



PARLEMENT EUROPÉEN

2009 - 2014

Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs

2009/2175(INI)

5.2.2010

PROJET DE RAPPORT

sur l'évolution de la passation de marchés publics
(2009/2175(INI))

Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs

Rapporteure: Heide Rühle

SOMMAIRE

	Page
PROPOSITION DE RÉSOLUTION DU PARLEMENT EUROPÉEN.....	3
EXPOSÉ DES MOTIFS.....	9

PROPOSITION DE RÉSOLUTION DU PARLEMENT EUROPÉEN

sur l'évolution de la passation de marchés publics (2009/2175(INI))

Le Parlement européen,

- vu le traité instituant la Communauté européenne, et en particulier les modifications y apportées par le traité de Lisbonne,
- vu les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE relatives à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, et la directive 2007/66/CE sur les procédures de recours en matière de passation des marchés publics,
- vu la communication de la Commission du 19 novembre 2009 "Mobilisation des investissements privés et publics en vue d'une relance de l'économie et d'une transformation structurelle à long terme: développement des partenariats public–privé" (COM(2009)0615),
- vu la communication de la Commission du 5 mai 2009 "Contribuer au développement durable: le rôle du commerce équitable et des systèmes non gouvernementaux d'assurance de la durabilité liés au commerce" (COM(2009)0215),
- vu la communication de la Commission du 16 juillet 2008 relative à des marchés publics pour un environnement meilleur (COM(2008)0400),
- vu la communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public–privé institutionnalisés (PPPI) (C(2007)6661),
- vu le code de bonnes pratiques facilitant l'accès des PME aux marchés publics (document de travail des services de la Commission SEC(2008)2193),
- vu la communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics (JO C 179 du 1.8.2006, p. 2),
- vu les arrêts suivants rendus par la Cour de justice de l'Union européenne
 - le 19 avril 2007 dans l'affaire C–295/05 Tragsa,
 - le 18 décembre 2007 dans l'affaire C–532/03 Services irlandais de transport d'urgence en ambulance,
 - le 13 novembre 2008 dans l'affaire C–324/07 Coditel Brabant,
 - le 9 juin 2009 dans l'affaire C–480/06 Stadwerke Hamburg,
 - le 10 septembre 2009 dans l'affaire C–206/09 Eurawasser,

- le 9 octobre 2009 dans l'affaire C–573/07 Sea S.r.l.,
 - le 15 octobre 2009 dans l'affaire C–196/08 Acoset SpA,
 - le 15 octobre 2009 dans l'affaire C–275/08 Datenzentrale BW,
 - vu les conclusions de l'avocat général M. Paolo Mengozzi présentées le 17 novembre 2009 dans l'affaire C–451/08,
 - vu les études suivantes:
 - "Évaluation de l'impact économique des directives relatives aux marchés publics Markt/2004/10/D rapport final", Europe Economics du 15 septembre 2006,
 - "The Institutional Impacts of EU Legislation on Local and Regional Governments, A Case Study of the 199/31/EC Landfill Waste and 2004/18/EC Public Procurement Directives", Institut européen d'administration publique (IEAP) de septembre 2009,
 - vu sa résolution du 3 février 2009 sur les achats publics avant commercialisation: promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe¹,
 - vu sa résolution du 20 juin 2007 sur les problèmes spécifiques dans la transposition et l'application de la législation des marchés publics et les rapports de cette dernière avec l'agenda de Lisbonne²,
 - vu sa résolution du 26 octobre 2006 sur les partenariats public–privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions³,
 - vu l'article 48 de son règlement,
 - vu le rapport de la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs et les avis de la commission du commerce international ainsi que de la commission du développement (A7-0000/2010),
- A. considérant que la crise économique et financière a mis en lumière l'importance économique majeure des marchés publics, et que les administrations publiques ne peuvent véritablement s'acquitter de leurs tâches dans l'intérêt général que si elles jouissent de la sécurité juridique requise et que les procédures ne sont pas trop complexes,
- B. considérant que la révision de 2004 des directives relatives à la passation des marchés publics devait déboucher sur une simplification, une modernisation et un assouplissement, ainsi que sur une plus grande sécurité juridique,
- C. considérant que le traité modificatif de Lisbonne reconnaît pour la première fois l'autonomie des collectivités régionales et locales dans le droit primaire de l'Union

¹ Textes adoptés, P6_TA(2009)0037.

² JO C 146E du 12.6.2008, p. 227.

³ JO C 313E du 20.12.2006, P. 447.

européenne, qu'il renforce la subsidiarité et qu'il instaure un droit de recours non seulement pour les parlements nationaux mais aussi pour le Comité des régions,

Observations générales

1. déplore que les objectifs poursuivis par la révision de 2004 des directives relatives à la passation des marchés publics n'ont toujours pas été atteints; espère néanmoins que les derniers arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne contribueront à clarifier les questions juridiques en suspens et permettront de réduire le nombre des procédures de recours;
2. déplore en outre que la conjonction des droits communautaires, nationaux et régionaux, - résultant notamment d'une multiplicité d'initiatives de droit indicatif prises par la Commission et ses services, ainsi que de l'interprétation par les tribunaux européens -, ait débouché sur un régime juridique complexe et opaque, qui confronte les villes et communes de petite taille surtout, mais aussi les petites et moyennes entreprises à de graves problèmes juridiques, qu'elles ne peuvent plus gérer sans consentir des efforts supplémentaires ou faire appel à des consultants juridiques extérieurs; demande instamment à la Commission de remédier à cette situation et d'étudier, dans le contexte de l'initiative "mieux légiférer" les répercussions du droit indicatif et de les évaluer au regard de la subsidiarité et de la proportionnalité;
3. souligne que les initiatives européennes dans le domaine de la passation des marchés publics doivent être mieux coordonnées pour ne pas compromettre la cohérence avec les directives relatives à la passation des marchés publics et confronter les utilisateurs à des problèmes juridiques; réclame dès lors une coordination obligatoire au sein de la Commission, ainsi que la création d'un site web unique pour améliorer la transparence et la convivialité de la législation;
4. déplore le manque de transparence quant à la composition et aux résultats des travaux du groupe consultatif interne de la commission compétent en matière de passation de marchés publics, et invite la Commission à veiller à ce que ce comité ainsi que le nouveau comité prévu pour les partenariats public-privé aient une composition équilibrée et soient davantage transparents;
5. invite la Commission à tenir compte des points de vue exprimés dans le présent rapport lors de la révision des directives relatives à la passation des marchés publics; escompte que cette révision sera effectuée sur la base d'une large participation de tous les milieux intéressés; signale dès maintenant qu'il juge prématurée une révision de ces directives; préconise toutefois d'inclure dans une révision ultérieure la directive relative aux procédures de recours en matière de passation des marchés publics, pour faire obstacle à une nouvelle fragmentation du droit des marchés publics; considère qu'il n'est pas encore possible d'évaluer les conséquences pratiques de ces directives, dans la mesure où tous les États membres ne les ont pas encore transposées;

Observations spécifiques

6. rappelle que le traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, reconnaît pour la première fois dans le droit primaire de l'Union européenne, le droit à l'autonomie

régionale et communale (article 4, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne); souligne que dans plusieurs arrêts, la Cour de justice de l'Union européenne a déjà invoqué le droit à l'autonomie communale et fait observer "qu'une autorité publique peut accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens (...) et qu'elle peut aussi le faire en collaboration avec d'autres autorités publiques" (C-324/07); attire en outre l'attention sur l'arrêt de la Grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne du 9 juin 2009 (C-480/06), qui a constaté que le droit communautaire ne prescrit aucune forme juridique spécifique aux organismes publics pour l'exercice commun de leurs tâches publiques; considère dès lors que les partenariats public-privé, comme les coopérations communales et la coopération intra-étatique, ne sont donc pas soumis aux règles de passation des marchés lorsque les critères suivants sont remplis:

- il s'agit de l'accomplissement en commun d'une tâche publique incombant à toutes les communes,
 - cette mission est accomplie exclusivement par des organismes publics, autrement dit sans la participation d'entreprises privées, et
 - l'activité est exercée essentiellement pour les organismes publics concernés;
7. fait observer que dans l'arrêt qu'elle a rendu le 10 septembre 2009 (C-573/07), la Cour de justice de l'Union européenne a constaté que la simple possibilité d'une ouverture du capital d'une entreprise jusqu'alors publique à des investisseurs privés ne peut, s'agissant de l'obligation de la passation d'un marché, être prise en considération que s'il existe, au moment où le marché est attribué, une perspective concrète et à court terme d'une telle ouverture; constate que la jurisprudence en la matière a désormais atteint un niveau de clarté suffisant; demande à la Commission et aux États membres de fournir des informations sur les conséquences juridiques de ces arrêts, et escompte que dans ces domaines, plus aucune procédure de recours ne sera dorénavant engagée;
8. fait observer que selon l'article 1^{er}, paragraphe 3 b), de la directive 2004/17/CE et l'article 4 de la directive 2004/18/CE, les concessions de services sont des contrats "présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché de services à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix"; souligne que les concessions de services ont été exclues du champ d'application des directives relatives à la passation des marchés publics, pour offrir plus de souplesse aux pouvoirs adjudicateurs et aux attributaires; rappelle que la Cour de justice de l'Union européenne a elle aussi, dans différents arrêts, confirmé que les concessions de services ne relèvent pas du champ d'application de ces directives, mais qu'elles doivent respecter les principes généraux du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (interdiction de la discrimination, principe d'égalité de traitement et transparence), et que les pouvoirs adjudicateurs publics ont le droit d'assurer la fourniture de services au moyen d'une concession, s'ils estiment qu'il s'agit de la meilleure manière d'assurer le service d'intérêt général concerné, et cela même si le risque lié à l'exploitation est très limité compte tenu des modalités de droit public applicables à l'organisation du service et que ce risque d'exploitation limité est toutefois entièrement transféré (Arrêt C-206/08 du 10 septembre 2009, paragraphes 72-75);
9. prend acte de la communication de la Commission du 19 novembre 2009 sur le

développement de partenariats public–privé et attend avec intérêt l'évaluation qui en sera faite; souligne qu'il convient de prendre en considération tant la complexité des procédures que les différences importantes qui existent dans le domaine de la culture juridique et de la pratique juridique dans les États membres en ce qui concerne les concessions de services, et doute dès lors de la valeur ajoutée que pourrait présenter une proposition d'acte juridique sur les concessions de services; considère que sur la base des directives relatives à la passation des marchés publics de 2004 et de la jurisprudence complémentaire de la Cour de justice de l'Union européenne, le débat sur la définition des concessions de services et leur cadre juridique est désormais achevé;

10. se félicite de la clarification juridique des conditions dans lesquelles la législation en matière de marchés publics s'applique aux partenariats public–privé institutionnalisés, compte tenu de l'importance majeure que la Commission attache, dans sa communication du 19 novembre 2009, à la lutte contre le changement climatique, à la promotion des énergies renouvelables et au transport durable; fait observer que les directives relatives à la passation des marchés publics s'appliquent toujours quand une entreprise se voit conférer une mission privée, même mineure; souligne toutefois que tant la Commission, dans sa communication du 5 février 2008, que la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt du 15 octobre 2009 (C–196/08), ont constaté que lorsque certaines missions sont confiées et transférées à un partenariat public–privé qui vient d'être créé, une double adjudication n'est pas nécessaire; fait toutefois observer que toutes les conditions suivantes doivent être remplies pour que le transfert d'une concession à une entreprise mixte publique–privée créée à cette fin puisse se faire sans adjudication:

- l'entrepreneur public est choisi par la voie d'une procédure publique, après examen des conditions financières, techniques, opérationnelles et administratives ainsi que des caractéristiques de l'offre en rapport avec le service à fournir;
- l'entreprise mixte publique–privée conserve pendant toute la durée de la concession le même objet social. Une modification essentielle de l'objet social ou du service transféré ferait naître, de l'avis de la Cour de justice de l'Union européenne, une obligation d'adjudication;

estime dès lors également que la question de l'application de la législation des marchés publics aux partenariats public–privé institutionnalisés est réglée, et invite la Commission et les États membres à faire une communication dans ce sens;

11. attend avec grand intérêt l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire C–451/08 et espère une clarification des questions litigieuses dans le domaine de l'urbanisme; partage le point de vue exprimé le 17 novembre 2009 par l'avocat général de la Cour de justice de l'Union européenne dans cette affaire: "L'objet large et ambitieux de la directive, s'il convient d'en tenir compte dans l'interprétation de celle–ci, ne doit cependant pas faire croire que, en se fondant sur le but de ce texte, son champ d'application puisse être étendu sans limites" (paragraphe 35). Autrement, le risque existerait que toute activité de réglementation urbanistique soit soumise aux dispositions de la directive: "en effet, par définition, les mesures régissant la possibilité de réaliser des bâtiments modifient, parfois de manière substantielle, la valeur des terrains auxquels elles s'appliquent." (paragraphe 36);

12. rappelle qu'il s'est associé à la plainte introduite devant la Cour de justice de l'Union européenne contre la communication interprétative de la Commission du 1^{er} août 2006 relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics, et attend une décision rapide;
13. attire l'attention sur la grande importance que revêt la passation de marchés publics pour la protection du climat, l'efficacité énergétique, l'environnement et l'innovation, et affirme qu'il faut encourager les administrations publiques à se fonder sur des critères environnementaux, sociaux et autres lors de la passation de marchés publics, et leur donner les moyens de le faire; se félicite des mesures pratiques prises pour aider les autorités et les autres institutions publiques en matière d'achats durables, et encourage la Commission et les États membres à organiser des formations et des campagnes de sensibilisation; se prononce pour un processus transparent associant les États membres au développement des critères; fait observer qu'en matière justement de critères sociaux, un tel processus est prometteur;
14. suggère de constituer une banque de données pour pouvoir utiliser pour les achats publics les critères sur lesquels se fondent les différents labels; invite la Commission à prendre progressivement des initiatives au niveau non seulement européen mais aussi international afin d'harmoniser les labels et les critères sur lesquels ils se fondent; attend que les États membres soient pleinement associés à ce processus; attire dans le même temps l'attention sur les conséquences négatives d'un marché fragmenté par une multiplicité de labels régionaux, nationaux, européens et internationaux, tout particulièrement dans les secteurs de l'innovation et de la recherche;
15. met l'accent sur le manque de clarté dans le domaine des marchés publics socialement responsables et demande à la Commission de fournir pour ce domaine une aide sous la forme de manuels; attire à cet égard l'attention sur la modification des conditions-cadres par le traité de Lisbonne ainsi que la Charte de droits fondamentaux, et attend que la Commission en tienne dûment compte; souligne le problème qui se pose, à savoir que les critères sociaux se rapportent pour l'essentiel aux processus de production, et que la plupart du temps, ils ne sont donc pas perceptibles dans le produit final et qu'ils ne peuvent être que difficilement contrôlés dans le contexte d'une production mondialisée et de chaînes d'approvisionnement complexes; attend dès lors que dans le domaine de la passation de marchés publics socialement responsables, des critères précis et vérifiables soient définis et qu'une banque de données comportant des critères spécifiques aux produits soit mise en place; attire l'attention sur les difficultés et les coûts que représentent pour les pouvoirs publics contractants la vérification du respect des critères, et invite la Commission à offrir une aide en la matière ainsi qu'à promouvoir des instruments pour certifier la fiabilité des chaînes d'approvisionnement;
16. charge son Président de transmettre la présente résolution au Conseil et à la Commission.

EXPOSÉ DES MOTIFS

Chaque année, les achats publics de biens et de services dans l'Union européenne représentent plus de 16 % du produit intérieur brut, soit plus de 1 500 milliards d'euros¹. La partie transfrontalière de ces achats est toutefois minime: 3 % environ. Ces marchés publics se conçoivent essentiellement dans la perspective de l'achat économique et à bon compte de biens et de services pour remplir les tâches dévolues au secteur public.

Les autorités publiques ne sont toutefois pas des acteurs du marché comme les autres, mais elles ont, dans la mesure où elles gèrent des deniers publics, une responsabilité particulière. Les marchés publics doivent, là où c'est possible, contribuer à relever les grands défis: la lutte contre la crise économique et financière mondiale, le changement climatique et la paupérisation croissante dans les pays du sud.

Les pouvoirs adjudicateurs publics tirent sans conteste profit du marché intérieur européen et de ses réglementations: des marchés de plus grande taille accroissent les possibilités de choix, ce qui peut entraîner une diminution des coûts et une amélioration de la qualité; le renforcement de la transparence permet de lutter contre la corruption et la fraude; la coopération transfrontalière crée de nouvelles possibilités d'action et des expériences. La médaille a cependant son revers: dans de nombreux États membres, les institutions régionales et communales sont les entités adjudicatrices publiques les plus importantes. Et c'est précisément dans leur cas, qu'il apparaît que dans le contexte de la crise économique actuelle, les directives européennes régissant les marchés publics limitent les possibilités d'action, tout en renchérissant et en ralentissant la passation des marchés.

Les attributaires – en particulier les petites et moyennes entreprises – pâtissent eux aussi des procédures bureaucratiques et du défaut de sécurité juridique. Il y a de nombreuses études qui mettent en évidence l'augmentation des coûts ou l'allongement de la durée de la procédure, études sur lesquelles il n'est pas possible de s'étendre dans le détail.

Insécurité juridique

Les causes de cette évolution se situent à différents niveaux. La révision des directives relatives aux marchés publics, en 2004, avait pour objectif de simplifier, de moderniser et d'assouplir la passation des marchés publics. Cet objectif n'a cependant pas été atteint.

D'une part, les directives elles-mêmes ne sont pas suffisamment claires à bien des égards: les différences politiques au sein du Conseil et du Parlement ont débouché sur des compromis de forme, des failles et des incohérences dans les textes juridiques.

D'autre part, la transposition dans les États membres a pris beaucoup de temps, et au cours de cette transposition, les directives ont souvent encore été rendues plus strictes, des critères supplémentaires ont été introduits, alors que de nombreux instruments de flexibilisation n'ont pas été repris, ce qui revient à dire, en résumé, que la lettre des directives a changé pendant la transposition.

Les ambiguïtés juridiques ont entraîné l'ouverture de nombreuses procédures de recours et d'un grand nombre d'actions en justice, au niveau tant national qu'europpéen. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et le droit indicatif de la Commission ont tenté de combler les failles juridiques, ce qui n'a pas amélioré la lisibilité.

¹ Données émanant du Fonds monétaire international pour l'année 2006, PIB nominal en millions de dollars sur la base du taux de change d'octobre 2007 pour l'Union européenne: 14.609.840 millions de dollars. - Une partie considérable de ces dépenses est toutefois consacrée aux biens d'armement.

Tout ceci a débouché sur un régime juridique complexe, qui confronte les petites villes et communes, surtout, mais aussi les petites et moyennes entreprises à de graves problèmes juridiques, qu'elles ne peuvent plus maîtriser sans consentir des efforts supplémentaires ou faire appel à des consultants juridiques extérieurs, et des projets de marché importants n'aboutissent pas en raison d'ambiguïtés juridiques ou de la menace d'actions en justice. Pratiquement aucun autre secteur ne connaît autant de litiges. L'application incorrecte des règles en matière de passation de marché compte au nombre des sources d'erreurs les plus fréquentes dans le domaine des Fonds structurels européens.

Les éléments principaux du conflit juridique sont notamment les partenariats public-public, l'urbanisme (y compris la construction de logements sociaux) et les concessions de services. Il n'empêche que la situation n'est pas davantage claire dans le domaine des partenariats public-privé, des marchés concernant les produits du commerce équitable, de l'application des directives régissant la passation des marchés sous les valeurs-seuils, ainsi que de la possibilité de prendre en compte des critères sociaux, comme l'égalité des salaires, l'égalité entre les genres, le respect des conventions collectives, l'emploi de chômeurs de longue durée ou de jeunes inadaptés.

Insuffisance de la coordination au sein de la Commission

Par ailleurs, la coordination au sein de la Commission est insuffisante. De nombreux services ont vu dans les directives sur les marchés un instrument permettant d'atteindre des objectifs pour lesquels l'Union européenne ne disposerait pas autrement de ressources financières suffisantes ou de la compétence législative. Naturellement, il est opportun d'encourager et d'aider les entités adjudicatrices publiques à conclure des marchés responsables du point de vue environnemental et social, et de promouvoir la recherche et le développement.

Néanmoins, la multiplicité des initiatives ne contribue pas à la clarté juridique et compromet ainsi l'objectif qui mérite pourtant d'être soutenu. L'extension du droit indicatif provoque des incohérences juridiques supplémentaires.

La Commission devrait, dans le développement du droit indicatif, tenir compte de la proportionnalité et des conséquences pratiques. La dernière étude de l'Institut européen d'administration publique (IEAP) "The Institutional Impacts of EU Legislation on Local and Regional Governments, A Case Study of the 199/31/EC Landfill Waste and 2004/18/EC Public Procurement Directives", dénonce notamment le fort recours au droit indicatif: "using soft law to regulate very important aspects of the Directive is another important shortcoming: it is not possible to foresee the institutional impact of soft law" (recourir au droit indicatif pour réglementer des aspects très importants de la directive, voilà qui constitue une autre faille importante: il n'est pas possible de prévoir les incidences institutionnelles du droit indicatif). Dans l'esprit de l'initiative visant à mieux légiférer, il conviendrait également d'étudier les conséquences du droit indicatif et de se prononcer sur la question de la subsidiarité et de la proportionnalité (étude d'impact abrégée).

Malheureusement, la pondération politique fait également défaut dans le contexte de l'application de la législation communautaire des marchés publics par la Commission. S'il existe un grand nombre d'initiatives, de manuels et de vade-mecum dans le domaine des marchés de type écologique et efficace du point de vue énergétique, force est de constater que la dernière communication de la Commission concernant les marchés socialement responsables remonte à l'an 2000, c'est-à-dire avant la révision des directives régissant les marchés publics. Dans le domaine particulièrement complexe du point de vue juridique des marchés équitables, il n'y a eu jusqu'ici qu'une seule communication, et il n'existe aucun vade-mecum ni manuel. Une telle situation pourrait être interprétée, à tort, comme reflétant,

indirectement, les priorités de la Commission.

Votre rapporteure demande dès lors d'améliorer, au sein de la Commission, la coordination dans le domaine des marchés publics entre les différents services de la Commission et de concevoir une stratégie commune compréhensible pour tous dans le domaine des marchés publics, y compris la mise en place d'un site web unique, pour améliorer la transparence de la législation.

Davantage d'initiatives seraient également nécessaires dans le domaine de l'organisation de l'échange d'expériences, de la conception de procédures et méthodes éprouvées et du soutien à des programmes de formation dans les États membres. Ces formations ne devraient pas s'adresser uniquement aux entités adjudicatrices locales, elles devraient aussi viser les responsables politiques et les autres acteurs, en particulier les organisations non gouvernementales, qui assurent des services sociaux. En l'occurrence, on pourrait également tirer profit de l'expérience acquise en la matière en France où un modèle de ce genre est actuellement à l'essai.

Le rapport critique en outre le manque de transparence s'agissant de la composition et des résultats des activités du groupe consultatif interne de la Commission compétent pour les marchés publics, et invite la Commission à faire en sorte que ce groupe ainsi que le comité pour les partenariats public-privé qu'il est prévu de créer aient une composition davantage équilibrée et que leurs travaux soient plus transparents.

Clarification juridique des partenariats public-public par la Cour de justice de l'Union européenne

L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne a modifié la situation juridique. Celui-ci a surtout renforcé le rôle des collectivités locales et régionales. Pour la première fois, l'autonomie locale et régionale est reconnue dans le droit primaire de l'Union européenne (article 4, paragraphe 2, TUE):

"L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale."

De même, le nouveau protocole sur les services d'intérêt général (n° 26) souligne en son article premier:

"le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs".

Dans plusieurs arrêts, la Cour de justice de l'Union européenne a déjà invoqué le droit à l'autonomie communale et fait observer "qu'une autorité publique peut accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens (...) et qu'elle peut aussi le faire en collaboration avec d'autres autorités publiques" (C-480/06 Stadwerke Hamburg). La Cour de justice de l'Union européenne, confirme ainsi la liberté de choix des communes et l'autonomie communale. Ces arrêts ne donnent cependant pas carte blanche à toute forme de coopération entre les communes. La Cour de justice considère que "les partenariats public-privé, comme les coopérations communales et la coopération intra-étatique, ne sont dès lors pas soumis aux règles de passation des marchés lorsque les critères suivants sont remplis:

1. il s'agit de l'accomplissement en commun d'une tâche publique incombant à toutes les communes,
2. exclusivement par des organismes publics, autrement dit sans la participation d'entreprises privées, et
3. l'activité est exercée essentiellement pour les organismes publics concernés;

De plus, la Cour de justice a confirmé que la simple possibilité d'une ouverture d'un partenariat public–public à des participations ne saurait constituer un motif d'empêchement s'il n'existe pas au moment où le marché est attribué une perspective concrète en ce sens. La situation est ainsi suffisamment éclaircie dans un domaine controversé des marchés publics. La conséquence qui doit nécessairement être tirée de cette jurisprudence, c'est que la Commission doit renoncer à engager des procédures pour violation du traité contre les États membres dans ces domaines, et entreprendre, en coopération avec le Parlement et les parties intéressées, les travaux de consolidation de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Le présent rapport devrait en constituer la première base.

Clarification juridique des concessions de services

Les directives révisées définissent pour la première fois les concessions de services, en disant qu'il s'agit de contrats dans lesquels "la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix". Elles ont été expressément exclues du champ d'application des directives relatives à la passation des marchés publics pour garantir davantage de souplesse aux pouvoirs adjudicateurs et aux attributaires et tenir compte des cultures et traditions juridiques différentes des États membres. La Cour de justice de l'Union européenne l'a confirmé dans ses derniers arrêts (C-206/09 Eurawasser, 10.09.2009).

Les concessions de service ne relèvent pas du champ d'application des directives relatives à la passation des marchés publics, mais bien du régime "plus souple" des contrats communautaires. Dans cet arrêt, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé le critère du transfert de risque. De l'avis de la Cour de justice de l'Union européenne, les concessions de services dans le secteur de l'eau ne sont pas exclues du fait que le rapport d'utilisation est régi dans le cadre d'un statut et est assorti d'une obligation de raccordement et d'utilisation. Le risque économique qui doit être présent dans une concession de service pourrait également être présent de manière restreinte. La Cour de justice de l'Union européenne confirme que les pouvoirs adjudicateurs publics ont le droit d'assurer la fourniture de services au moyen d'une concession s'ils estiment qu'il s'agit de la meilleure manière d'assurer le service d'intérêt général. Un autre domaine donnant souvent lieu à des litiges juridiques est ainsi réglé par la Cour de justice.

Clarification dans le domaine des partenariats public-privé

Dans d'autres domaines également, la Commission et la Cour de justice ont contribué à accroître la clarté. Tant la Commission, dans sa communication du 5 février 2008, que la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 15 octobre 2009 (C-196/08) ont constaté que lorsque certaines missions sont confiées et transférées à un partenariat public–privé qui vient d'être créé, une double adjudication n'est pas nécessaire. Pour que le transfert d'une concession à une entreprise mixte publique–privée créée à cette fin puisse se faire sans adjudication, les conditions suivantes doivent être remplies:

- l'entrepreneur public est choisi par la voie d'une procédure publique, après examen des conditions financières, techniques, opérationnelles et administratives ainsi que des

- caractéristiques de l'offre en rapport avec le service à fournir;
- l'entreprise mixte publique–privée conserve pendant toute la durée de la concession le même objet social. Une modification essentielle de l'objet social ou du service transféré ferait naître, de l'avis de la Cour de justice de l'Union européenne, une obligation d'adjudication.

Ainsi, la clarté juridique est suffisante en ce qui concerne également les partenariats public–privé.

Aménagement urbain

Tous les problèmes ne sont pas pour autant réglés. À l'heure actuelle, c'est le secteur de l'aménagement urbain qui pose des problèmes tout particuliers. Dans ce domaine, une interprétation, faite surtout par des tribunaux allemands, sur la base de l'arrêt Roanne C-220/05 de la Cour de justice de l'Union européenne, a étendu le champ d'application des directives relatives aux marchés publics à des domaines que celle-ci ne visait pas. Il doit toutefois être possible aux communes de vendre des terrains avec certaines conditions (par exemple, l'obligation de construire dans un délai de deux ans, sans que cette vente ne doive faire l'objet d'un marché à l'échelle européenne conformément aux critères des marchés publics. Autrement le risque existerait de devoir accepter l'hypothèse *"aussi absurde qu'elle soit, d'une soumission aux règles de la directive de toute activité de réglementation urbanistique: en effet, par définition, les mesures régissant la possibilité de réaliser des bâtiments modifient, parfois de manière substantielle, la valeur des terrains auxquels elles s'appliquent."* (Citation de Paolo Mengozzi, avocat général, dans ses conclusions présentées à la Cour de justice le 17 novembre 2009).

Les directives relatives aux marchés publics n'ont jamais été conçues pour de tels cas, et il faut espérer que les tribunaux suivront l'avis de l'avocat général.

Marchés publics durables et innovants

Si dans le domaine des marchés écologiques, il existe de nombreuses aides, comme le GPP Toolkit, la "Procura+Kampagne" ou le "TopTen Pro", qui facilitent la tâche des autorités et des autres établissements publics en matière de marchés durables, ainsi que dans le domaine des marchés innovants où il y a une communication de la Commission sur les marchés précommerciaux et une communication "Marchés porteurs: une initiative pour l'Europe", de telles initiatives font totalement défaut dans le secteur des marchés socialement responsables. Il n'empêche que le traité de Lisbonne a également confirmé la valeur qu'il faut attacher à une Europe sociale. Par la voie notamment du nouvel article 3, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne ainsi que de la Charte des droits fondamentaux qui est désormais juridiquement contraignante, l'orientation jusqu'ici purement économique de l'Union européenne est désormais complétée par des objectifs sociaux contraignants. Cette évolution doit également se refléter dans les initiatives de la Commission.

Le secteur des marchés publics socialement responsables précisément souffre du fait que les critères sociaux se rapportent pour l'essentiel aux processus de production, et que ces critères ne sont la plupart du temps pas reconnaissables dans le produit final, ce qui signifie qu'il est plus difficile d'en contrôler le respect dans une production mondialisée et dans des chaînes d'approvisionnement complexes. Et la situation est rendue encore plus complexe et opaque dès lors que dans les procédures de passation, les certificats autodécernés eux-mêmes doivent être autorisés, pour ne pas enfreindre l'interdiction de discrimination. Contrôler ceux -ci, voilà qui dépasse les capacités de la plupart des responsables de marchés publics. Aussi, parallèlement à un manuel, la Commission devrait-elle également envisager de concevoir des

critères précis et vérifiables voire de mettre en place une banque de données fondées sur des critères spécifiques aux produits. Il faudrait également envisager la création d'un service au niveau européen, qui élabore des critères pour des groupes de produits et les contrôle, et qui, le cas échéant, pourrait également être consulté en tant qu'organe extrajudiciaire dans le contexte de plaintes.

Révision des directives relatives aux marchés publics

Dans une perspective générale, il serait opportun que la Commission tienne compte, dans le contexte de la révision envisagée des directives relatives aux marchés publics, des aspects précités, et qu'à cette occasion, elle remédie aux failles juridiques et pratiques dans le domaine de la transposition dans les États membres, tout en éliminant les ambiguïtés juridiques actuelles dans le contexte de l'application de la législation des marchés publics. Il serait également souhaitable de déterminer les domaines dans lesquels l'Union européenne pourrait contribuer à une simplification administrative dans ce secteur et les moyens de le faire. Cela présuppose toutefois une analyse objective, qui doit être réalisée d'urgence, des charges actuelles. Une telle analyse devrait bien entendu être réalisée en associant tous les acteurs concernés. Une mise en garde doit toutefois être faite: à l'heure actuelle, il ne convient pas d'envisager une révision des directives relatives aux marchés publics. Une telle révision serait, pour plusieurs raisons, prématurée actuellement. D'une part, une révision de ces directives devrait nécessairement aller de pair avec une révision de la directive sur les procédures de recours, pour faire obstacle à une nouvelle fragmentation de la législation dans le domaine des marchés publics. Pour l'instant, la directive relative aux procédures de recours n'est toutefois pas encore transposée dans tous les États membres et il n'est toujours pas possible d'évaluer ses effets pratiques sur les marchés publics. D'autre part, les États membres sont confrontés pour l'instant à une grave crise économique et financière dont les conséquences à l'échelle communale demeurent difficilement prévisibles et risquent, à coup sûr, d'augmenter dans les prochaines années. Dans une telle période, une modification de la base juridique des marchés publics serait à l'origine de nouvelles incertitudes et de retards dans la passation des marchés. Toutes les parties en souffriraient.