



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 20.12.2011
SEC(2011) 1586 final

DOCUMENT DE TRAVAIL DES SERVICES DE LA COMMISSION

RÉSUMÉ DE L'ANALYSE D'IMPACT

Accompagnant le document

proposition de directive du Parlement européen et du Conseil

sur la passation des marchés publics

et

proposition de directive du Parlement européen et du Conseil

relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux

{COM(2011) 896 final}

{SEC(2011) 1585 final}

1. CONTEXTE

Les marchés publics représentent le processus par lequel les institutions publiques et les organisations du secteur public (les pouvoirs et entités adjudicateurs) achètent fournitures, services et travaux. Les dépenses ainsi consenties sont une composante importante et influente de l'économie. En 2009, les marchés publics régis par les règles de l'UE en la matière ont représenté 3,6 % de son PIB (soit 420 milliards d'EUR).

Plusieurs déclarations politiques et rapports récents soulignent toutefois la nécessité de revoir les directives en vigueur sur les marchés publics. La révision de ce cadre juridique est d'ailleurs une priorité de l'Acte pour le marché unique.

La présente analyse d'impact analyse les défis qui se posent actuellement pour la politique de l'UE sur les marchés publics et passe en revue les options possibles pour étayer et adapter les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.

2. CONSULTATION DES PARTIES PRENANTES

Le présent rapport se fonde sur l'expertise externe, les consultations et les analyses extensives qui ont sous-tendu l'évaluation des marchés publics conduite en 2011 et l'évaluation du plan d'action de 2004 sur les marchés publics électroniques conduite en 2010. Il s'appuie également sur les conclusions de consultations menées sous la forme de deux livres verts, qui ont respectivement porté sur:

- (a) la modernisation de la politique de l'UE sur les marchés publics (plus de 620 réponses);
- (b) le développement de l'utilisation des marchés publics électroniques dans l'UE (77 réponses).

Ces deux livres verts ont été complétés par des conférences organisées à Bruxelles, qui ont attiré un public nombreux et donné aux parties prenantes une nouvelle occasion de faire connaître leur point de vue.

Les représentants des États membres ont été consultés via le comité consultatif pour les marchés publics (CCMP).

3. DEFINITION DU PROBLEME

Trois grands problèmes ont été identifiés:

- une efficacité insuffisante par rapport au coût: les règles de l'UE aujourd'hui en vigueur permettent des économies d'un montant estimé à 20 milliards d'EUR environ sur 420 milliards d'EUR par an, mais les procédures sont peut-être indûment lourdes, puisque leur coût avoisine 5,6 milliards d'EUR;

- des occasions manquées pour la société: les règles en vigueur ne permettent peut-être pas toujours aux parties prenantes d'utiliser leurs ressources de manière optimale et/ou de faire les meilleurs choix d'achat;
- le marché des procédures de passation n'a pas encore acquis de dimension européenne, mais conserve plutôt des dimensions nationales: plus de 98 % des marchés attribués en vertu des règles de l'UE (soit environ 96 % de la valeur totale) sont remportés par des soumissionnaires nationaux.

Une poursuite de l'analyse a montré que ces problèmes ont les causes suivantes, que l'on classera en cinq grandes catégories.

3.1. Champ d'application

Cause: des règles complexes

La complexité et le manque de clarté des dispositions du cadre juridique de l'UE définissant son champ d'application sont source d'incertitude et amènent les acheteurs publics à contourner les règles par peur du risque ou à les appliquer de manière purement formelle, au détriment de la qualité du résultat des procédures de passation. Un appareil réglementaire coûteux est appliqué à une large population d'acheteurs, ou à large volume de transactions, sans être contrebalancé par des avantages suffisants. Il existe de nombreuses «zones grises» quant aux activités couvertes par les directives en vigueur (par exemple, en ce qui concerne les coopérations public-privé) et les règles applicables aux différents types de marché. Cette complexité génère des frais de contentieux, retombant essentiellement sur les pouvoirs et entités adjudicateurs, qui ont besoin d'être conseillés sur la manière de respecter les règles.

3.2. Procédures

Causes: des procédures disproportionnées et rigides

Des procédures disproportionnées génèrent des coûts excessifs, surtout pour les marchés d'assez petite valeur. Une procédure classique coûte près de 28 000 EUR (en moyenne, 5 500 EUR pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice et 3 800 EUR par soumissionnaire pour une moyenne de 5,9 soumissionnaires). Au seuil le plus bas en vigueur dans l'UE (125 000 EUR), ce coût représente de 18 % à 29 % de la valeur du marché. On constate également des divergences importantes dans les performances des États membres (par exemple, les différences de délai entre l'envoi de l'avis de marché et l'attribution du marché peuvent atteindre 180 jours).

De nombreuses parties prenantes se plaignent de la rigidité des procédures, soulignant que cela limite les possibilités de négocier. En particulier, les pouvoirs et entités adjudicateurs ne peuvent utiliser au mieux certaines solutions non classiques (par exemple, des formes d'achat innovantes).

3.3. Utilisation stratégique des marchés publics

Causes: des incertitudes et une insuffisance des dispositions relatives à l'intégration des objectifs stratégiques

Plusieurs communications ont été publiées sur la manière d'intégrer d'autres objectifs stratégiques (écologiques, sociaux, en matière d'innovation...) à l'application des règles sur les marchés publics, mais nombre de parties prenantes sont d'avis qu'il reste des problèmes. Elles estiment aussi que les pouvoirs et entités adjudicateurs désireux de dépenser les deniers publics de manière stratégiquement plus responsable pourraient être davantage aidés. La crainte du contentieux (pour non-respect des règles) a freiné l'adoption de ces options par les parties prenantes, de même qu'un manque général de suivi empêche de voir ce qui a marché et d'en assurer une plus large promotion. Il y a aussi un manque de convergence dans la manière dont les États membres utilisent les mesures existantes, et les normes et labels différents qui en résultent risquent, en réalité, de fragmenter encore davantage le marché selon les frontières nationales.

3.4. Accès

Causes: des obstacles réglementaires et «naturels» à l'accès au marché

Les difficultés d'accès au marché d'un bout à l'autre de l'Europe limitent la participation des PME et la soumission d'offres sur une base transfrontière. De nombreux soumissionnaires n'ont jamais tenté de soumettre une offre dans un autre pays, en raison d'obstacles à la fois «naturels» (linguistiques, géographiques...) et de nature réglementaire et administrative. Tant les PME que les soumissionnaires d'autres États membres sont freinés par des exigences administratives (telles que la production de preuves documentaires) et des difficultés à obtenir des informations. La proportion de PME remportant des marchés publics n'a pas changé sensiblement depuis 2002, de même que les taux de participation transfrontière n'ont pas augmenté. Le facteur le plus déterminant pour la participation des PME est la valeur du marché: il est difficile aux PME de soumissionner pour un marché d'une valeur supérieure à 300 000 EUR ou d'exécuter un tel marché.

3.5. Gouvernance

Causes: des capacités administratives et des modèles différents selon les États membres

Du fait de différences importantes d'organisation administrative entre les États membres, il y a des incohérences dans l'application, le contrôle et le suivi des règles dans l'UE. Ces incohérences ont entraîné des erreurs, un accroissement du risque de fraude et une gestion non optimale des ressources. Des audits récents de projets bénéficiant d'un financement de l'UE ont mis en évidence des taux d'erreur importants, liés à une application incorrecte des règles sur les marchés publics et, dans certains cas, à une transposition incorrecte des directives. Une analyse des procédures d'infraction lancée par la Commission depuis 2005 a révélé un ensemble d'erreurs et de problèmes similaires, ce qui montre qu'il ne s'agit pas d'erreurs et de problèmes ponctuels, mais récurrents.

3.6. Conséquences

Considérés ensemble, ces trois problèmes fondamentaux ont conduit à la conclusion selon laquelle le marché intérieur des marchés publics ne réalisait pas pleinement son potentiel. Si l'on n'intervient pas, cette situation perdurera dans le meilleur des cas. Elle pourrait même empirer au fur et à mesure que se creuseront les différences et

que seront pris en compte les coûts que génère, en termes d'occasions manquées, un cadre non optimal.

Nombre des problèmes identifiés résultent de mesures et d'interprétations découlant de deux directives de l'UE. Par conséquent, une intervention de l'UE est justifiée et pourrait être nécessaire pour remédier à ces problèmes.

4. OBJECTIF(S)

Il ressort de l'évaluation que les objectifs généraux de la politique actuelle des marchés publics restent valables, étant donné notamment les tensions financières que connaissent de nombreux États membres. L'UE continuera donc à promouvoir la concurrence équitable, non discriminatoire et à l'échelle de l'UE afin d'optimiser les ressources tout en réalisant les meilleurs résultats possibles pour la société en matière de passation de marchés. Elle continuera également à lutter contre la corruption.

Les objectifs spécifiques suivants ont été définis pour répondre aux principaux problèmes décrits ci-dessus:

- (1) améliorer le rapport coût/efficacité des règles et procédures de l'UE en matière de marchés publics;
- (2) tirer parti de toutes les possibilités afin d'obtenir les meilleurs résultats possibles pour la société;
- (3) créer des marchés à l'échelle de l'Union plutôt qu'à l'échelle nationale pour les marchés publics.

Neuf objectifs opérationnels ont par ailleurs été définis pour remédier aux causes des problèmes. La réalisation de ces objectifs opérationnels devrait contribuer à atteindre les objectifs spécifiques et à améliorer les performances en regard des objectifs globaux.

5. OPTIONS

Des options nombreuses et diverses ont été examinées, mais celles qui consistaient en une action radicale (abolition complète ou harmonisation totale de la législation de l'UE) ont rapidement été écartées. Sur la base des objectifs opérationnels, une série d'options non législatives (SOFT) et législatives (LEGI), fondées sur certains choix critiques, ont été mises au point pour remédier à chacun des cinq problèmes principaux. Une approche de «survol» a été adoptée, vu qu'un examen «au microscope» de toutes les modifications législatives possibles déboucherait sur un document de plusieurs centaines de pages.

Après un nouvel examen, douze options ont été sélectionnées pour être analysées par rapport au scénario de base (statu quo). Deux options LEGI, différentes par leur niveau d'ambition, ont été retenues pour chaque problème, ainsi que des options non contraignantes pour les problèmes en matière d'accès et de gouvernance.

Pour un problème donné, il ne s'agit pas forcément de faire un choix entre une option et une autre: en effet, pour les solutions proposées en matière de champ d'application, de procédures et de gouvernance, la meilleure solution pourrait être de combiner les deux options LEGI ou des dispositions LEGI et SOFT.

6. ANALYSE D'IMPACT ET COMPARAISON DES OPTIONS

Les principales incidences des options analysées sont résumées ci-dessous. De façon générale, les incidences les plus immédiates sont économiques, les effets sociaux et environnementaux étant limités; ce n'est toutefois pas le cas des options liées à l'usage stratégique des marchés publics, qui sont, par nature, destinées à engendrer des incidences sociales et environnementales (positives).

6.1. *Champ d'application*

Options

SCO.LEGI.TARGET: ajustements ciblés du champ d'application de la législation en matière de marchés publics.

SCO.LEGI.REDUCE: modifications significatives visant à exclure certains acheteurs ou achats.

Impacts

Ces deux options devraient permettre d'améliorer la clarté, donc d'améliorer le rapport coût/efficacité. *SCO.LEGI.TARGET* devrait remédier aux «zones grises» actuelles et améliorer la sécurité juridique sans entraîner de conséquences prévisibles sur le plan international. La création d'un nouveau régime, plus léger, pour les marchés de services sociaux d'un montant supérieur à 500 000 EUR et l'application du régime complet à tous les autres services devraient assurer plus de transparence et une meilleure application des règles de l'UE.

Les incidences (donc les avantages) de l'option *SCO.LEGI.REDUCE* seraient limitées aux marchés exclus et sont fondées sur l'hypothèse selon laquelle tout régime national de substitution serait plus léger que le régime de l'UE. Il se peut que les règles nationales en matière d'attribution de marchés (sous les seuils définis par l'UE) soient moins prescriptives; toutefois, des coûts réglementaires substantiels resteraient associés à ces achats exemptés, de même que les coûts inévitables inhérents à une bonne gestion des marchés publics. Par ailleurs, de telles exemptions réduiraient la transparence non seulement au niveau de l'UE, mais probablement aussi au niveau national, ce qui aurait un effet négatif sur la concurrence et les prix payés. En fonction de la portée exacte des exemptions, des coûts supplémentaires pourraient survenir en cas de non-respect des obligations internationales, qui déclencherait le verrouillage de marchés de pays partenaires, avec les incidences négatives potentiellement importantes que cela pourrait avoir pour les entreprises de l'UE qui entretiennent des échanges avec ces pays.

Une plus grande clarté juridique (*SCO.LEGI.TARGET*) ne permettrait pas de remédier aux problèmes concernant la couverture des parties intéressées et des transactions. Il est plus compliqué de savoir si ce sont les bonnes parties intéressées

et les bons objets de marché qui seraient couverts; cette question revêt aussi, dans une certaine mesure, un sens politique, vu les possibles conséquences internationales.

6.2. Procédures

Options

PRO.LEGI.DESIGN: corriger et améliorer les procédures existantes.

PRO.LEGI.FLEXIB: élargir la gamme des procédures disponibles pour les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, et alléger les procédures qui entraînent des coûts disproportionnés.

Impacts

L'option PROC.LEGI.DESIGN améliorerait la conception de certaines procédures et apporterait une plus grande clarté juridique quant aux obligations. Cela devrait permettre de donner aux procédures de passation de marché un meilleur rapport coût/efficacité et une meilleure proportionnalité globale. L'augmentation du recours aux techniques itératives d'acquisition devrait être globalement avantageuse pour les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, mais des inquiétudes existent quant à la fermeture du marché et à l'accès à plus long terme des entreprises à ces outils. Il y aurait lieu de répondre à ces inquiétudes afin d'assurer la transparence et l'absence de discrimination, et d'empêcher une réduction de la concurrence. L'application de mesures et d'outils facilitant l'adoption des marchés publics électroniques devrait améliorer nettement le rapport coût/efficacité et renforcer l'intégration des marchés des marchés publics dans l'UE, même s'il serait nécessaire de supporter des coûts d'installation et de surmonter des obstacles techniques (afin d'éviter la fragmentation du marché).

L'option PROC.LEGI.FLEXIB augmenterait le choix et la flexibilité dont disposent les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, ce qui pourrait aussi améliorer le résultat des procédures de passation, notamment par le recours plus important à la négociation (avec certaines réserves relatives à l'usage approprié de ces procédures et au coût potentiel du développement d'une expertise en matière de négociation). L'application d'un régime plus léger aux marchés passés par des pouvoirs sous-centraux devrait améliorer le rapport coût/efficacité, tout en évitant en principe, moyennant certaines exigences minimales en matière de transparence (recours aux avis de préinformation), des conséquences sur le plan international et une diminution marquée de la concurrence.

6.3. Utilisation stratégique des marchés publics

Options

STR.LEGI.FACILIT: permettre aux organisations du secteur public de concevoir leurs marchés publics de manière à y intégrer d'autres objectifs stratégiques.

STR.LEGI.ENFORC: ne pas laisser de pouvoir discrétionnaire aux organisations du secteur public. Ils doivent attribuer les marchés (en tout ou partie) en visant la réalisation d'autres objectifs stratégiques.

Impacts

Globalement, les mesures relevant de ces deux options sont très semblables. Leur impact différerait essentiellement selon que l'approche retenue à l'échelon de l'UE serait permissive ou coercitive. Dans les deux cas, l'objectif consisterait à donner aux organisations du secteur public la possibilité d'atteindre des objectifs stratégiques plus vastes. L'impact stratégique de l'option FACILIT devrait être plus faible, en principe, que celui de l'option ENFORC, compte tenu de la diversité des modalités de mise en œuvre dans les États membres en fonction des choix effectués. Toutefois, les autorités nationales et les organisations du secteur public conserveraient une liberté de choix, particulièrement importante dans le climat financier actuel, pour tenir compte des circonstances réelles et des ressources disponibles. ENFORC assurerait une cohérence et une pénétration plus importantes dans toute l'Union. Les deux options représentent un coût pour les organisations du secteur public et les entreprises, en raison d'exigences d'information renforcées et de la nécessité de mieux connaître et contrôler un éventail de politiques. Ces deux options risquent, du moins à court terme, d'augmenter la complexité et d'alourdir la charge administrative.

6.4. Accès

Options

ACC.SOFT: nouvelles orientations et formations à l'échelon de l'UE en matière d'accès, notamment pour faciliter l'achat et la vente sur une base transnationale.

ACC.LEGI.FACILIT: supprimer les entraves administratives à la participation des PME et à l'accès transnational.

ACC.LEGI.ENFORC: instaurer des mesures plus contraignantes tendant à réserver certains segments de marchés publics aux PME ou imposer une structuration des achats de nature à favoriser la participation des PME.

Impacts

Là encore, les deux options LEGI présentent un contenu comparable, leur impact différant principalement en fonction de l'approche retenue, selon qu'elle sera permissive ou coercitive. Les mesures coercitives devraient favoriser les PME, voire également l'accès transnational, et renforcer d'une manière générale le marché intérieur des adjudications publiques, mais il est difficile de prédire si elles entraîneront une rationalisation et une simplification des règles. Renforcer les exigences d'information pourrait accroître la complexité et alourdir la charge administrative à supporter par les organisations du secteur public et les entreprises. Une approche permissive, qui pourrait être davantage centrée sur les besoins locaux, serait susceptible d'atténuer partiellement les coûts qui s'ensuivent.

Les instruments visant à faciliter l'accès aux marchés des adjudications publiques dans l'UE, en réduisant par exemple les exigences à remplir pour soumissionner, devraient rendre les démarches plus simples et moins contraignantes pour les PME et les soumissionnaires transnationaux. Limiter au seul adjudicataire l'obligation de présentation des pièces justificatives permettrait de réduire la charge administrative

de 80 %. La division en lots des marchés dont la valeur dépasse certains seuils permettrait également d'augmenter le nombre de marchés accessibles aux PME.

L'option ACC.SOFT aurait un faible impact positif sur les pourcentages d'accès, mais elle est peu coûteuse.

6.5. Gouvernance

Options

GOV.SOFT: recenser les domaines dans lesquels des difficultés récurrentes ont un effet sur la gouvernance et fournir des conseils en la matière, notamment l'apprentissage et l'évaluation comparative des «meilleures pratiques».

GOV.LEGI.TARGET: réaliser des économies d'échelle et optimiser les prestations pour les organisations du secteur public en recourant à des organismes professionnels spécialisés qui regroupent les achats, le cas échéant.

GOV.LEGI.ENHANC: obliger les États membres à mettre en place une autorité nationale chargée d'assurer la mise en œuvre, le contrôle et le suivi des marchés publics et de présenter chaque année un rapport sur les progrès accomplis.

Impacts

La multiplication et le renforcement du rôle des organismes d'achat spécialisés devraient apporter une aide considérable aux organisations du secteur public qui organisent rarement des marchés d'un montant élevé et ne savent pas très bien comment se conformer aux règles de l'UE. Si la crainte que suscitent les regroupements quant à une éventuelle fermeture du marché demande une réponse, l'option GOV.LEGI.TARGET devrait être globalement profitable aux organisations du secteur public et aux entreprises. L'option GOV.LEGI.ENHANC devrait créer une architecture et des conditions homogènes en matière de contrôle, de suivi et d'application des règles régissant les marchés publics à l'échelon national et à l'échelon de l'UE, de manière à améliorer la cohérence et la stabilité dans toute l'UE et à renforcer le marché intérieur. Les États membres et les organisations du secteur public auraient probablement à supporter des coûts supplémentaires, mais un grand nombre d'entre eux possèdent déjà les structures nécessaires et devraient réaliser des économies grâce à une coordination et un suivi de meilleure qualité.

L'option GOV.SOFT devrait avoir un impact similaire, mais moindre, car en raison de son caractère facultatif elle risque de ne pas aboutir au même degré d'adoption et de cohérence.

7. OPTIONS PRIVILEGIEES

Sur la base de la présente analyse, la combinaison de solutions suivante est proposée (éléments grisés):

Options Catégorie de problèmes	Options de statu quo (NC)	Options non législatives (SOFT)	Options législatives — en principe dans les limites du cadre en vigueur (LEGI.)	Options législatives — nouvelles ou impliquant des changements importants (LEGI.)
Champ d'application (SCO)	<i>SCO. NC</i>	<i>SCO. SOFT</i>	<i>SCO.LEGI.TARGET</i> (clarifier les limites)	<i>SCO.LEGI.REDUCE</i> (large redéfinition du champ d'application)
Procédures (PRO)	<i>PRO. NC</i>	<i>PRO. SOFT</i>	<i>PRO.LEGI.DESIGN</i> (améliorer les définitions et la conception des procédures)	<i>PRO.LEGI.FLEXIB</i> (élargir le choix, favoriser les marchés publics électroniques)
Utilisation stratégique (STR)	<i>STR. NC</i>	<i>STR. SOFT</i>	<i>STR.LEGI.FACILIT</i> (faciliter l'utilisation stratégique des marchés publics)	<i>STR.LEGI.ENFORC</i> (imposer l'utilisation stratégique des marchés publics)
Accès (ACC)	<i>ACC. NC</i>	<i>ACC. SOFT</i>	<i>ACC.LEGI.FACILIT</i> (faciliter l'accès)	<i>ACC.LEGI.ENFORC</i> (imposer des instruments de renforcement de l'accès)
Gouvernance (GOV)	<i>GOV. NC</i>	<i>GOV. SOFT</i>	<i>GOV.LEGI.TARGET</i> (optimiser l'utilisation des ressources)	<i>GOV.LEGI.ENHANC</i> (renforcer le contrôle & la responsabilité)

8. SUIVI ET EVALUATION FUTURS

Le manque de données cohérentes et comparables entrave les efforts actuels pour suivre les progrès réalisés dans le domaine des marchés publics et déterminer les aspects qui demandent de nouvelles actions. Plusieurs mesures envisagées apportent implicitement des améliorations aux modalités de suivi en renforçant, par exemple, la gouvernance et les marchés publics en ligne. Il conviendrait d'envisager une amélioration des statistiques et des méthodes de suivi:

- des coûts de mise en conformité;
- de l'utilisation et des économies/coûts générés par le basculement vers les marchés publics électroniques et de la réalisation des objectifs stratégiques;
- des pourcentages de participation des PME et d'accès transnational;
- des mesures de lutte contre la fraude, la corruption et les comportements anticoncurrentiels.

Le projet de texte comprendrait un engagement à évaluer toute législation nouvelle.