



Bruxelles, le 24.7.2019
C(2019) 5494 final

COMMUNICATION DE LA COMMISSION

Orientations sur la participation des soumissionnaires et des produits de pays tiers aux marchés publics de l'UE

Orientations sur la participation des soumissionnaires et des produits de pays tiers aux marchés publics de l'UE

Table des matières

À quel engagement répondent ces orientations?

Cadre juridique

1. Accès des soumissionnaires et des produits de pays tiers aux marchés publics de l'Union
 - 1.1. Conventions internationales sur les marchés publics et instrument relatif aux marchés publics internationaux
 - 1.2. Règles et accords spécifiques à des secteurs et à des projets
 - 1.2.1. Passation de marchés organisée en application d'accords intergouvernementaux
 - 1.2.2. Mesures dans le secteur des services d'utilité publique
 - 1.2.3. Achats dans les domaines de la défense et de la sécurité
 - 1.3. En termes concrets
2. Offres anormalement basses
 - 2.1. Établir le caractère anormalement bas d'une offre
 - 2.2. Vérification des offres anormalement basses
 - 2.3. Rejet d'offres anormalement basses
 - 2.4. En termes concrets
3. Normes de qualité – Une approche stratégique de la passation des marchés publics
 - 3.1. Planification des investissements
 - 3.2. Définition de critères de qualité dans le cadre de la procédure de passation de marché
 - 3.3. Suivi de l'exécution du contrat
 - 3.4. En termes concrets
4. Assistance pratique apportée par la Commission européenne
5. En bref

Glossaire des acronymes

<u>Acronyme</u>	<u>Définition</u>
ALE	Accord de libre-échange
AMP	Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce
EEE	Espace économique européen
EMAS	Système de management environnemental et d'audit
IMPI	Instrument relatif aux marchés publics internationaux
MPE	Marchés publics écologiques
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
R & D	Recherche et développement
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

À quel engagement répondent ces orientations?

En mars 2019, la Commission européenne et la haute représentante de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité ont adopté une communication conjointe au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil exposant une vision stratégique dans les relations UE-Chine¹ (ci-après, la «communication») et appelant de la part de l'Union européenne à une *«approche proactive pour ce qui est de renforcer sa compétitivité économique et de garantir des conditions de concurrence équitables»*.

L'Union devrait s'employer à obtenir un meilleur équilibre et davantage de réciprocité dans les conditions régissant ses relations économiques. Les marchés publics, qui représentent environ 14 % de son produit intérieur brut, tiennent une place importante dans cette stratégie.

La mise en place d'un marché unique des marchés publics est l'une des avancées majeures du marché intérieur. La publication des appels d'offres à l'échelle de l'Union garantit leur transparence et ouvre des perspectives aux entreprises de toute l'Union. Pour ce qui est des soumissionnaires étrangers, une meilleure application des règles permet d'assurer des normes de qualité élevées à toutes les étapes de la passation de marchés publics, ainsi qu'une optimisation des ressources, la viabilité des projets et des conditions de concurrence équitables entre les entreprises de l'Union et de pays tiers participant à ces procédures.

La Commission s'est donc engagée à *«publier des orientations sur le cadre juridique de la participation de soumissionnaires et de biens étrangers au marché de l'UE prenant en compte les règles internationales et de l'UE en matière de passation des marchés, y compris en ce qui concerne les offres anormalement basses [et] le respect des normes environnementales, de sécurité et de travail»* (action 7).

Le Conseil européen a approuvé la démarche de la Commission et a demandé à ce que des mesures soient prises par l'Union européenne pour *«préserver ses intérêts à la lumière des pratiques déloyales de pays tiers, en faisant pleinement usage des instruments de défense commerciale et de ses règles relatives aux marchés publics, ainsi qu'en assurant une réciprocité effective en matière de marchés publics avec les pays tiers»*. Il a ajouté qu'il y avait lieu *«d'assurer une concurrence loyale au sein du marché unique et au niveau mondial, aussi bien pour protéger les consommateurs que pour favoriser la croissance économique et la compétitivité, conformément aux intérêts stratégiques à long terme de l'Union»*.²

Par ailleurs, la Commission s'est aussi engagée à passer en revue avant la fin de 2019, conjointement avec les États membres, la mise en œuvre du cadre actuel afin d'en recenser les lacunes. Les lacunes ainsi recensées feront l'objet d'une évaluation approfondie, surtout celles qui sont susceptibles d'altérer les conditions de concurrence entre les entreprises de l'Union et de pays tiers participant aux marchés publics.

Les soumissionnaires, produits et services de pays tiers n'obéissent pas toujours à des normes identiques, ou équivalentes, à celles applicables aux opérateurs économiques de l'Union sur le plan social, du travail et de l'environnement. De même, les soumissionnaires de pays tiers

¹ JOIN(2019) 5.

² Conseil européen des 21 et 22 mars 2019, CO EUR 1/19.

ne sont pas nécessairement assujettis à des règles en matière d'aides d'État aussi strictes que celles qui s'appliquent dans l'Union. Cette situation peut jouer en défaveur des soumissionnaires, produits et services de l'Union. Il apparaît nécessaire d'appliquer les règles des marchés publics de l'Union de façon à garantir que les soumissionnaires de l'Union et de pays tiers suivent des normes et des exigences identiques, ou équivalentes.

Il faudra sans doute intervenir sur plusieurs plans pour remédier aux distorsions que les subventions de pays tiers, ou d'autres formes de financement bénéficiant du soutien de ces États, introduisent dans les conditions des marchés publics européens. L'application des dispositions relatives aux offres anormalement basses est cruciale sur ce point, mais elle peut ne pas suffire et une analyse plus approfondie peut être nécessaire.

La communication rappelle aussi la détermination de la Commission à assurer une réciprocité dans l'accès aux marchés publics étrangers. Au fil des ans, l'Union a largement ouvert ses marchés publics aux pays tiers, mais les sociétés de l'Union rencontrent souvent des difficultés à accéder à certains marchés publics étrangers. En 2016, la Commission a présenté une proposition révisée portant sur un instrument relatif aux marchés publics internationaux³ qui, s'il était adopté, ouvrirait de nouvelles perspectives à nos sociétés et leur permettrait de concurrencer sur un pied d'égalité les sociétés de pays tiers.

En souscrivant aux actions préconisées par la communication, la Commission a confirmé l'importance qu'elle attache à l'instauration d'une concurrence loyale et équitable sur le marché intérieur des marchés publics.

Dans le droit fil de la vision stratégique sur les relations UE-Chine, les présentes orientations sont conçues pour aider les acheteurs publics à maîtriser certains aspects pratiques des procédures de passation de marchés découlant de la réglementation de l'Union quand des pays tiers participent à leurs appels d'offres. Elles défendent aussi le principe que ces procédures ne doivent pas tenir compte seulement du prix, mais aussi du niveau élevé des normes européennes, en particulier dans les domaines du travail, de l'environnement et de la sécurité. Elles visent ainsi à garantir des conditions de concurrence équitables entre les soumissionnaires, produits et services de l'Union et des pays tiers. Elles viennent compléter la communication «Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe»⁴, qui a établi un vaste partenariat avec les États membres dans le but d'améliorer l'efficacité des marchés publics. Il y a lieu de bien connaître et de bien utiliser les possibilités offertes par le cadre juridique existant pour renforcer le marché unique et parvenir à des conditions de concurrence équitables dans le domaine des marchés publics de l'Union.

³ Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers, COM(2016) 34 final.

⁴ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, «Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe», COM(2017) 572 final.

Cadre juridique

Le cadre juridique des marchés publics est établi par un certain nombre de textes. Selon le TFUE⁵, les marchés publics de l'Union sont soumis à des principes de base de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination. Les directives sur les marchés publics fixent des règles minimales d'harmonisation qui encadrent les modalités d'achat de biens, de travaux et de services par les pouvoirs publics et certains opérateurs de services d'utilité publique. Ces règles sont transposées en droit national et s'appliquent aux appels d'offres dont la valeur monétaire dépasse un certain seuil. Les règles de procédure s'appliquent à tous les marchés publics, indépendamment de l'origine des soumissionnaires.

À l'échelon international, les traités conclus par l'Union déterminent les bénéficiaires d'un accès garanti aux marchés publics de l'Union. Le principal traité en la matière est l'accord sur les marchés publics⁶, qui ouvre les marchés publics de l'Union aux parties à cet accord. Par ailleurs, plusieurs accords de libre-échange conclus par l'Union sont dotés d'un volet sur les marchés publics. Les présentes orientations ne remplacent pas la législation en vigueur dans le domaine des marchés publics et ne devraient pas être perçues comme des instructions sur le respect des exigences réglementaires existantes. Seule la Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour émettre une interprétation définitive et contraignante du droit de l'Union⁷. Ces orientations s'entendent sans préjudice des obligations internationales de l'Union à l'égard de ses partenaires commerciaux.

1. Accès des soumissionnaires et des produits de pays tiers aux marchés publics de l'Union

Article 25 de la directive 2014/24/UE

Dans la mesure où les annexes 1, 2, 4 et 5⁸ et les notes générales relatives à l'Union européenne de l'appendice I de l'AMP ainsi que d'autres conventions internationales liant l'Union européenne le prévoient, les pouvoirs adjudicateurs accordent aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des signataires de ces conventions un traitement non moins favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union.

⁵ Version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO C 326 du 26.10.2012.

⁶ https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_gpa_f.htm

⁷ Le présent document n'est pas juridiquement contraignant. S'il paraphrase parfois les dispositions de la législation européenne, il n'a pas pour but d'accroître ni de restreindre les droits et obligations énoncés dans cette législation. Dans la mesure où il pourrait être considéré comme une interprétation de la législation européenne, il convient de souligner que seule la Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour émettre une interprétation juridiquement contraignante du droit de l'Union. La conformité des exemples illustrant le présent document avec le droit de l'Union n'a pas été vérifiée.

⁸ Dans la version en vigueur de l'AMP, les annexes mentionnées à l'article 25 correspondent maintenant aux annexes 1, 2, 4, 5, 6 et 7.

En prônant le principe de réciprocité dans l'ouverture des marchés publics, l'Union s'attache à offrir à ses sociétés de nouvelles perspectives de participation aux marchés des pays tiers. Dans les négociations internationales, elle soutient un recours plus large aux critères de qualité, notamment ceux ayant trait à l'environnement, aux conditions sociales, au travail et à l'innovation, et fait montre d'une volonté ambitieuse d'ouverture des marchés publics internationaux.

L'Union s'est engagée à accorder l'accès de ses marchés publics à des travaux, fournitures, services et opérateurs économiques de certains pays tiers dans plusieurs conventions internationales (AMP et ALE bilatéraux dotés d'un volet sur les marchés publics).

En conséquence, les directives sur les marchés publics disposent que les acheteurs publics de l'Union accordent aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des signataires de ces conventions un traitement non moins favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union, dans la mesure où ces conventions le prévoient⁹.

Au-delà de cette obligation, les opérateurs économiques des pays tiers qui n'ont pas signé de convention leur ouvrant les marchés publics de l'Union, ou dont les biens, services et travaux ne sont pas visés par une telle convention, n'ont pas un accès garanti aux marchés publics de l'Union et peuvent en être exclus.

1.1 Conventions internationales sur les marchés publics et instrument relatif aux marchés publics internationaux

Accord sur les marchés publics

L'AMP conclu dans le cadre de l'OMC autorise les opérateurs des 19 autres partenaires de l'OMC signataires à soumissionner pour certains marchés publics de l'Union, et les sociétés de l'Union à soumissionner pour des marchés de ces 19 partenaires.

Accords de libre-échange bilatéraux

L'UE a conclu avec divers pays du monde des ALE qui donnent aux sociétés des deux parties un meilleur accès aux marchés publics du second signataire.

C'est le cas des récents ALE conclus avec le Canada et le Japon.

Quand un acheteur public reçoit une offre émanant d'un opérateur économique d'un pays tiers, il lui faut vérifier si l'offre s'inscrit dans le cadre des conventions internationales signées par l'Union en la matière, telles que l'AMP ou les ALE, et si le soumissionnaire a donc un accès garanti à son marché.

⁹ Voir à cet égard l'article 25 de la directive 2014/24/UE et l'article 43 de la directive 2014/25/UE.

À l'heure actuelle, l'AMP compte 20 parties: l'UE pour ses 28 États membres, l'Arménie, l'Australie, le Canada, la Corée du Sud, les États-Unis, Hong Kong (Chine), l'Islande, Israël, le Japon, le Liechtenstein, la Moldavie, le Monténégro, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, Singapour, la Suisse, Taipei chinois, l'Ukraine et les Pays-Bas pour Aruba.

L'AMP et les volets des ALE consacrés aux marchés publics ne s'appliquent pas automatiquement à tous les marchés publics des parties. Les conventions internationales concernées se composent de deux parties:

- a) le dispositif normatif ayant trait aux principes et aux procédures;
- b) les listes correspondant au champ d'application fournies par chaque partie.

Les listes correspondant au champ d'application déterminent quelles entités publiques doivent respecter les règles convenues et dans quelle mesure leurs marchés de biens et de services sont ouverts à la participation des opérateurs économiques (et de leurs produits et services) des autres signataires de l'AMP ou des ALE.

Seuls sont concernés les marchés dépassant les valeurs de seuil spécifiées dans les listes correspondant au champ d'application fournies par chaque partie.

Les listes correspondant au champ d'application pour les marchés de l'Union figurent dans les annexes relatives à l'Union de l'appendice I de l'AMP et dans les annexes correspondantes des différents ALE. C'est en les consultant qu'un acheteur public peut déterminer si un soumissionnaire (ou ses produits et services) dispose d'un accès garanti à ses marchés.

Grâce aux ALE, l'Union favorise une prise en compte de ses priorités dans les domaines de l'environnement, du travail et des conditions sociales, pour autant qu'elles soient appliquées de manière non discriminatoire. Ces accords permettent d'ouvrir davantage les marchés publics de l'Union et des pays tiers.

Concernant les ALE, les pouvoirs adjudicateurs doivent vérifier selon des modalités similaires si leur marché public tombe dans le champ d'application de ces accords. L'Union a inséré des règles sur les marchés publics et des engagements en faveur d'un accès à ces marchés dans nombre de ses ALE. Ceux-ci sont pour la plupart construits sur le modèle de l'AMP.

Instrument relatif aux marchés publics internationaux

La Commission a proposé la création de l'IMPI¹⁰ pour encourager la réciprocité et se doter d'un argument de poids dans les négociations avec les pays tiers concernant l'ouverture de

¹⁰ Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures

leurs marchés publics aux entreprises de l'Union. Un tel instrument s'avère indispensable pour contrer les mesures discriminatoires et l'étanchéité de certains marchés.

C'est la raison pour laquelle le Conseil européen, dans ses conclusions du 21 mars 2019, a appelé à «[...] reprendre les discussions sur l'instrument de l'UE relatif aux marchés publics internationaux»¹¹.

1.2 Règles et accords spécifiques à des secteurs et à des projets

Accords intergouvernementaux

Les accords internationaux conclus avec des pays tiers peuvent contenir des règles particulières d'appels d'offres si celles-ci satisfont aux principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination ancrés dans les traités de l'Union.

Services d'utilité publique

Dans le secteur des services d'utilité publique, les acheteurs publics peuvent rejeter les offres pour des marchés de fournitures si plus de 50 % des produits sont originaires de certains pays tiers.

Défense et sécurité

Dans les domaines de la défense et de la sécurité, les États membres sont libres de décider s'ils autorisent les acheteurs publics à admettre des soumissionnaires étrangers.

1.2.1 Passation de marchés organisée en application d'accords intergouvernementaux

Dans des cas spécifiques et pour des projets concrets, les États membres peuvent envisager l'attribution de marchés sur la base d'accords internationaux avec des pays tiers dont les règles en la matière s'écartent du cadre européen.

Les appels d'offres prévus par de tels accords dérogent à la législation de l'Union relative aux marchés publics, dans les conditions prévues par les directives et pour autant que les règles spécifiques de passation de marchés établies par ces accords satisfassent pleinement aux traités de l'Union, et notamment aux principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination. Les accords susvisés doivent être notifiés à la Commission.

visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers, COM(2016) 34 final.

¹¹ Conseil européen des 21 et 22 mars 2019, CO EUR 1/19.

Les marchés publics organisés en vertu de ces accords internationaux doivent être conformes aux principes ancrés dans les traités de l'Union et donc faire l'objet d'une publication appropriée et non restreinte, donnant à toutes les entreprises, quel que soit leur lieu d'établissement ou leur pays d'origine, la possibilité d'y participer. De par sa nature, l'attribution directe d'un marché n'assure ni transparence ni concurrence, et ne respecte donc pas ces principes de base.

À l'échelon international, un accord conclu entre un État membre et un ou plusieurs pays tiers ne peut pas servir de base pour attribuer directement des marchés à des pays tiers ou à leurs opérateurs économiques. Une telle démarche ne serait pas compatible avec la compétence exclusive de l'Union au titre de la politique commerciale commune, ni avec les principes de base des traités de l'Union en ce qui concerne les marchés publics. L'existence de conditions de financement favorables pour le projet ne suffit pas non plus à justifier une attribution directe.

1.2.2 Mesures dans le secteur des services d'utilité publique

Article 85 de la directive 2014/25/UE – Offres contenant des produits originaires des pays tiers

1. Le présent article s'applique aux offres contenant des produits originaires des pays tiers avec lesquels l'Union n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union aux marchés de ces pays tiers. Il est sans préjudice des obligations de l'Union ou de ses États membres à l'égard des pays tiers.

2. Toute offre présentée pour l'attribution d'un marché de fournitures peut être rejetée lorsque la part des produits originaires des pays tiers, déterminés conformément au règlement (UE) n° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil, excède 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre. Aux fins du présent article, les logiciels utilisés dans les équipements de réseaux de télécommunications sont considérés comme des produits.

3. Sous réserve du deuxième alinéa du présent paragraphe, lorsque deux ou plusieurs offres sont équivalentes au regard des critères d'attribution définis à l'article 82, une préférence est accordée à celle des offres qui ne peut être rejetée en application du paragraphe 2 du présent article. Le montant de ces offres est considéré comme équivalent, aux fins du présent article, si leur écart de prix n'excède pas 3 %. Toutefois, une offre ne sera pas préférée à une autre en vertu du premier alinéa lorsque son acceptation obligerait l'entité adjudicatrice à acquérir un matériel présentant des caractéristiques techniques différentes de celles du matériel déjà existant, entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien ou des coûts disproportionnés.

4. Aux fins du présent article, pour la détermination des produits originaires des pays tiers prévue au paragraphe 2, ne sont pas pris en compte les pays tiers auxquels le bénéfice de la présente directive a été étendu par une décision du Conseil conformément au paragraphe 1.

L'article 43 de la directive 2014/25/UE n'accorde pas un accès garanti aux marchés publics de l'Union à tous les opérateurs de pays tiers. De plus, il prévoit un régime spécifique pour les offres contenant des produits originaires des pays tiers, exposé à l'article 85 de ladite directive.

Les acheteurs publics opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux peuvent rejeter une offre pour un marché de fournitures lorsque la part des produits originaires des pays tiers excède 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre.

Ce régime ne s'applique qu'aux produits originaires de pays tiers ne relevant pas d'un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union aux marchés de ces pays tiers.

Si, au lieu de rejeter une telle offre, un acheteur public l'admet dans la procédure de passation de marché, il est tenu d'accorder sa préférence aux offres équivalentes composées de moins de 50 % de produits originaires de pays tiers¹². L'acheteur public peut s'abstenir d'accorder sa préférence si cela l'obligerait à acquérir un matériel présentant des caractéristiques techniques différentes de celles du matériel déjà existant, entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien ou des coûts disproportionnés.

Récemment, un acheteur public a fait usage de la latitude laissée à l'article 85 de la directive sur les services d'utilité publique pour exiger d'un soumissionnaire une déclaration sur l'origine de ses produits. Comme plus de 50 % des produits étaient originaires des pays tiers visés par cette disposition, il a rejeté l'offre en question.

¹² Lecture combinée des paragraphes 1 et 2 de l'article 85 de la directive 2014/25/UE.

1.2.3 Achats dans les domaines de la défense et de la sécurité

Considérant 18 de la directive 2009/81/CE

Les marchés d'armes, munitions et matériel de guerre qui sont passés par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices opérant dans le domaine de la défense sont exclus du champ d'application de l'accord sur les marchés publics (AMP) conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce. Les autres marchés couverts par la présente directive sont également exemptés de l'application de l'AMP en vertu de son article XXIII¹³. [...]

Cette exclusion signifie que dans le contexte spécifique des marchés de la défense et de la sécurité, les États membres conservent le pouvoir de décider si oui ou non leurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent autoriser des agents économiques de pays tiers à participer aux procédures de passation des marchés. Ils devraient fonder cette décision sur des considérations de bon rapport qualité-prix, en reconnaissant la nécessité d'une Base industrielle et technologique de défense européenne compétitive au niveau mondial, l'importance de marchés ouverts et équitables et l'obtention d'avantages mutuels. Les États membres devraient insister sur une ouverture de plus en plus grande des marchés. Les partenaires de l'Union européenne devraient également faire preuve d'ouverture, sur la base de règles internationalement reconnues, notamment en ce qui concerne une concurrence ouverte et loyale.

Les achats de biens et de services dans les secteurs de la défense et de la sécurité présentent souvent un caractère sensible. La directive 2009/81/CE¹⁴ énonce des exigences spécifiques pour ces achats en considération de la nécessité pour les États membres d'assurer la sécurité de leur approvisionnement et de protéger des informations classifiées.

Pour les achats relevant de la directive 2009/81/CE, les États membres peuvent décider dans leurs règles nationales¹⁵ si oui ou non leurs acheteurs publics peuvent autoriser des agents économiques de pays tiers à participer aux procédures de passation de marchés¹⁶. Si les acheteurs publics décident de ne pas autoriser les opérateurs économiques ou les produits originaires de pays tiers, ils peuvent déjà faire mention de cette restriction générale dans l'avis de marché et le cahier des charges. Ils peuvent aussi choisir de rejeter ces offres individuellement dans la décision d'attribution. Dans ce dernier cas, les acheteurs publics

¹³ Dans la version en vigueur de l'AMP, les dispositions visées ne figurent plus à l'article XXIII, mais à l'article III.

¹⁴ JO L 216 du 20.8.2009, p. 76.

¹⁵ Les États membres devraient fonder cette décision sur des considérations de bon rapport qualité-prix, en reconnaissant la nécessité d'une Base industrielle et technologique de défense européenne compétitive au niveau mondial, l'importance de marchés ouverts et équitables et l'obtention d'avantages mutuels. Cette décision pourrait aussi être sélective, n'acceptant dès lors que les opérateurs économiques originaires des pays signataires de l'AMP ou de certains d'entre eux, mais non des autres pays tiers (pays non membres de l'EEE qui ne sont pas membres de l'AMP et avec lesquels l'UE n'a pas signé d'accords bilatéraux sur l'ouverture des marchés publics).

¹⁶ Voir le considérant 18, second alinéa, de la directive 2009/81/CE.

devraient indiquer dans le cahier des charges qu'ils se réservent le droit de rejeter une offre pour des motifs liés à la défense et à la sécurité.

En vue d'assurer la protection de leurs intérêts de sécurité spécifiques, les acheteurs publics peuvent aussi prendre d'autres mesures:

- Ils peuvent exiger des soumissionnaires la production d'habilitations de sécurité nationales, et n'accepter que les habilitations de sécurité étrangères qu'ils jugeraient équivalentes, en fonction du niveau de coopération existant entre les services de renseignement des pays concernés.
- Ils peuvent exiger des soumissionnaires étrangers des certificats garantissant que le transport du matériel sera autorisé, y compris dans le cas de livraisons supplémentaires en situation de crise.
- Ils peuvent aussi exiger des soumissionnaires des garanties concernant l'accès aux informations classifiées et leur confidentialité.
- Ils peuvent imposer la conformité des fournisseurs et des solutions avec des exigences supplémentaires découlant de législations spécifiques dans le domaine de la sécurité: pour prendre l'exemple de la cybersécurité, la directive (UE) 2016/1148¹⁷ prévoit des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union.

Les acheteurs publics peuvent demander aux contractants d'ouvrir leur chaîne d'approvisionnement à la concurrence par des appels d'offres. Cela peut permettre à de nouveaux acteurs de rejoindre cette chaîne¹⁸.

Certains achats exceptionnels dans les domaines de la défense et de la sécurité mettent en jeu des intérêts de sécurité nationale. Un tel marché pourrait se révéler si exigeant sur le plan de la sécurité d'approvisionnement, ou si confidentiel et important pour la souveraineté nationale, que les dispositions spécifiques de la directive 2009/81/CE ne seraient pas suffisantes pour sauvegarder les intérêts essentiels de la sécurité de l'État membre.

Pour ces achats, l'article 346 du TFUE prévoit une dérogation permettant aux États membres d'attribuer des marchés sans appliquer les règles de la directive¹⁹. Les États membres doivent apprécier au cas par cas si cette dérogation peut être appliquée en définissant les intérêts essentiels de sécurité en jeu et en évaluant la nécessité de leur solution au regard du principe de proportionnalité et de l'impératif d'une interprétation restrictive d'une telle dérogation²⁰.

¹⁷ Directive (UE) 2016/1148 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union.

¹⁸ Article 21 de la directive 2009/81/CE.

¹⁹ La définition de leurs intérêts essentiels de sécurité relève de la seule compétence des États membres, comme l'indique le considérant 16 de la directive (voir aussi l'arrêt du 30 septembre 2003 dans l'affaire T-26/01).

²⁰ Voir l'arrêt du 13 décembre 2007 dans l'affaire C-337/06, Bayerischer Rundfunk, point 64.

1.3 En termes concrets

Conventions internationales portant sur les marchés publics

- Quand un soumissionnaire est originaire d'un pays tiers, les acheteurs publics devraient vérifier s'il relève du champ d'application de l'AMP ou d'un accord bilatéral. Dans le cas contraire, il ne dispose pas d'un accès garanti aux marchés publics de l'Union.

Passation de marchés en application d'accords intergouvernementaux

- Les marchés publics doivent respecter les principes de base de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination ancrés dans les traités de l'Union.
- Les accords de ce type ne permettent pas d'accorder directement des marchés.

Marchés publics relevant de la directive sur les services d'utilité publique

- Dans le cas d'un marché de fournitures, les acheteurs publics devraient vérifier si plus de 50 % des produits contenus dans une offre sont originaires de pays tiers.
- Ils peuvent rejeter l'offre si les pays concernés ne sont pas parties à l'AMP ou à un accord bilatéral.

Marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité

- Ces marchés publics sont exclus de l'AMP et des accords bilatéraux existants.
- Les acheteurs publics ne sont pas obligés de les ouvrir aux opérateurs de pays tiers.

2. Offres anormalement basses

Article 69 de la directive 2014/24/UE

1. Les pouvoirs adjudicateurs exigent que les opérateurs économiques expliquent le prix ou les coûts proposés dans l'offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services.

2. Les explications visées au paragraphe 1 peuvent concerner notamment:

a) l'économie du procédé de fabrication des produits, de la prestation des services ou du procédé de construction;

b) les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux;

c) l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;

d) le respect des obligations visées à l'article 18, paragraphe 2;

e) le respect des obligations visées à l'article 71;

f) l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire.

3. Le pouvoir adjudicateur évalue les informations fournies en consultant le soumissionnaire. Il ne peut rejeter l'offre que si les éléments de preuve fournis n'expliquent pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés, compte tenu des éléments visés au paragraphe 2. Les pouvoirs adjudicateurs rejettent l'offre s'ils établissent que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient aux obligations applicables visées à l'article 18, paragraphe 2.

Pour les acheteurs publics, savoir distinguer, vérifier et rejeter les offres anormalement basses sert à garantir des conditions de concurrence équitables.

Dès l'élaboration du cahier des charges, les acheteurs publics devraient accorder une attention toute particulière aux prix et aux coûts sur lesquels ils peuvent tabler pour les produits ou services demandés. Pour cette estimation, il leur faudra tenir compte de tous les critères présents dans leur documentation, dont les exigences en matière d'exécution du marché et les critères de sélection et d'attribution.

S'ils ont été dûment effectués avant le lancement de la procédure de passation, ces calculs permettront d'éviter des difficultés à un stade ultérieur. En inscrivant dans les documents de l'appel d'offres des informations sur les ordres de grandeur escomptés pour le marché, y compris en termes monétaires, l'acheteur public peut donner aux soumissionnaires des indications utiles sur le niveau de qualité attendu, évitant ainsi de recevoir des offres inadaptées.

À la réception des offres, l'acheteur public aura à apprécier si celles-ci revêtent l'apparence de calculs raisonnables. Par exemple, le prix ou les coûts exposés dans une offre peuvent s'écarter de ceux des autres soumissionnaires, ou de la propre estimation de l'acheteur public, sans que les particularités de l'offre par rapport aux autres ne justifient vraiment la différence. Les acheteurs publics peuvent concevoir des doutes sur la viabilité économique de l'offre, sur les possibilités d'une exécution conforme aux exigences de l'appel d'offres et aux obligations légales en vigueur, voire soupçonner l'offre d'être anormalement basse.

Il faut être au fait des prix pratiqués

- Un impératif: avoir une bonne connaissance du marché
- Avoir en tête le prix des marchés précédents
- Consulter des spécialistes et d'autres adjudicateurs

2.1 Établir le caractère anormalement bas d'une offre

Les directives ne donnent pas de définition de ce qui constitue une offre anormalement basse, ni de méthode particulière pour fixer un seuil d'anomalie. Certains États membres ont mis en place des méthodes d'utilisation facultative ou obligatoire. Les États membres sont libres de fixer des règles ou des méthodes nationales permettant de distinguer les offres suspectées d'être anormalement basses, pour autant que ces règles restent objectives et non discriminatoires²¹. Ils peuvent appliquer des méthodes arithmétiques à partir d'une évaluation de l'écart d'une offre par rapport au prix moyen de toutes les offres²², ou par rapport à la propre estimation de la valeur du marché par l'acheteur public. Une autre méthode valable est de pointer la différence entre l'offre la moins chère et la deuxième offre la moins chère. Les règles peuvent prévoir des seuils en pourcentage pour déterminer les offres anormalement basses. Si le droit national ne donne pas de méthode, les acheteurs publics peuvent élaborer eux-mêmes des méthodes transparentes et non discriminatoires.

Une offre peut paraître anormalement basse au regard de tout paramètre pertinent ou critère d'attribution du marché public. Tel est le cas, par exemple, quand les soupçons sont éveillés par une inadéquation entre la qualité et le prix proposés.

Lorsqu'un acheteur public reçoit une offre qui lui paraît anormalement basse, il est dans l'obligation légale de demander à l'opérateur économique concerné qu'il justifie le prix proposé²³. Il ne peut rejeter une offre sans avoir donné à l'opérateur économique la possibilité d'expliquer et de justifier son prix. Il en va de même s'il a recours à des méthodes arithmétiques pour distinguer les offres suspectes. Ces méthodes ne permettent pas un rejet immédiat de l'offre sans investigation.

²¹ Voir le point 68 de l'arrêt rendu dans les affaires jointes C-285/99 et C-286/99, Impresa Lombardini SpA.

²² Une telle comparaison «relative» (englobant toutes les offres soumises) peut être préférable quand il y a suffisamment d'offres, car c'est elle qui est sensée le mieux refléter les conditions du marché.

²³ Voir l'arrêt précité dans les affaires jointes C-285/99 et C-286/99, points 43 et 73.

Établir le caractère anormalement bas d'une offre

PRENDRE EN CONSIDÉRATION TOUS LES PARAMÈTRES DE L'OFFRE

- L'offre semble-t-elle reposer sur un calcul raisonnable?
- Le soumissionnaire peut-il faire ce qu'il propose pour le prix qu'il propose?
- Existe-t-il une méthode nationale aidant à repérer et à évaluer les offres anormalement basses?

Êtes-vous vraiment convaincu(e) du sérieux de l'offre?

2.2 Vérification des offres anormalement basses

En règle générale, l'acheteur public devrait demander à l'opérateur économique de prouver le sérieux des hypothèses ou pratiques techniques, économiques et juridiques qui sous-tendent son offre. Pour être en mesure d'apprécier les explications fournies par le soumissionnaire, il devrait demander toutes les précisions qu'il estime appropriées²⁴. Plus particulièrement, la jurisprudence impose à l'acheteur public de demander par écrit des précisions sur les éléments de l'offre suspectée d'anomalie qui ont concrètement donné lieu à des doutes de sa part²⁵. L'acheteur public devrait accorder s'intéresser spécialement à la capacité du soumissionnaire de satisfaire à toutes les exigences du cahier des charges, y compris les exigences des marchés publics socialement responsables et écologiques, au prix proposé.

En principe, les acheteurs publics peuvent demander des informations sur toutes les questions qu'ils jugent pertinentes aux fins de l'évaluation du niveau du prix ou des coûts proposés. Aux termes de la directive, ces questions peuvent porter sur l'économie du procédé de fabrication, dont les éléments retenus dans les coûts du cycle de vie proposés, les solutions techniques ou l'originalité de l'offre²⁶. Ce n'est pas là une liste exhaustive.

Les acheteurs publics sont aussi encouragés²⁷ à vérifier que l'offre est conforme aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe X²⁸. Ces obligations s'appliquent directement, même si elles n'ont pas été rappelées dans les documents d'appel d'offres.

Les explications demandées au soumissionnaire peuvent aussi avoir trait à des pratiques commerciales potentiellement déloyales, comme l'existence de subventions étrangères ou d'un dumping faussant le marché intérieur. Dans leurs questions sur l'existence de pratiques commerciales déloyales, les acheteurs publics devraient accorder une attention particulière aux offres proposant des biens ou des services originaires de pays tiers dont les prix et les

²⁴ Voir l'arrêt précité dans les affaires jointes C-285/99 et C-286/99, points 43 et 55.

²⁵ Voir l'arrêt précité dans les affaires jointes C-285/99 et C-286/99, point 51.

²⁶ Article 69, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE.

²⁷ Article 69, paragraphe 2, point d), et paragraphe 3.

²⁸ Article 18, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE.

coûts pourraient être faussés par un soutien d'ordre financier de la part des États concernés. L'évaluation globale de la viabilité d'une offre pourrait intégrer l'éventualité d'un soutien financier d'un État étranger.

Le soumissionnaire devra fournir tous les éléments de preuve lui permettant de justifier son offre. Il peut s'agir d'informations détaillées accompagnées d'une documentation appropriée sur le processus de production, les équipements, les conditions sociales, les certifications, les normes environnementales etc. Les justifications fournies par le soumissionnaire pour attester la viabilité de son offre doivent respecter les termes de l'offre initiale²⁹. À cet égard, il conviendrait que les acheteurs publics ne s'en tiennent pas à demander aux soumissionnaires une déclaration sur l'honneur quant à leurs intentions de respecter ces obligations.

Au cours de son investigation, l'acheteur public peut poser des questions complémentaires, en particulier pour apprécier l'authenticité des informations fournies. Le soumissionnaire pourra être invité à fournir des détails supplémentaires sur des questions et des aspects que l'acheteur public n'aurait pas relevés dans sa demande initiale et qui ne seraient apparus qu'à l'issue de l'évaluation des informations fournies.

Vérification des offres anormalement basses

DEMANDER DES INFORMATIONS AU SOUMISSIONNAIRE

EXEMPLES:

- Comment le soumissionnaire a-t-il calculé les prix et les coûts d'ensemble?
- Comment le soumissionnaire est-il parvenu à un prix donné pour un produit donné?
- Le prix permet-il de remplir toutes les obligations légales et contractuelles?
- Le prix permet-il de satisfaire à toutes les normes de travail et environnementales requises?
- Comment l'offre est-elle financée? Le calcul est-il fiable?
- N'hésitez pas à demander toutes les informations que vous estimez pertinentes.
- Demander des preuves concrètes.

Êtes-vous vraiment convaincu(e) par les explications du soumissionnaire?

2.3 Rejet d'offres anormalement basses

L'acheteur public peut refuser une offre lorsque les éléments de preuves reçus ne l'ont pas convaincu que le soumissionnaire sera bien en mesure d'exécuter le marché au prix ou aux coûts proposés et en conformité avec les documents de l'appel d'offres et toutes les obligations légales en vigueur, et ce sans avoir à justifier son rejet.

²⁹ Arrêt dans l'affaire T-422/11, Computer Resources International, point 87.

La décision de rejet peut être fondée sur un motif, ou une combinaison de facteurs ayant conduit l'acheteur public à son appréciation finale, comme le non-respect des normes de travail et environnementales ou l'existence d'une aide d'État.

Conformément à l'article 69, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE, les acheteurs publics sont tenus de rejeter une offre s'ils constatent que le prix ou les coûts proposés anormalement bas résultent de la non-conformité du soumissionnaire avec le droit de l'Union ou national, les conventions collectives ou les dispositions internationales en matière de droit social et du travail, ou de droit de l'environnement (article 18, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE, lu en combinaison avec l'annexe X de la directive, voir la partie 2 supra).

Rejet d'offres anormalement basses

VOUS DEVEZ ÊTRE CONVAINCU(E)

- Le soumissionnaire doit prouver le sérieux de son offre.
- Est-ce qu'il l'a fait sur tous les points sur lesquels vous l'avez interrogé?
- Estimez-vous que le soumissionnaire satisfait à TOUTES LES EXIGENCES DU MARCHÉ pour le prix proposé?
- Si vous avez toujours des doutes raisonnables, vous pouvez rejeter l'offre.
- Si vous avez établi que l'offre est anormalement basse parce qu'elle contrevient aux obligations légales visées à l'article 18, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE, vous devez la rejeter.

2.4 En termes concrets

Offres anormalement basses

- Les acheteurs publics doivent vérifier si une offre est financièrement fiable, ou anormalement basse.
- Ils doivent demander des informations au soumissionnaire. Ils peuvent poser toutes les questions qu'ils jugent pertinentes.
- S'ils ne sont pas convaincus de la viabilité financière de l'offre, ils peuvent la rejeter.

3. Normes de qualité – Une approche stratégique des marchés publics

La Commission a reconnu l'importance des marchés publics en tant que puissant instrument pour dépenser l'argent du contribuable de manière efficiente, durable et stratégique. Dans sa communication intitulée «Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe»³⁰, elle a souligné que l'utilisation de normes de qualité élevées est capitale pour que les administrations centrales et locales puissent répondre aux défis sociétaux, environnementaux et économiques. En insistant sur l'intérêt particulier d'une passation stratégique des marchés, la Commission vise à sensibiliser les États membres à l'importance de celle-ci, au sein même de l'Union comme dans le cadre d'appels d'offres publiés par des opérateurs de pays tiers.

Les marchés publics stratégiques permettent d'engager les fonds publics de façon plus responsable et stratégique, ils soutiennent les investissements dans l'Union et peuvent contribuer à créer des conditions de concurrence équitables en garantissant que tous les soumissionnaires, quelle que soit leur origine, aient à respecter les mêmes normes.

Les possibilités offertes par les marchés publics stratégiques ne sont pas suffisamment exploitées aujourd'hui. Le prix le plus bas est encore utilisé comme seul critère d'attribution dans plus de la moitié des procédures de passation de marchés, en dépit des directives sur les marchés publics qui laissent aux acheteurs publics toute latitude pour décider de fonder leur choix plutôt sur des critères liés au rapport coût/efficacité et à la qualité.

L'utilisation de considérations qualitatives dans les marchés publics permet aux acheteurs publics d'acquérir des produits et des services plus durables et plus innovants. Ces considérations de qualité peuvent également garantir le respect de normes élevées en matière sociale, environnementale et de travail, pour les opérateurs et produits de l'Union comme de pays tiers.

Les soumissionnaires, produits et services de pays tiers ne sont pas toujours soumis aux mêmes normes élevées que leurs homologues et équivalents dans l'UE. Toutefois, le cadre actuel de l'UE en matière de marchés publics prévoit des règles qui peuvent et devraient être utilisées pour imposer aux soumissionnaires, biens et services de pays tiers les mêmes normes élevées qu'aux soumissionnaires de l'Union. Une approche stratégique des marchés publics entraîne des changements dans le comportement du marché, des acteurs publics et de la société dans son ensemble.

Des normes de qualité claires devraient permettre à l'éventail de soumissionnaires le plus large possible de participer sur un pied d'égalité. Tous les soumissionnaires et produits devraient être tenus de respecter les mêmes normes, critères et exigences de qualité, quel que soit leur lieu d'origine. Des normes de qualité clairement définies permettent aux acheteurs

³⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, «Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe», COM(2017) 572 final.

publics d'établir les conditions propices à une concurrence ouverte et équitable de tous les soumissionnaires.

Des marchés publics socialement responsables, des marchés publics écologiques (MPE) et des marchés publics de l'innovation aident les acheteurs publics à intégrer la durabilité et l'innovation dans leurs appels d'offres.

Les marchés publics socialement responsables visent un effet social sur les collectivités en introduisant des considérations sociales dans les procédures de passation de marchés. Ils peuvent soutenir le développement durable, contribuer aux efforts des administrations publiques pour atteindre les objectifs internationaux en matière de développement durable³¹, promouvoir des marchés et des chaînes d'approvisionnement éthiques et favoriser des retombées sociales positives au niveau national et local. La Commission publiera un guide détaillé sur l'introduction de considérations sociales dans les marchés publics en 2020 et diffusera une série de bonnes pratiques en matière de marchés publics socialement responsables.

Les marchés publics écologiques permettent aux acheteurs publics d'intégrer des exigences environnementales dans toutes les phases de leur processus de passation de marchés. Les MPE encouragent l'achat de biens, de services et de travaux ayant une incidence réduite sur l'environnement tout au long de leur cycle de vie. Ils soutiennent ainsi le développement de technologies et de produits écologiques. En recourant aux MPE, les acheteurs publics peuvent contribuer à la réalisation des objectifs de politique environnementale concernant le changement climatique, l'utilisation efficace des ressources, la consommation durable et l'économie circulaire. Les MPE encouragent également la prise en compte des coûts sur l'ensemble du cycle de vie d'un contrat et non seulement du prix d'achat.

Conformément à la directive sur les véhicules propres, les États membres doivent respecter des objectifs minimaux pour l'acquisition de véhicules propres, dans le but de promouvoir et de stimuler le marché des véhicules propres et économes en énergie. La directive impose aux États membres de faire en sorte que, lors de l'obtention par voie de marchés publics de certains véhicules de transport routier, les acheteurs publics tiennent compte, des incidences énergétiques et environnementales qu'ont ces véhicules tout au long de leur cycle de vie, y compris la consommation d'énergie et les émissions de CO₂ et de certains polluants³².

La Commission propose actuellement, pour 19 groupes de produits³³, des ensembles de critères MPE qui peuvent être directement inclus dans les documents d'appel d'offres. Par

³¹ Par exemple, les objectifs de développement durable (ODD) des Nations unies et en particulier la cible 7 de l'ODD 12 (Promouvoir des pratiques durables dans le cadre de la passation des marchés publics, conformément aux politiques et priorités nationales). La résolution adoptée par l'Assemblée des Nations unies pour l'environnement en mars 2019 invite tous les États membres à œuvrer pour parvenir à une consommation et une production durables, à élaborer des politiques durables de passation des marchés publics et à mettre à jour leurs régimes juridiques en matière de marchés publics conformément à leur engagement à atteindre la cible 7 de l'ODD 12; voir la résolution:

<http://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/28517/French.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

³² Directive (UE) 2019/1161 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 modifiant la directive 2009/33/CE relative à la promotion de véhicules de transport routier propres et économes en énergie

³³ http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm

Dans le contexte international, les groupes de produits suivants présentent un intérêt tout particulier: ordinateurs et écrans (2016), transports routiers (2019), équipements électriques et électroniques dans le

ailleurs, la Commission a élaboré un manuel³⁴ sur les marchés publics écologiques ainsi qu'une mallette de formation en matière de MPE³⁵ pour les acheteurs publics qui est conçue pour les formations et les ateliers. La Commission organise des programmes de formation aux MPE pour les acheteurs publics dans l'UE; elle met également au point une série d'outils sectoriels de calcul des coûts du cycle de vie et a créé une base de données sur les expériences de bonnes pratiques en matière de MPE³⁶.

Les marchés publics de l'innovation peuvent faire référence soit à l'acquisition de processus d'innovation (acquisition de recherche et développement), soit à l'acquisition de résultats d'innovation (acquisition de solutions innovantes). En concevant leurs procédures de passation de marché de façon à encourager l'innovation, les acheteurs publics accroissent les chances d'obtenir des solutions plus modernes, mieux adaptées ou plus polyvalentes, qui sont souvent aussi moins chères, plus respectueuses de l'environnement ou plus responsables socialement. En 2018, la Commission a publié des orientations sur les marchés publics de l'innovation à l'intention des acheteurs publics³⁷.

MARCHÉS PUBLICS SOCIALEMENT RESPONSABLES

Conseils de comté suédois – Devoir de diligence dans la chaîne d'approvisionnement pour des instruments chirurgicaux

L'ONG Swedwatch a signalé l'existence de travail d'enfants, d'environnements de travail dangereux et de violations des obligations internationales en matière de travail dans la production d'instruments chirurgicaux dans des pays tiers. Après la diffusion de ces informations, les conseils de comté suédois ont décidé d'introduire des conditions d'exécution spécifiques dans leurs contrats. Ils exigent que tout fournisseur accepte d'appliquer un devoir de diligence dans sa chaîne d'approvisionnement et de s'employer au respect des obligations internationales en matière sociale et de travail. Grâce à des questionnaires, des audits et une relation étroite avec le fournisseur, les conseils de comté assurent le bon suivi de ces conditions. Cela contribue également à créer des conditions de concurrence équitables entre les opérateurs de l'UE et de pays tiers.

secteur des soins de santé (2014). L'ensemble de critères MPE de l'UE précise, pour chaque critère, si celui-ci doit être utilisé comme critère de sélection, spécification technique, critère d'attribution ou clause d'exécution du contrat. Les critères MPE sont fondés sur le contenu d'une base de données factuelles, sur les critères des labels écologiques existants et sur les informations collectées auprès des acteurs concernés de l'industrie, de la société civile et des États membres. La base de données factuelles utilise les informations et les données scientifiques disponibles, adopte une approche axée sur le cycle de vie et fait participer les acteurs concernés qui se rencontrent pour discuter et trouver des consensus.

³⁴ http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_fr.pdf

³⁵ http://ec.europa.eu/environment/gpp/toolkit_en.htm

³⁶ http://ec.europa.eu/environment/gpp/case_group_en.htm

³⁷ Pour de plus amples informations: Orientations sur la passation de marchés de solutions innovantes, C(2018) 3051 final, publiées le 15 mai 2018, <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2018/FR/C-2018-3051-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>

MARCHÉS PUBLICS ÉCOLOGIQUES

Ville de Hambourg – Asphalte recyclé de qualité

La Ville de Hambourg, qui vise à recycler 100 % des matériaux de construction d'origine lors de la réfection et du resurfaçage des chaussées, a permis à un groupe d'entreprises privées ayant mis au point une technologie de recyclage de tester leur produit sur les voies publiques. Les contrôles ont confirmé la qualité des technologies et la ville a procédé à un appel d'offres restreint. Les sociétés soumissionnaires étaient tenues de respecter certaines étapes dans la production et la fourniture de l'asphalte recyclé. Hambourg a économisé 30 % par rapport aux coûts d'un resurfaçage conventionnel et l'exécution a été plus rapide. L'asphalte «vert» possède les mêmes propriétés et la même durabilité que l'asphalte conventionnel.

MARCHÉS PUBLICS DE L'INNOVATION

Des systèmes informatiques plus économes en énergie grâce à une coopération stratégique en matière de marchés publics dans toute l'UE

Le calcul à haute performance (CHP) revêt une importance stratégique pour l'Europe dans un certain nombre de domaines relevant du secteur public, notamment la cybersécurité, l'énergie, le changement climatique et la santé. Il permet de développer, de tester et d'exécuter des applications particulièrement complexes. En 2014, les principaux centres de supercalcul en Allemagne, en France, en Italie, au Royaume-Uni et en Finlande ont uni leurs forces dans le cadre de l'achat public avant commercialisation PRACE-3IP afin d'acquérir ensemble la recherche et le développement de supercalculateurs plus économes en énergie. La fixation de conditions en matière de lieu d'exécution a permis de garantir que les fournisseurs mènent l'intégralité de la recherche et développement en Europe. Depuis 2017, les centres de supercalcul ont lancé des marchés publics de solutions innovantes sur la base des activités de recherche précédentes.

En vue d'atteindre des normes de qualité sociale, environnementale et technologique élevée, il est capital de fixer des objectifs qualitatifs pour maximiser les effets de la procédure de passation de marchés. Les décisions stratégiques prises par les acheteurs publics au début du processus alimentent les étapes suivantes, qui doivent toutes être conformes à la stratégie d'achat plus large de ceux-ci.

Les acheteurs publics disposent d'une gamme complète d'outils pour intégrer des considérations d'ordre social, environnemental et d'innovation dans les marchés publics. Ils peuvent recourir à diverses solutions pour trouver la meilleure combinaison de spécifications techniques, critères de sélection, critères d'attribution et clauses d'exécution.

3.1 Planification des investissements

- Détermination des besoins et des solutions possibles
- Consultation ouverte et transparente du marché
- Analyse coûts/avantages et évaluation des risques
- Renforcement des capacités et des ressources

Avant de décider de lancer un marché public, les acheteurs publics devraient effectuer une analyse rigoureuse des coûts et des avantages et veiller à ce que les capacités et les ressources nécessaires pour gérer le marché soient disponibles. Il est essentiel de consulter le marché à un stade initial, pour permettre de déterminer les solutions qu'il peut offrir et d'informer les soumissionnaires potentiels de la conception de la procédure de passation de marché et des contrats y afférents. Ces consultations peuvent permettre de combler l'écart entre les besoins des acheteurs publics et les solutions proposées par les fournisseurs potentiels, y compris les petits fournisseurs ou les entreprises sociales. Le dialogue avec les fournisseurs potentiels peut révéler l'existence de solutions innovantes respectueuses de l'environnement ou directement applicables. Il peut en outre aider les acheteurs publics à vérifier la faisabilité de certaines solutions techniques et procédurales ainsi que la disponibilité sur le marché de biens, de travaux et de services présentant les caractéristiques souhaitées. Les acheteurs publics peuvent effectuer une consultation préalable du marché, à condition qu'elle ne fausse pas la concurrence, qu'elle soit ouverte, transparente et non discriminatoire, et que tous les opérateurs intéressés soient traités sur un pied d'égalité³⁸.

Il est également recommandé de consulter d'autres acheteurs publics pour s'informer au sujet de projets et d'achats similaires.

Au début du processus, les acheteurs publics devraient déterminer les risques qui peuvent se poser dans la chaîne d'approvisionnement, y compris les questions éthiques liées au processus de production. Les risques peuvent varier considérablement en fonction de la situation géographique des fournisseurs, en particulier dans les principaux pays exportateurs. Ils peuvent être liés à divers éléments tels que:

- le secteur et la catégorie d'achat et, par conséquent, le type de processus de production concerné (par exemple, les travaux de construction peuvent comporter des risques spécifiques pour la santé et la sécurité; une violation des règles du travail ou l'exposition des travailleurs à des substances dangereuses peuvent se produire dans le cadre de la production textile, etc.);
- la localisation géographique du processus de production (les conditions des travailleurs peuvent varier considérablement dans les principaux pays exportateurs sur le marché);

³⁸ L'article 40 de la directive 24/2014/UE et l'article 58 de la directive 25/2014/UE incluent des dispositions sur les consultations préalables du marché.

- la complexité de la chaîne d’approvisionnement (plus la chaîne d’approvisionnement est complexe et fragmentée, moins il y a de transparence et plus les pratiques frauduleuses et les violations des droits de l’homme sont probables);
- le respect de la vie privée, la protection des données, la confidentialité, les droits de propriété intellectuelle (y compris la législation sur les droits d’auteur) et les obligations en matière de libre accès.

Le choix de la bonne procédure est une condition essentielle à la réussite du marché. Les acheteurs publics devraient envisager soigneusement toutes les options procédurales du cadre juridique.

Par exemple, les processus d’innovation sont le plus souvent obtenus dans le cadre de marchés portant sur des services de recherche et développement (R & D). Les services de R & D peuvent être acquis séparément ou avec la solution finalement mise en œuvre à l’échelle commerciale.

L’UE a exclu du champ d’application des directives les marchés publics de services de R & D dans le cadre desquels l’acheteur public ne réserve pas tous les résultats de la R & D à son usage exclusif³⁹. Les engagements internationaux de l’UE au niveau bilatéral ou multilatéral n’englobent généralement pas ces services. Lorsque les services de R & D font l’objet d’un marché distinct et que les fournisseurs restent propriétaires des droits de propriété intellectuelle résultant de la R & D, comme dans le cas des achats publics avant commercialisation, les opérateurs économiques de pays tiers ne bénéficient pas d’un accès garanti. Ils peuvent être soumis à des conditions en matière de lieu d’exécution.

Lorsque les résultats de l’innovation font l’objet d’un marché, les acheteurs publics doivent veiller à concevoir leurs procédures d’achat de manière à ce que les solutions innovantes et les solutions traditionnelles puissent rivaliser à armes égales. Une utilisation optimale des spécifications fonctionnelles et de performances ainsi que le fait d’autoriser les fournisseurs à présenter des variantes peuvent contribuer à atteindre cet objectif.

Bonnes pratiques

- Connaître et consulter le marché
- Engager un dialogue ouvert et transparent
- Veiller au soutien des décideurs politiques
- Coopérer avec d’autres acheteurs publics
- Choisir une procédure de passation de marché appropriée

³⁹ COM(2007) 799 final et document de travail des services de la Commission associé SEC(2007) 1668 «Pre-commercial Procurement: Driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe».

3.2 Définition de critères de qualité dans le cadre de la procédure de passation de marché

- Définir clairement les critères de qualité dans les documents d'appel d'offres
- Fixer des normes de qualité au moyen de critères d'exclusion, de sélection et d'attribution
- Établir des exigences strictes pour vérifier le respect des critères de qualité (au moyen de l'utilisation de normes et de labels)
- Appliquer des exigences de qualité dans les clauses d'exécution du contrat

Il est important de garder à l'esprit que les spécifications techniques, les exigences et les critères de sélection et d'attribution ainsi que les clauses d'exécution du contrat doivent toujours être liées à l'**objet du contrat**.

Les **spécifications techniques** doivent clairement définir l'objet du contrat, en tenant compte de toutes les exigences de qualité définies dans le processus de planification. Les spécifications techniques peuvent inclure le processus spécifique de production ou de mise à disposition des travaux, des fournitures ou des services demandés à tous les stades de leur cycle de vie⁴⁰. Une conception prospective des spécifications techniques tient compte des moyens de preuve requis.

Les acheteurs publics peuvent, par exemple, exiger que les produits achetés soient fabriqués dans un matériau spécifique ou contiennent un certain pourcentage de matériaux recyclés ou réutilisés. Ils peuvent également prévoir des exigences limitant la présence de substances dangereuses dans le produit. En vertu du droit de l'Union, les acheteurs publics ont l'obligation spécifique d'inclure des exigences minimales d'accessibilité dans les spécifications techniques des produits, des services et de l'environnement bâti qui font l'objet d'un marché et sont destinés à être utilisés par des personnes physiques⁴¹.

Article 18 de la directive 2014/24/UE

[...] 2) Les États membres prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe X.

⁴⁰ Article 42 de la directive 2014/24/UE.

⁴¹ Le 13 mars 2019, le Parlement européen a adopté l'acte législatif européen sur l'accessibilité [directive (UE) 2019/882 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 relative aux exigences en matière d'accessibilité applicables aux produits et services]. Cette directive établit des exigences européennes obligatoires pour certains produits et services, y compris en matière de passation de marchés publics.

Article 57 de la directive 2014/24/UE

[...] 4) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les États membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants: a) lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié, un manquement aux obligations applicables visées à l'article 18, paragraphe 2 [...].

Les **critères d'exclusion** garantissent que l'acheteur public peut compter sur des opérateurs fiables. Les directives énumèrent les motifs d'exclusion. La corruption, la fraude, le blanchiment de capitaux, le travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains, les infractions pénales et terroristes ou une décision contraignante attestant le non-paiement d'impôts ou de cotisations sociales doivent conduire à l'exclusion de la procédure⁴².

Dans d'autres cas, les acheteurs publics peuvent choisir ou être tenus par leur État membre d'exclure un soumissionnaire se trouvant dans une situation qui compromet leur fiabilité⁴³, par exemple en cas de violation des obligations applicables en matière de droit environnemental, social et du travail visées à l'article 18, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE. La directive énumère les normes internationales obligatoires en matière d'environnement et de travail, en particulier celles consacrées dans les conventions «fondamentales» de l'OIT⁴⁴. L'article 71, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE étend cette exigence aux sous-traitants. Dans plusieurs États membres, les règles nationales prévoient explicitement l'exclusion obligatoire des soumissionnaires qui ne respectent pas les obligations applicables en matière de droit environnemental, social et du travail.

Si l'acheteur public a des doutes quant à la validité ou à l'authenticité d'un document requis pour la vérification des motifs d'exclusion, il peut demander des explications complémentaires. Il devrait exiger que la documentation provenant de pays tiers soit fournie dans une langue officielle de l'Union européenne et accompagnée d'une traduction certifiée conforme. D'autres moyens d'authentification peuvent également être requis.

Garantir le respect des obligations en matière de droit environnemental, social et du travail

- Exclusion des soumissionnaires en cas de violation préalable - facultative ou obligatoire
- Obligation de rejeter les soumissionnaires lorsqu'une infraction aboutit à une offre anormalement basse

⁴² Article 57, paragraphes 1 et 2, de la directive 2014/24/UE. Voir aussi l'article 80, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE.

⁴³ La liste exhaustive des catégories figure à l'article 57, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE.

⁴⁴ Convention n° 87 de l'OIT concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical; convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective; convention (n° 29) sur le travail forcé; convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé; convention (n° 138) sur l'âge minimum d'admission à l'emploi; convention (n° 111) sur la discrimination (emploi et profession); convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération; convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants.

- Obligation de veiller à la conformité lors de l'exécution du contrat, y compris par les sous-traitants

Mettre en place et appliquer des normes élevées dans le domaine social, environnemental et du travail

- Définir des critères de sélection
- Définir des exigences en matière d'exécution du contrat (par exemple, interdire l'utilisation de certains produits chimiques)
- Définir des mécanismes adéquats de déclaration et de suivi
- Prévoir des sanctions ou d'autres conséquences en cas d'infraction
- Étendre les obligations aux sous-traitants et aux fournisseurs
- Exiger une coopération en vue de créer des obligations en matière de droit du travail et des chaînes d'approvisionnement durables et responsables et en assurer un contrôle minutieux tout au long de la chaîne d'approvisionnement, y compris au niveau des sous-traitants.

Il est essentiel d'établir des **critères de sélection** appropriés pour garantir la capacité des soumissionnaires à exécuter le marché. Dans les procédures restreintes et négociées ainsi que dans les dialogues compétitifs, ces critères sont utilisés pour présélectionner les candidats invités à soumissionner. Les directives⁴⁵ contiennent une liste exhaustive des catégories de critères de sélection pouvant être exigés, lesquels peuvent avoir trait à la capacité financière, à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle ainsi qu'aux capacités techniques et à l'expérience du soumissionnaire.

Les critères de sélection peuvent inclure le fait que l'équipe chargée de l'exécution du contrat ait suivi une formation spécifique ou dispose de compétences particulières (par exemple en matière de manipulation de matières dangereuses ou d'installation de technologies complexes) ainsi que certaines qualifications professionnelles ou la disponibilité d'équipements nécessaires. Les acheteurs publics peuvent également exiger la preuve que les soumissionnaires ont de l'expérience dans la réalisation de projets similaires ou connexes. Les critères de sélection doivent être strictement et spécifiquement adaptés aux caractéristiques nécessaires à la réalisation du contrat; ils peuvent s'avérer très efficaces pour préserver les intérêts de l'acheteur public, pour autant qu'ils soient non discriminatoires.

Dans plus de la moitié des procédures de passation de marchés, le seul **critère d'attribution** utilisé est celui du prix le plus bas. Les critères qualitatifs sont encore sous-utilisés, bien que les directives sur les marchés publics offrent aux acheteurs publics une grande souplesse pour réaliser des achats sur la base de critères de rentabilité et de qualité. Les acheteurs publics peuvent tenir compte du meilleur rapport qualité/prix lors de l'évaluation de l'offre économiquement la plus avantageuse, et sont encouragés à le faire.

⁴⁵ Article 58 de la directive 2014/24/UE. Voir aussi l'article 80, paragraphe 2, de la directive 2014/25/UE.

Si les acheteurs publics choisissent d'utiliser le meilleur rapport qualité/prix au lieu du prix ou du coût le plus bas, l'évaluation de l'offre tient compte de différents critères, y compris des considérations sociales et environnementales, la qualité et le prix ou le coût.

Par exemple, les acheteurs publics peuvent donner la préférence aux soumissionnaires qui:

- offrent de meilleures conditions de travail dans le cadre de l'exécution du contrat;
- favorisent l'intégration des travailleurs handicapés et défavorisés;
- utilisent les innovations de manière intelligente pour offrir des solutions de meilleure qualité ou moins coûteuses et
- proposent des biens produits de manière durable.

Cela est indépendant de l'existence d'obligations légales de garantir de telles conditions de travail ou de respecter des critères de durabilité.

Une évaluation du coût du cycle de vie permet également d'apprécier l'incidence des produits sur l'environnement. Les attributions qui sont fondées sur le critère du seul prix ne permettent pas aux acheteurs publics de prendre en compte les coûts et les bénéfices à long terme des projets, ce qui conduit à un rapport qualité/prix inférieur. Le calcul des coûts du marché sur tout son cycle de vie est particulièrement important pour les projets d'infrastructure à long terme, qui tendent à avoir des coûts d'investissement et d'exploitation élevés. En ce sens, en 2013 déjà, la Commission⁴⁶ recommandait aux États membres d'utiliser la méthode de l'empreinte environnementale de produit ou la méthode de l'empreinte environnementale d'organisation pour mesurer le cycle de vie. L'évaluation du coût du cycle de vie peut englober, par exemple, l'extraction et le raffinage des matières premières, la fabrication et les autres phases de production jusqu'aux phases d'utilisation et d'élimination.

Les acheteurs publics devraient retenir les critères d'attribution qui leur permettent d'obtenir des travaux, des fournitures ou des services correspondant idéalement à leurs besoins⁴⁷. Une définition précise de critères d'attribution fondés à la fois sur la qualité et le prix offre aux acheteurs publics un bon moyen pour stimuler la concurrence entre soumissionnaires et obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse tout en poursuivant des objectifs stratégiques.

L'utilisation de **normes**, de **labels** ou de **certifications** dans la passation de marchés publics constitue pour les acheteurs publics un moyen pratique et fiable de vérifier la conformité des soumissionnaires à certaines exigences sectorielles ou de qualité. Les normes ou labels utilisés dans les procédures de passation de marché font généralement référence à l'assurance de la qualité, à la certification environnementale, aux écolabels, aux systèmes de gestion environnementale ainsi qu'aux produits issus du commerce équitable. Les labels et les exigences liées aux labels peuvent être utilisés pour fixer des normes minimales de qualité dans les spécifications techniques ou améliorer la note d'offres plus ambitieuses au moyen des critères d'attribution. Les candidats qui satisfont aux exigences liées à un label sans l'avoir obtenu doivent avoir la possibilité de prouver leur conformité par d'autres moyens.

⁴⁶ Recommandation de la Commission du 9 avril 2013 relative à l'utilisation de méthodes communes pour mesurer et indiquer la performance environnementale des produits et des organisations sur l'ensemble du cycle de vie (2013/179/UE), JO L 124 du 4.5.2013, p. 1. Voir également les développements dans le cadre de la phase EU Pilot et de la phase de transition: <http://ec.europa.eu/environment/eussd/smgp/index.htm>

⁴⁷ Voir le considérant 92 de la directive 2014/24/UE.

Les acheteurs publics devraient se référer uniquement à des normes établies par des organismes indépendants, de préférence au niveau européen ou international, tels que le label écologique de l'UE⁴⁸, le système de management environnemental et d'audit (EMAS), l'empreinte environnementale de produit/empreinte environnementale d'organisation, ou des certifications délivrées au niveau de l'UE, comme le marquage CE, ou par l'Organisation internationale de normalisation (ISO). L'utilisation de normes, de labels ou de certifications européens garantit la conformité des solutions choisies avec la législation de l'Union sur la sécurité, la protection de la santé publique, l'environnement, etc. Quand les acheteurs publics exigent une certification nationale ou régionale, ils doivent accepter des certifications équivalentes délivrées par d'autres États membres de l'UE, ou tout autre document attestant le respect des exigences. Des exigences claires et sans équivoque sur la manière de fournir les éléments de preuve nécessaires concernant les équivalences en matière de normes de qualité, de sécurité et de protection de la santé publique peuvent contribuer à garantir efficacement des normes élevées dans le domaine de l'environnement, entre autres.

L'inclusion de **clauses d'exécution du contrat** constitue souvent un moyen efficace et approprié de promouvoir des normes de qualité élevées. Elles peuvent concerner des aspects qualitatifs de l'exécution du contrat, y compris dans le domaine économique, social, environnemental, de l'emploi et de l'innovation. Les clauses d'exécution du contrat doivent être liées à l'objet du contrat et ne peuvent pas exiger la mise en place de politiques d'entreprise générales.

Les contractants peuvent être tenus de garantir que tous les produits proposés, quelle que soit leur origine, respectent des normes de qualité, sociales et environnementales élevées, lesquelles doivent être clairement définies dans les documents d'appels d'offres.

Par exemple, le contractant peut être invité à:

- recruter des travailleurs issus de milieux défavorisés;
- fournir au personnel une formation professionnelle ou une formation à la sécurité liée à l'exécution spécifique du contrat;
- déclarer les émissions ou les mesures pour détecter et prévenir les violations des droits de l'homme;
- adopter des mesures spécifiques en matière d'élimination des déchets.

Des clauses spécifiques d'exécution du contrat peuvent être utilisées pour exiger des opérateurs qu'ils respectent un code de conduite leur imposant de diffuser des informations concernant leurs fournisseurs et le respect des conditions de travail, mais également qu'ils décèlent, préviennent et atténuent les risques de violation des droits de l'homme, conformément aux principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme ainsi qu'au guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises. Les acheteurs publics peuvent également exiger que les soumissionnaires respectent, dans le cadre de l'exécution du contrat, les normes internationales fondamentales en matière de travail, indépendamment des obligations légales applicables dans le pays du soumissionnaire ou dans le lieu de production. Si une infraction

⁴⁸ www.ecolabel.eu

est détectée, les contractants peuvent être tenus de prendre des mesures coercitives et d'appliquer des sanctions à l'égard du fournisseur pouvant aller jusqu'à la suspension de la fourniture.

Les contractants peuvent être expressément tenus de se conformer à des normes environnementales et sociales qui ne sont pas imposées par le droit de l'Union ou le droit national. De même, les contractants étrangers peuvent être tenus de se conformer à des obligations légales imposées aux opérateurs économiques de l'Union dans l'exécution du contrat, qu'ils soient ou non soumis aux mêmes obligations légales. Ces exigences peuvent également être appliquées à la production des biens faisant l'objet du contrat.

Le non-respect de ces conditions dans l'offre entraîne le rejet de cette dernière. Ces exigences contribuent à uniformiser les conditions de concurrence qui pourraient être inégales en raison de l'existence d'obligations légales différentes dans le pays d'origine du soumissionnaire et celui où il propose des services ou des biens.

Bonnes pratiques

- Utiliser toute la gamme d'outils: exclusion, sélection, attribution, exécution du contrat
- Adapter les critères à chaque marché spécifique
- Veiller à ce que tous les soumissionnaires et fournisseurs soient tenus de satisfaire aux mêmes exigences

3.3 Suivi de l'exécution du contrat

- Application des normes de qualité au niveau de l'exécution du contrat
- Obligations de déclaration
- Sanctions clairement définies

L'utilisation de critères de qualité dans les marchés publics n'est efficace que si l'acheteur public garantit un niveau élevé d'expertise dans la préparation des offres et la procédure de sélection et s'il assure un suivi continu et efficace de l'exécution du contrat et veille à ce que le contractant demeure conforme aux exigences de l'appel d'offres tout au long de l'exécution du contrat.

Le suivi du contrat peut prendre diverses formes et exiger différents degrés d'engagement de la part de l'acheteur public. Les exigences ci-après peuvent faire partie des conditions contractuelles:

- rendre compte périodiquement de certains aspects de l'exécution;
- remplir les questionnaires concernant le respect des clauses du contrat;
- fournir des preuves écrites de conformité ou
- permettre la réalisation d'audits ou d'inspections sur place.

Les obligations applicables en matière environnementale, sociale et du travail devraient toujours faire l'objet d'un contrôle approfondi, y compris au niveau des sous-traitants et, le cas échéant, tout au long de la chaîne d'approvisionnement. L'inclusion de sanctions et de systèmes de mise en œuvre progressive des conditions permet également aux acheteurs publics de faire pression sur le contractant pendant la phase d'exécution du contrat afin de garantir le respect des modalités du contrat.

La définition de méthodes d'engagement avec le contractant, consistant, par exemple, à exiger des explications, à fixer des délais pour remédier à une situation ou à adresser des avertissements permet de renforcer considérablement le pouvoir de négociation de l'acheteur public.

L'établissement de conditions contractuelles et de méthodes de contrôle réalistes accroît les probabilités de bonne exécution du contrat et garantit le maintien, tout au long de l'exécution du contrat, des conditions de concurrence équitables instaurées au moment du lancement du marché.

Bonnes pratiques

- Seul un suivi permet de garantir que les contractants respectent VOS exigences.
- Mettre en place des mécanismes de suivi simples et efficaces.
- Exploiter toute la gamme des outils de communication modernes à des fins de suivi à distance.
- Faire appel à des ONG ou à des organismes spécialisés pour assurer un suivi indépendant des contrats.

3.4 En termes concrets

Établir des normes de qualité élevées et des conditions de concurrence équitables

- Les acheteurs publics sont encouragés à utiliser les marchés publics comme un instrument stratégique pour favoriser des ambitions sociétales telles que les objectifs en matière sociale, écologique et d'innovation.
- Dans la conception de leurs marchés, les acheteurs publics devraient veiller à ce que les soumissionnaires de l'UE et des pays tiers soient tenus de respecter les mêmes normes, ce qui permettrait de garantir des conditions de concurrence équitables.
- Lors de la définition des exigences de leurs appels d'offres, ils devraient s'appuyer sur les spécifications techniques et les critères d'exclusion, de sélection et d'attribution pour fixer des normes de qualité élevées applicables à tous les soumissionnaires, quelle que soit leur origine.
- Ils devraient utiliser les clauses d'exécution du contrat pour s'assurer que les normes de qualité sont effectivement mises en œuvre par tous les opérateurs pendant l'exécution du contrat, quel que soit le lieu de production.
- Ils devraient introduire et mettre en œuvre des mécanismes de suivi efficaces afin de garantir le respect de ces normes.
- Plusieurs orientations de la Commission soutiennent les acheteurs publics dans l'intégration des exigences de qualité.

4. Assistance pratique apportée par la Commission européenne

La Commission européenne fournit une assistance pratique aux acheteurs publics et aux États membres sous plusieurs formes⁴⁹. Celle-ci s'inscrit dans le cadre du partenariat créé par la communication de la Commission «Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe». La Commission favorise ainsi l'échange d'informations, de connaissances et d'expériences. Cette communication a servi de base à un large dialogue politique, ainsi qu'à une coopération et collaboration avec les autorités nationales et locales, les institutions de l'UE et d'autres parties prenantes, sous la houlette de la Commission.

Pour les grands projets d'infrastructure, la Commission propose une aide par l'intermédiaire du service d'assistance et du mécanisme de notification dans le cadre de l'«évaluation ex ante des aspects relatifs à la passation de marchés pour les grands projets d'infrastructure»⁵⁰. Dans de tels projets d'infrastructure majeurs, les acheteurs publics sont exposés à un plus grand risque que les projets ne soient pas achevés à temps ou mis à disposition dans les délais, que les coûts augmentent pour diverses raisons au cours de la phase de mise en œuvre ou qu'ils aient à assumer finalement certains risques. Les fonds publics pourraient être dépensés d'une manière n'assurant pas toujours la plus grande valeur ajoutée possible pour les citoyens et la société. Par conséquent, les acheteurs publics sont encouragés à tirer parti de toute la palette d'assistance disponible.

Une vue d'ensemble des différents mécanismes apportant des éclaircissements et une assistance est présentée ci-dessous⁵¹.

Vue d'ensemble de l'assistance pratique

- Service d'assistance et mécanisme de notification pour les grands projets d'infrastructure
- Réseaux de parties prenantes, y compris des ateliers, en particulier sur les marchés publics écologiques et socialement responsables et la professionnalisation
- Conférences de haut niveau régulières sur diverses questions thématiques, notamment les critères d'attribution, les marchés publics stratégiques, la transparence, la professionnalisation, les grandes infrastructures, l'amélioration de l'accès aux marchés publics, la transformation numérique et les nouveaux projets et défis
- Centre de compétences numériques «Des outils pour aider les acheteurs publics»
- Publication d'orientations, y compris sur les marchés publics de l'innovation, les marchés publics écologiques, les marchés publics dans le domaine de la défense, de même qu'à destination des praticiens gérant des fonds européens

⁴⁹ https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_fr

⁵⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions «Encourager les investissements par l'évaluation ex ante volontaire des aspects relatifs à la passation de marchés pour les grands projets d'infrastructure», COM(2017) 573.

⁵¹ Tous les liens et références utiles figurent dans la partie «5. En bref».

5. En bref

Le cadre juridique et les possibilités qu'il offre

Le cadre législatif actuel de l'Union en matière de marchés publics comprend des directives régissant les marchés publics, les services d'utilité publique, les concessions et les marchés publics de la défense et de la sécurité, ainsi que l'accès aux procédures de recours. Les règles énoncées dans ces instruments juridiques offrent aux acheteurs publics dans toute l'UE une grande flexibilité pour acheter des biens, des services et des travaux.

- Elles donnent la possibilité d'utiliser des critères de qualité et d'attribuer des marchés sur la base du meilleur rapport qualité/prix et du coût du cycle de vie.
- Elles leur permettent de sélectionner la procédure de passation de marchés la plus appropriée et la plus efficace.
- Elles leur permettent également de choisir quels critères de qualité introduire dans les documents d'appel d'offres.
- Elles mettent à leur disposition des mécanismes pour garantir le respect des obligations en matière environnementale, sociale et de travail.
- Elles leur laissent une grande liberté dans la préparation de l'appel d'offres en leur donnant la possibilité d'engager un dialogue avec le marché et les parties prenantes concernées.
- Elles les dotent d'instruments pour traiter les offres dont le prix est anormalement bas.
- Elles déterminent quels soumissionnaires de pays tiers bénéficient d'un accès garanti aux marchés publics de l'UE.

De manière générale, les directives donnent aux acheteurs publics une grande souplesse pour adapter leurs marchés à leurs besoins.

Questions et réponses

- Un acheteur public peut-il exiger le respect de normes sociales, environnementales et de travail allant au-delà des exigences légales en vigueur sur le lieu d'exécution du contrat?
Oui, un acheteur public peut fixer de telles exigences pour autant qu'elles soient non discriminatoires, aient un lien avec l'objet du marché et soient compatibles avec le droit de l'Union.
- N'est-il pas injuste d'exiger des soumissionnaires qu'ils respectent des normes sociales, environnementales et de travail allant bien au-delà des obligations légales leur incombant?
Non, les obligations légales peuvent être très différentes selon le lieu d'établissement du soumissionnaire ou du lieu de production des biens. Exiger uniquement le respect du droit local peut fausser la concurrence. Des exigences adaptées qui s'appliquent à tous les soumissionnaires et produits contribuent à créer des conditions de concurrence équitables.
- Comment un acheteur public devrait-il se préparer à un appel d'offres dans lequel il envisage d'utiliser des critères de qualité?
Les acheteurs publics devraient s'appuyer d'abord sur une évaluation de leurs propres besoins et des solutions potentielles. Ils peuvent consulter les opérateurs du marché et d'autres parties prenantes. Tout instrument utile peut être utilisé pour autant que l'acheteur public fasse preuve de transparence et traite tous les soumissionnaires potentiels sur un pied d'égalité.
- Fixer de nombreux critères de qualité et les appliquer à tous les soumissionnaires ne fait-il pas que créer une charge administrative?
Fixer des exigences de qualité permet à l'acheteur d'investir dans des produits et services plus durables, socialement responsables et innovants et de garantir une concurrence loyale au profit des citoyens. Il appartient à chaque acheteur public de décider quelle est la manière la plus efficace d'engager les deniers publics pour atteindre le résultat souhaité. Cette souplesse s'accompagne de certaines obligations, comme la mise en place d'un suivi adéquat.
- Comment intégrer des critères de qualité et de durabilité dans les documents d'appel d'offres?
Les acheteurs publics disposent d'une grande flexibilité. Ils peuvent intégrer ces considérations dans les critères de sélection, les spécifications techniques, les critères d'attribution et les clauses d'exécution du contrat, pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché. Ces critères doivent être clairement définis, objectifs et ne pas donner lieu à une discrimination entre les soumissionnaires potentiels, de manière à créer des conditions de concurrence équitables dans lesquelles les soumissionnaires peuvent entrer en concurrence sur la base des mêmes normes qualitatives élevées.
- La violation des obligations en matière sociale, environnementale et de travail peut-elle entraîner l'exclusion d'un soumissionnaire?
Oui, les acheteurs publics ont la possibilité d'exclure un soumissionnaire qui ne respecte pas les obligations applicables en matière sociale, environnementale et de travail.

- Est-il possible pour un acheteur public de vérifier le respect des conditions légales et «sur mesure» pour les soumissionnaires et les biens?

Un acheteur public dispose de nombreuses possibilités pour vérifier ces conditions. Il peut, par exemple, demander des rapports au soumissionnaire ou à des organisations non gouvernementales ou organismes de contrôle de la qualité indépendants.

- Tous les opérateurs économiques du monde entier peuvent-ils avoir accès aux marchés publics de l'UE?

Non, seuls les opérateurs couverts par des accords commerciaux multilatéraux et bilatéraux bénéficient d'un accès garanti aux marchés publics de l'UE.

- Que devrait faire un acheteur public s'il soupçonne que le prix proposé par le soumissionnaire d'un pays tiers est trop bas? Est-il possible de demander davantage d'informations?

Oui, il est non seulement possible, mais souhaitable, de prendre davantage de renseignements de manière à ce que l'acheteur public puisse s'assurer de la fiabilité de l'offre et garantir des conditions de concurrence équitables entre tous les participants à l'appel d'offres.

- Quel type d'information peut-on demander pour vérifier si l'offre est anormalement basse?

Toute information susceptible d'aider l'acheteur public à évaluer la viabilité de l'offre.

- Quand une offre devrait-elle être rejetée comme anormalement basse?

Une offre peut être rejetée lorsque l'acheteur public n'est pas convaincu par l'explication fournie par le soumissionnaire.

Outils de soutien et orientations de la Commission en matière de marchés publics

- [Communication de la Commission: Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=COM:2017:572:FIN) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=COM:2017:572:FIN>
- [Site web de la Commission sur les marchés publics](https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_fr): https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_fr
- [Centre de compétences numériques «Des outils pour aider les acheteurs publics»](https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers_fr): https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers_fr
- [Recommandation de la Commission sur la professionnalisation de la passation des marchés publics – Concevoir une architecture pour la professionnalisation de la passation des marchés publics](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32017H1805): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32017H1805>
- [Communication de la Commission: Boucler la boucle – Un plan d'action de l'Union européenne en faveur de l'économie circulaire](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52015DC0614): <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52015DC0614>
- [Des marchés publics pour une économie circulaire – Bonnes pratiques et orientations](http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/cp_european_commission_brochure_fr.pdf): http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/cp_european_commission_brochure_fr.pdf
- [Acheter vert! – Un manuel sur les marchés publics écologiques](http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_fr.pdf): http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_fr.pdf
- [Critères MPE de l'UE](http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm): http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm
- [Bonnes pratiques en matière de MPE](http://ec.europa.eu/environment/gpp/case_group_en.htm): http://ec.europa.eu/environment/gpp/case_group_en.htm
- [Helpdesk MPE](http://ec.europa.eu/environment/gpp/helpdesk.htm): <http://ec.europa.eu/environment/gpp/helpdesk.htm>
- [Mallette de formation en matière de MPE pour les acheteurs publics](http://ec.europa.eu/environment/gpp/toolkit_en.htm): http://ec.europa.eu/environment/gpp/toolkit_en.htm
- [Programmes de formation MPE](http://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm): http://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm
- [Outils de calcul du coût du cycle de vie pour les MPE](http://ec.europa.eu/environment/gpp/lcc.htm): <http://ec.europa.eu/environment/gpp/lcc.htm>
- [Méthode de l'empreinte environnementale d'organisation/de produit](http://ec.europa.eu/environment/eussd/smgp/policy_footprint.htm): http://ec.europa.eu/environment/eussd/smgp/policy_footprint.htm
- [Ateliers «Buying for Social Impact»](https://www.aeidl.eu/en/projects/social-development/bsi-buying-for-social-impact.html): <https://www.aeidl.eu/en/projects/social-development/bsi-buying-for-social-impact.html>
- [Acheter social – Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale](https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cb70c481-0e29-4040-9be2-c408cddf081f/language-fr): <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cb70c481-0e29-4040-9be2-c408cddf081f/language-fr>
- [Orientations sur la passation de marchés de solutions innovantes](https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2018/FR/C-2018-3051-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF): <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2018/FR/C-2018-3051-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>
- [Boîte à outils, Assistance européenne pour les marchés de l'innovation](http://www.eafip.eu/): <http://www.eafip.eu/>
- [Réseau européen des centres de compétence en marchés publics de l'innovation](http://www.procure2innovate.eu/): <http://www.procure2innovate.eu/>
- [Marché public – Guide d'orientation à destination des praticiens](https://ec.europa.eu/regional_policy/fr/information/publications/guidelines/2015/public-procurement-guidance-for-practitioners): https://ec.europa.eu/regional_policy/fr/information/publications/guidelines/2015/public-procurement-guidance-for-practitioners
- [Orientations de la Commission pour la passation de marchés basée sur la coopération dans les domaines de la défense et de la sécurité](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1563529565030&uri=CELEX:52019XC0508(01)): [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1563529565030&uri=CELEX:52019XC0508\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1563529565030&uri=CELEX:52019XC0508(01))

- [Orientations relatives à la passation de marchés de gouvernement à gouvernement dans les domaines de la défense et de la sécurité: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52016XC1202%2801%29](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52016XC1202%2801%29)
- [Recommandation relative à l'accès des sous-traitants et des petites et moyennes entreprises aux marchés transfrontières dans le secteur de la défense: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32018H0624](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32018H0624)