the relevant tender, shall be rewarded, while no reward is due to professionals whose proposals did not give any contribution to the solution.
- To encourage the Commission to pursue its objectives relevant to the streamlining of procedures and the shortening of the period for the contracts award by information technology means. Engineers can but strongly support the Presidency conclusions from the Lisbon European Council of 23 and 24 March 2000, in which the Commission, the Council and the Member States were requested to take the necessary steps to ensure that it is possible by 2003 for Community and government procurement to take place on-line.

As regards the correct concern that some operators, in the lacking of appropriate technology, might be excluded by public procurement awarded by IT means, the European and national Associations of Engineers could offer their contributions to ensure an adequate level of security in the operational procedures and could train operators properly in order to achieve this important objective.

#### **Amendments Proposed**

- **Art. 1, point 2**, reword the second paragraph, as follows:  
"Public service contracts" means contracts for pecuniary interest concluded in writing between one or more service providers ~~relating exclusively or mainly to~~

~~the provision of services mentioned in Annex I.~~ *"In particular, public service contracts are to be considered those, exclusively or mainly, relevant to the provision of services referred to in annexes IA and IB, while public contracts of intellectual services are those, exclusively or mainly, relevant to the provision of services mentioned in Annex IC"*<sup>1</sup>

- **Art. 1 point 2, third paragraph**, the expression should be cancelled:  
*" or both the execution and design;*
  
- **Art. 1 point 9, the final expression:**  
*"with or without the award of prizes"* should be amended in *"with the award of prizes"*
  
- To further ensure the right of same opportunities to competitors, the first sentence of **Article 3, paragraph 1**, should be reworded as follows:  
Tenders may be submitted by groupings of economic operators. *"and participating individuals can meet the criteria of selection defined by the contracting authorities cumulatively"*.
  
- **Art. 26, "Subcontracting"**, a second paragraph should be added reading:  
*"Intellectual services listed within category 1 of the Annex IC cannot be subcontracted"*.
  
- **Art. 49, point 3, h)** should be reworded as follows:  
h) an indication of the proportion of the contract which the service provider may intend to sub-contract *"and which are listed in the Annexes IA and IB"*.
  
- **Art. 29, point 3** should be amended as follows:  
In respect of public service contracts, when the nature of the services to be procured, in particular in the case of intellectual services and services falling ~~within category 6 of Annex I A~~, *"within the Annex IC"*, is such that contract

---

<sup>1</sup> Therefore, Annex 1 to the Proposal Directive should have three tables: IA, IB, and IC. Annex IC, enclosed to this document, would list all intellectual services which should be cancelled from the Annexes 1A and 1B to meet the proposed amendment.

specifications cannot be established with sufficient precision to permit the award of the contract by selecting the best tender according to the rules governing open or restricted procedures.

- **Art. 30, point 9** should be supplemented as follows:  
The contracting authorities ~~may~~ "shall" specify prices and payments to the participants. *Such specification shall relate to all candidates whose proposals in toto or partly were used to draft the bid*". Such prices and payments shall be taken into consideration for the application of Article 8.
  
- **Art. 32**, a point 4 should be added reading:  
*The provisions under this article are not to be applied to services within category 1 of Annex IC.*
  
- **Art. 33** in compliance with the amendment proposed for Article 1, point 2, would be inadmissible as it seems to provide that the same operator can procure the design and the execution built of the works. However, because of the particular feature of public procurements for subsidised housing, CNI may accept an exception provided that the activities of the designer are distinguished from those of the constructor and, therefore adding a **comma 2** reading:  
*"Contracting authorities keep the design activities distinguished from the execution ones, even resorting to such a procedure "*.
  
- The following sentence should be added at the "whereas" clause 30:  
*"As concerns contracts of intellectual services, in particular those listed in category 1 of the annex IC, the contracting authorities provide that the weighting of criteria such as quality, technical value, aesthetic and functional characteristics, Engineering technological solutions, environmental characteristics, strictly defined with reference to the object of the public contract shall have prominent value in respect of the weighting altogether given to other criteria chosen to determine the most economically advantageous tender"*.
  
- As an alternative, the following **paragraph 3)** could be added to **article 53**:

*"3. In the case referred to in paragraph 1, letter b), relevant to the contracts of intellectual services, in particular in the services listed in category 1 of the annex 1C, the contracting authorities provide that the weighting of criteria such as quality, technical value, aesthetic and functional characteristics, Engineering technological solutions, environmental characteristics, strictly defined with reference to the object of the public contract, shall be fixed within a minimum of 60% and a maximum of 80% of the weighting altogether given to other criteria chosen to determine the most economically advantageous tender".*

### **Annex 1C**

<b>Category</b>	<b>Subject</b>	<b>CPC Reference N°</b>	<b>CPV Reference N°</b>
1	Architectural services; engineering services and integrated engineering services; urban planning and landscape engineering services; related scientific and technical consulting services; technical testing and analysis services	867	
2	Legal Services	861	
3	Education and vocational education services	92	
4	Computer and related services	84	
5	Accounting, auditing and bookkeeping services	862	
6	Research and Development Services	85	
7	Health and social services	93	
8	Translation services		

# **CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI (CNI)**

## **Amendements à la Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux**

### **Introduction**

Les propositions d'amendements qui suivent ont été formulés par le CNI dans le but suivant:

- Distinguer, dans les secteurs de l'ingénierie et de l'Architecture, entre les activités professionnelles et les activités d'exécution telles que la construction des oeuvres.

Cette distinction, selon le CNI, est une réponse à l'exigence exprimée par le Parlement européen (au sujet de l'industrie de la construction) de s'assurer de la qualité des œuvres et d'obtenir en même temps, un contrôle des coûts dans l'intérêt du consommateur et du maître d'ouvrage. D'études récentes effectuées par de Courts de Comptes nationales, ont établi que, pour les bâtiments publics, le rapport qualité-prix est supérieur lorsque les activités de conception de l'œuvre sont disjointes des activités relatives à la réalisation des travaux.

- Empêcher la sous-traitance des prestations intellectuelles, d'Ingénierie et d'Architecture en particulier, pour obtenir une concurrence véritable. Les mêmes opportunités d'accès aux marchés seraient ainsi offertes à tous les concurrents possibles: les professionnels exerçant en libéral, les professionnels associés, les bureaux d'études associés, les sociétés d'ingénierie/d'architecture, les services techniques des grandes entreprises et de l'Administration publique (dans les États membre où cette pratique est admise).
- Garder intacte la valeur qualitative, culturelle et technique des prestations intellectuelles dans le domaine de l'Ingénierie et de l'Architecture, en particulier, et sauvegarder les droits de propriété intellectuelle liée aux "idées" qui sont à la

base de la "solution choisie" par le pouvoir adjudicateur conformément à la procédure négociée dont à l'article 30.

- Souligner l'importance revêtue par les composantes qualitatives, culturelles et techniques des services d'Ingénierie et d'Architecture même au moment de la détermination et de la pondération relative des critères d'évaluation que les pouvoirs adjudicateurs sont appelés à retenir.
- Permettre aux jeunes opérateurs de s'insérer dans le monde du travail, en primant surtout les critères liés à l'aspect qualitatif et à la valeur technique de la prestation plutôt que les critères économiques.

Pour la réalisation des objectifs qui précèdent, le Consiglio Nazionale degli Ingegneri souhaite que la Commission rédige un Guide à l'intention des États membres et des pouvoirs concernées pour qu'ils appliquent correctement la Directive surtout pour ce qui se relate à la définition des critères d'adjudication plus délicats tel que la qualité, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les solutions techniques d'ingénierie, les caractéristiques environnementales.

- Favoriser la concurrence entre les participants, dans le domaine des prestations intellectuelles, notamment celles d'Ingénierie et d'Architecture, demandant aux pouvoirs adjudicateurs de réserver la procédure négociée aux seuls cas où les procédures normales ne sont pas applicables. La formulation de la Directive doit donc faire ressortir très clairement le caractère exceptionnel de la procédure négociée. L'abus de dite procédure porterait une atteinte grave à la concurrence et surtout à cette transparence des marchés que la Commission considère un objectif prioritaire.
- Stimuler la collaboration entre professionnels rendant avantageuse la participation de groupements d'opérateurs économiques à chaque marché. Dans le but de faciliter la collaboration entre professionnels, même de différents pays, la directive devrait prévoir des formes de partenariat professionnel ou interprofessionnel consentant aux participants au groupement d'atteindre, par le cumul des qualités personnelles de chacun, les critères de sélection établis par le

pouvoir adjudicateur. L'agrégation entre professionnels serait ainsi stimulée par le recours à des procédures agiles et dépourvues des rigidités organisationnelles, économiques et financières présentes dans les formes de groupements sociétaires qui ont limité jusqu'ici le développement des collaborations entre professionnels

- Obliger les pouvoirs adjudicateurs à retenir des critères de sélection strictement proportionnée à l'objet et à la nature du marché et à éviter des formes subtiles de restriction du nombre des participants aux marchés.

- Assurer que les procédures applicables aux services intellectuels n'infirmant pas les droits liés à propriété intellectuelle et au contrat d'œuvre intellectuelle, surtout lorsque le pouvoir adjudicateur utiliserait des documents et des idées d'autrui pour préparer le marché et son adjudication. La procédure négociée dont à l'article 30, qui donne tout simplement la faculté aux pouvoirs adjudicateurs de prévoir l'attribution de prix ou de paiements, ne prend pas en compte le respect de la propriété intellectuelle. Il faut remarquer à cet égard que tout professionnel qui ait contribué totalement ou en partie à la "solution technique" choisie par le pouvoir adjudicateur pour rédiger l'avis de marché, doit être récompensé de façon adéquate, rien n'étant dû aux professionnels les propositions desquels n'aient nullement contribué à la dite solution.

- Encourager la Commission à poursuivre ses objectifs en matière de simplification des procédures et réduction des temps d'attribution des marchés par l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et des communications. Le corps des Ingénieurs ne peut qu'appuyer avec force les conclusions de la présidence du Conseil européen de Lisbonne du 23 et 24 mars 2000 dans laquelle il est demandé à la Commission, au Conseil et aux États membres «de prendre les mesures nécessaires pour que, d'ici à 2003, les marchés publics, tant communautaires que nationaux, puissent être passés en ligne”.

Face à la crainte que certains opérateurs puissent être écartés des marchés publics passés électroniquement vu leur retard en moyens informatiques, les Associations européennes et nationales qui représentent les ingénieurs, peuvent offrir leur contribution à fin de garantir un niveau adéquat de sécurité dans les procédures

opérationnelles et former correctement les professionnels pour que ce but important soit atteint.

## **Amendements.**

- **A' l'Article 1, point 2**, il faudrait reformuler le deuxième alinéa comme suit:

Les "marchés publics de services" sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un ou plusieurs prestataires de services et un pouvoir adjudicateur ~~et portant à titre exclusif ou principal sur la prestation de services mentionnés à l'annexe I.~~ *"En particulier, les marchés publics de services d'exécution sont des contrats portant à titre exclusif ou principal sur la prestation de services mentionnés aux annexes 1A et 1B, tandis que les marchés publics de services intellectuels sont des contrats portant à titre exclusif ou principal sur la prestation de services mentionnés à l'annexe 1C"* <sup>1</sup>

- **A' l'article 1, point 2, troisième alinéa**, il faudrait éliminer l'expression: "*soit conjointement l'exécution et la conception*";

- **A' l'article 1, point 9, l'expression**: "avec ou sans attribution de primes" devrait être modifiée comme suit: "*avec attribution de primes* ";

- **Le point 1 de l'article 3** devrait être intégré comme suit, dans le but d'offrir les memes opportunités aux concurrents:

1. Les groupements d'opérateurs économiques sont autorisés à soumissionner "*et les sujets qui participent aux dits groupements peuvent satisfaire cumulativement aux critères de sélection fixés par les pouvoirs adjudicateurs*" .....

- **Ajouter à l'article 26 l'alinéa** suivant:

*"Les marchés publics de services intellectuels ayant pour objet la prestation des services dont à la catégorie 1 de l'annexe 1C, ne peuvent pas être sous-traités. "*

---

<sup>1</sup> Cette annexe 1C ainsi que proposée à la fin du présent document, comprend tous les services intellectuels qui devraient être éliminés en même temps aux annexes 1A e 1B



- **Le point 3, lettre h) de l'article 49**, devrait être reformulé comme suit:
    - h) l'indication de la part du marché que le prestataire de services "*compris dans les annexes IA et IB*" a éventuellement l'intention de sous-traiter.
  
  - **Le point 3 de l'article 29** devrait être ainsi modifié:
    - 3) pour les marchés publics de services, lorsque, notamment dans le domaine des prestations intellectuelles et des services ~~au sens de la catégorie 6 de l'annexe IA~~ "*qui figurent dans l'annexe IC*", la nature du service à fournir est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre l'attribution du marché par la sélection de la meilleure offre, conformément aux règles régissant la procédure ouverte ou la procédure restreinte;
  
  - **Le point 9 de l'article 30** devrait être intégré comme suit:
    - 9. Les pouvoirs adjudicateurs ~~peuvent~~ "*doivent*" prévoir des prix et des paiements aux participants. "*Ces prix et paiements doivent concerner tous les candidats les solutions desquels ont été totalement ou en partie, utilisées pour définir la base du marché*". De tels prix et paiements sont pris en compte pour l'application de l'article 8
  
  - **A' l'article 32** on devrait ajouter un point 4) formulé ainsi:
    - "*Les accords-cadres ne s'appliquent pas aux services intellectuels dont à la catégorie 1 de l'annexe IC*".
  
  - **L'article 33**, en cohérence avec l'amendement proposé à l'article 1, point 2, serait inadmissible pour le CNI car il semblerait prévoir que le même sujet pourra être chargé conjointement de la conception et de la réalisation d'une oeuvre. Toutefois, étant donné le caractère particulier de la construction de logements sociaux, le CNI peut accepter une dérogation pourvu que les activités de conceptions soient distinguées des activités d'exécution des oeuvres, insérant un **deuxième alinéa** comme suit.
-

*“Même s'ils font recours à une telle procédure, les pouvoirs adjudicateurs doivent maintenir séparées les activités de conception de celles d'exécution des œuvres.”*

- Il faudrait ajouter la phrase suivante au **Considérant 30**:

*“Pour les Marchés de prestations intellectuelles, s'agissant en particulier des services qui rentrent dans la catégorie 1 de l'annexe 1C, le pouvoir adjudicateur prévoit que la pondération de critères tels que la qualité, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les solutions techniques d'ingénierie, les caractéristiques environnementales, strictement liés à l'objet du marché public doit assumer la valeur prééminente par rapport à la pondération totale attribuée aux autres critères que le pouvoir adjudicateur a retenu pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse”.*

- Alternativement ou conjointement à la proposition d'amendement du Considérant 30 – on pourrait ajouter à **l'article 53, un paragraphe 3)** ainsi formulé:

*“3. Dans les cas prévus au paragraphe 1, point b), pour les marchés de services intellectuels et particulièrement dans le cas des services figurant dans la catégorie 1 de l'annexe 1C, le pouvoir adjudicateur prévoit que la pondération de critères tels que la qualité, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les solutions techniques d'ingénierie, les caractéristiques environnementales, strictement liés à l'objet du marché public doit se situer entre un minimum de 60% et un maximum de 80% de la pondération totale attribuée aux autres critères que le pouvoir adjudicateur a retenu pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.”*

## Annexe 1C

Catégories	Désignation des services	Numéros de référence CPC	Numéros de référence CPV
1	Services d'architecture; services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère; services connexes de consultations scientifiques et techniques; services d'essais et d'analyses techniques	867	
2	Services juridiques	861	
3	Services d'éducation et de formation professionnelle	92	
4	Services informatiques et services connexes	84	
5	Services comptables, d'audit et de tenue de livres	862	
6	Services de recherche et de développement	85	
7	Services sociaux et sanitaires	93	
8	Services de traductions		



