

**Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux <sup>(1)</sup>**

(2002/C 203 E/31)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

COM(2002) 236 final — 2000/0115(COD)

*(Présentée par la Commission le 6 mai 2002 conformément à l'article 250, paragraphe 2, du traité CE)*

## 1. Historique

Transmission des propositions au Conseil et au Parlement européen [COM(2000) 275 final — 2000/0115(COD)] conformément à l'article 175, paragraphe 1 du traité: 12 juillet 2000

Avis du Comité économique et social: 26 avril 2001

Avis du Comité des régions: 13 décembre 2000

Avis du Parlement européen — première lecture: 17 janvier 2002

## 2. Objectif de la proposition de la Commission

La proposition vise à refondre la législation communautaire en matière de marchés publics, qui a pour objet la création d'un véritable marché intérieur européen dans le domaine des achats publics. Cette législation n'a pas pour objet de remplacer le droit national, mais d'assurer le respect des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence lors de la passation des marchés publics dans l'ensemble des États membres.

Cette proposition, qui fait suite au débat lancé par le Livre Vert sur les marchés publics, poursuit un triple objectif de modernisation, de simplification et de plus grande flexibilité du cadre juridique existant en la matière: modernisation pour tenir compte de nouvelles technologies et des modifications de l'environnement économique, simplification afin que les textes actuels soient plus facilement compréhensibles pour les utilisateurs, de façon que les marchés soient passés en parfaite conformité aux normes et principes régissant la matière et que les sociétés impliquées soient en position de mieux connaître leurs droits, et flexibilité des procédures pour répondre aux besoins des acheteurs publics et des opérateurs économiques.

De plus, la refonte des trois actes législatifs en vigueur mettra à la disposition des opérateurs économiques et des pouvoirs adjudicateurs et du citoyen européen un texte unique clair et transparent.

## 3. Avis de la Commission sur les amendements adoptés par le Parlement

La Commission a accepté, soit dans leur intégralité, soit en partie, soit quant à leur esprit ou avec reformulation, 63 amendements des 103 amendements adoptés par le Parlement européen.

### 3.1. Amendements acceptés par la Commission dans leur intégralité ou reformulés pour des raisons purement formelles (amendements 1, 141, 4, 13, 125, 17, 50, 85, 88, 97 et 112)

L'amendement 1 propose un nouveau considérant reconnaissant que la participation d'organismes de droit public à une procédure de passation de marchés publics peut entraîner certaines distorsions de concurrence et prévoyant donc que les États membres puissent établir certaines règles concernant les méthodes à utiliser pour le calcul du prix/coût réel des offres.

L'amendement 141 introduit un nouveau considérant soulignant que la directive ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur prenne ou applique les mesures nécessaires à la protection d'exigences d'intérêt général: ordre, moralité, sécurité et santé publics, vie humaine, animale et végétale. La Commission accepte cet amendement en soulignant qu'il faut le rédiger de manière à reproduire les dispositions du traité (article 30):

considérant: «(6) Aucune disposition de la présente directive, n'interdit à un pouvoir adjudicateur d'imposer ou d'appliquer des mesures nécessaires à la protection de l'ordre, de la moralité et de la sécurité publiques, de la santé et de la vie humaine, animale ou végétale, en particulier dans l'optique du développement durable, à condition que ces mesures ne soient pas discriminatoires et ne soient contraires ni à l'objectif de l'ouverture des marchés dans le secteur des marchés publics ni au traité.»

L'amendement 4 introduit un nouveau considérant lié à l'amendement 40. Il vise à éclaircir, dans la ligne de la jurisprudence de la Cour [arrêt «Teckal» <sup>(2)</sup>] les conditions permettant aux pouvoirs adjudicateurs d'attribuer directement des marchés publics à une entité formellement distincte, mais sur laquelle ils exercent un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services.

<sup>(1)</sup> JO C 29 E du 30.1.2001, p. 11.

<sup>(2)</sup> Arrêt du 18 novembre 1999 dans l'affaire C-107/98, Rec. 1999, p. I-8121.

L'amendement 13 introduit un nouveau considérant qui souligne l'obligation des États membres d'adopter les mesures nécessaires pour l'exécution et la mise en œuvre de la directive et d'examiner si la création d'une autorité indépendante en matière de marchés publics est nécessaire.

L'amendement 125 modifie le considérant 31. Il introduit les prestations des ingénieurs parmi les exemples de prestations dont la rémunération est réglementée par des dispositions nationales qui ne doivent pas être affectées.

L'amendement 17 introduit un nouveau considérant invitant la Commission à examiner l'éventualité d'adopter une proposition de directive visant à réglementer les concessions et le projet financing.

Cet amendement est accepté légèrement modifié pour des raisons institutionnelles:

«(46) La Commission est invitée à examiner la possibilité de renforcer la sécurité juridique dans le secteur des concessions et partenariats public/privé et d'adopter, si elle le jugera nécessaire, une proposition législative.»

L'amendement 50 modifie l'article 27 — le titre et le paragraphe 1 — afin d'assurer que les soumissionnaires disposent des informations nécessaires sur les législations environnementale, fiscale et sociale applicables au lieu de la prestation et d'obliger les pouvoirs adjudicateurs à indiquer dans le cahier des charges l'organisme ou les organismes auprès desquels les informations pertinentes sur ces législations peuvent être obtenues.

L'amendement 85 modifie l'article 46, paragraphe 2, point c), — concernant la possibilité d'exclure un candidat ou un soumissionnaire pour délit affectant sa moralité professionnelle — pour que l'exclusion n'intervienne qu'après une condamnation définitive conformément au droit national applicable.

L'amendement 88 supprime, à l'article 46, paragraphe 2, le point h) prévoyant la «possibilité» d'exclure un candidat ou un soumissionnaire ayant été condamné pour fraude ou toute autre activité illégale au sens de l'article 280 du traité autre que celle visées au paragraphe premier (obligation d'exclusion).

L'amendement 97 introduit un nouvel article 50 bis qui prévoit que si un pouvoir adjudicateur demande un certificat relatif à un système de gestion environnementale, il doit accepter les certificats EMAS, ceux conformes aux normes internationales ainsi que tout autre moyen de preuve équivalent. Cet amendement doit être lu avec l'amendement 93 relatif à la capacité technique; dans certains cas appropriés en effet — par exemple, en ce qui concerne la capacité de respecter un éco-système lors de la réalisation d'un ouvrage public — un système de management environnemental peut attester de la capacité technique.

Pour ces cas il est utile de prévoir les moyens de preuve possibles, et la reconnaissance de l'équivalence de manière à garantir que l'on ne réserve pas des marchés aux seuls détenteurs de certains certificats. Cet amendement reprend en substance les dispositions de l'article 50 relatifs aux certificats d'assurance qualité.

L'amendement 112 propose de compléter l'annexe VII A, Avis de marché, point 11 a) — concernant le nom et l'adresse du service auprès duquel le cahier des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés — par le numéro de téléphone et de télécopieur et par l'adresse électronique.

3.2. *Amendements acceptés par la Commission avec reformulation, en partie ou en substance (amendements 2, 5, 168, 126-172, 21, 175, 7, 142, 171-145, 9, 137, 138, 45, 46, 47-123, 109, 10, 127, 11, 51, 15, 100, 170, 23, 54, 65, 24, 30, 93, 95, 31, 147, 34, 35, 36, 121, 38, 40, 5, 150, 70, 74, 77-132, 80, 86, 87, 89, 153, 104, 110, 113, 114)*

L'amendement 2 introduit un nouveau considérant, visant à souligner l'intégration de la politique de l'environnement dans celle des marchés publics. L'article 6 impose l'intégration de la protection de l'environnement dans les autres politiques: cela implique que les politiques respectives de l'environnement et des marchés publics soient conciliées. La Commission considère donc qu'il faut permettre aux acheteurs publics d'acquérir des produits/services «verts», au meilleur rapport qualité/prix. Elle reprend l'amendement en le reformulant comme suit.

Considérant: «(5) Conformément à l'article 6 du traité instituant la Communauté européenne, les exigences de la protection de l'environnement sont intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté visées à l'article 3 de ce traité, en particulier afin de promouvoir le développement durable.

La présente directive clarifie donc comment les pouvoirs adjudicateurs peuvent contribuer à la protection de l'environnement et à la promotion du développement durable tout en garantissant aux pouvoirs adjudicateurs de pouvoir obtenir pour leurs marchés le meilleur rapport qualité/prix.»

L'amendement 5 est lié aux amendements 168, 126-172 et 21: l'ensemble de ces amendements introduit des dispositions permettant aux pouvoirs adjudicateurs d'effectuer leurs achats en recourant à une centrale d'achat.

L'amendement 5 prévoit un nouveau considérant justifiant l'introduction d'une définition et d'un régime de dispense de procédures pour les pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils achètent par l'intermédiaire de centrales d'achats qui sont elles mêmes des pouvoirs adjudicateurs.

L'amendement 168 introduit un nouveau considérant visant à justifier les achats de fournitures et de services auprès de centrales d'achat pour autant que celles-ci aient respecté les règles de procédure de la directive. La Commission considère que le recours à de telles centrales doit être possible également pour les travaux.

La Commission accepte ces amendements modifiés et réunis dans un seul considérant comme suit:

«(13) Certaines techniques de centralisation des achats se sont développées dans des États membres. Plusieurs pouvoirs adjudicateurs sont chargés d'effectuer des acquisitions ou de passer des marchés publics/destinés à d'autres pouvoirs adjudicateurs. Ces techniques permettent, du fait de l'importance des volumes achetés, d'élargir la concurrence et d'améliorer l'efficacité de la commande publique. Il convient donc de prévoir une définition communautaire des centrales d'achat destinées aux pouvoirs adjudicateurs. Il convient également de définir les conditions auxquelles, dans le respect des principes de non discrimination et d'égalité de traitement, les pouvoirs adjudicateurs qui acquièrent des travaux, fournitures et/ou des services en recourant à une centrale d'achat peuvent être considérés comme ayant respecté les dispositions de la présente directive.»

Les amendements 126-172, 21 et 175 introduisent des dispositions spécifiques sur les centrales d'achats.

Les amendements 126-172 insèrent, parmi les pouvoirs adjudicateurs au sens de la directive, les centrales d'achat créées par ces derniers.

L'amendement 21 introduit une définition de centrale d'achat et impose la communication de ces centrales à la Commission.

L'objectif poursuivi par les amendements 126-172 et 21 est légitime, car les centrales d'achats peuvent à la fois contribuer à des économies d'échelle, à renforcer la concurrence par des publications au niveau européen vu la taille des marchés et à aider les collectivités locales. Il convient néanmoins d'encadrer de manière la plus large les configurations existant dans les États membres.

L'amendement 175 vise à soumettre les centrales d'achat au plein respect de la directive et à permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'acquérir directement ou par le biais d'un tiers des services et des fournitures auprès de ces centrales sans application ultérieure de la directive de leur part.

L'amendement peut être accepté quant au principe en ce qui concerne le recours à une centrale d'achat en élargissant cette possibilité aux marchés travaux afin de faciliter un accord entre les co-législateurs.

Par conséquent, la Commission reprend l'esprit de ces amendements par le biais d'une définition de centrale d'achat et d'un article, qui, conformément au principe de subsidiarité, laisse aux États membres la faculté de recourir à ces centrales ainsi que, le cas échéant, de limiter ce recours à certains marchés.

«Article premier

### Définitions

1. Aux fins de la présente directive, les définitions figurant aux paragraphes 2 à 12 s'appliquent.

...

7 bis Une centrale d'achat est un pouvoir adjudicateur qui:

— acquiert des fournitures et/ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs et/ou

— passe des marchés publics ou conclut des accords — cadre de travaux, de fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs.»

«Article 7 bis

### Marchés publics et accords — cadre passés par les centrales d'achat

1. Les États membres peuvent prévoir la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'acquérir des travaux, des fournitures et/ou des services en recourant à des centrales d'achat.

2. Les pouvoirs adjudicateurs qui acquièrent des travaux, fournitures et/ou des services en recourant à une centrale d'achat dans les hypothèses visées à l'article premier, paragraphe 7 bis, sont considérés comme ayant respecté les dispositions de la présente directive pour autant que cette centrale d'achat les ait respectées.»

Les amendements 7, 142 et 171-145 concernent les marchés mixtes «services — travaux».

L'amendement 7 est lié aux amendements 171-145; il introduit un nouveau considérant, visant à expliciter que le choix entre un marché global, couvrant à la fois la planification et la réalisation de travaux d'exécution, et la passation de marchés séparés appartient aux pouvoirs adjudicateurs et ne peut être imposé par la directive. Il précise que le choix du pouvoir adjudicateur doit se fonder sur des critères qualitatifs et économiques et impose que le choix de la passation globale soit motivée par le pouvoir adjudicateur.

La Commission convient de l'opportunité d'indiquer que la liberté de choix entre la passation globale et la passation séparée doit être fondée sur des critères qualitatifs et économiques. Toutefois, elle ne partage pas l'obligation de motiver le choix d'un marché de conception — réalisation. Cette obligation s'imposant, en effet, seulement en cas de choix pour une passation «globale», privilégie de faits le recours à la passation séparée, qui est présumée être une méthode de passation satisfaisant automatiquement aux critères qualitatifs et économiques. D'une part cette présomption n'est pas acquise et, d'autre part, elle contredit la liberté de choix qui est une expression du principe de subsidiarité. Enfin, il ne paraît pas approprié de pénaliser la passation «globale», car celle-ci permet, en effet, plus facilement d'atteindre le seuil de déclenchement de l'application des règles procédurales de la directive en cumulant les services de planification et les travaux d'exécution.

L'amendement 142 est lié aux amendements 171-145; il introduit un nouveau considérant visant à clarifier la distinction entre marchés publics de travaux et marchés publics de services (marchés de gestion immobilière incluant des travaux consécutifs ou complémentaires et marchés de travaux comprenant les services nécessaires à la réalisation des travaux). Cet amendement se situe dans la ligne de la jurisprudence de la Cour (arrêt «Gestión Hotelera») <sup>(1)</sup>.

Les amendements 171-145 modifient l'article 1<sup>er</sup> afin de spécifier les marchés mixtes travaux/services et services/travaux. Il explique, en particulier, dans quelles conditions un marché de services de gestion immobilière impliquant des travaux ne doit pas être qualifié de marché public de travaux. En outre, il prévoit une disposition concernant la passation partielle ou globale de travaux/services (critères du choix de la méthode de passation et obligation de motivation de la passation globale) visée à l'amendement 7. Les situations dans lesquelles un marché présente à la fois des services et des travaux sont résolues en appliquant le critère de l'objet principal du contrat comme indiqué dans la proposition de la Commission. L'amendement, en outre, explicite cette règle dans le cas spécifique des services de gestion immobilière impliquant des travaux; sa substance trouverait donc mieux sa place dans un considérant. En outre, il convient de noter que la limitation aux seuls travaux «d'exécution» n'est pas justifiée.

Par conséquent, la Commission reformule les amendements 7, 142 et 171-145 dans un seul considérant:

«(10) Vu la diversité que présentent les marchés publics de travaux, les pouvoirs adjudicateurs doivent pouvoir prévoir tant la passation séparée que la passation conjointe des travaux et des services de planification. La directive ne vise pas à prescrire

une passation séparée ou conjointe. La décision relative à une passation séparée ou globale du marché devrait se fonder sur des critères qualitatifs et économiques qui peuvent être définis par les législations nationales.

Un contrat ne peut être considéré comme un marché public de travaux que si son objet vise spécifiquement à réaliser des activités visées à l'annexe I, même si le contrat peut comprendre d'autres services nécessaires à la réalisation de ces activités. Les marchés publics de services, notamment dans le domaine des services de gestion de propriétés, peuvent, dans certains cas, inclure des travaux; toutefois ces travaux, pour autant qu'ils sont accessoires et ne constituent, donc, qu'une conséquence éventuelle ou un complément à l'objet principal du contrat, ne peuvent justifier la classification du contrat comme marché public de travaux.»

Les amendements 9 et 137 concernent le dialogue compétitif et l'amendement 138 une nouvelle possibilité de dialogue exclusif.

L'amendement 9 modifie le considérant 18 pour préciser que, dans un dialogue compétitif, les négociations se terminent par la fin des consultations sans qu'il y ait (nécessairement) la préparation d'un cahier des charges définitif.

L'amendement 137 vise principalement à:

1. rendre obligatoire l'esquisse de solution. La Commission, après consultation des milieux concernés considère que l'obligation d'exiger des esquisses de solution constituerait une source de complications législatives et de risques de «cherry picking» («vols» intellectuels qui ne peuvent être protégés). Par conséquent, la Commission n'accepte pas cette obligation.
2. renforcer la confidentialité des données transmises par les opérateurs économiques. Afin de faciliter un accord entre les co-législateurs il convient de préserver la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de communiquer aux autres participants des données fournies par un participant en réservant cette possibilité aux seuls cas où le participant concerné a donné son consentement à cette communication.
3. limiter les négociations pendant la phase du dialogue aux aspects autres qu'économiques. Dans la mesure où l'amendement viserait effectivement à limiter les sujets pouvant être traités pendant la phase du dialogue aux seuls aspects non — économiques, cette partie de l'amendement n'est pas acceptable. En fait, l'approche de la Commission est que, pour être utile, la procédure doit permettre la discussion de tous les aspects du projet pendant la phase du dialogue.

<sup>(1)</sup> Arrêt du 19 avril 1994 dans l'affaire C-331/92, Rec. 1994, p. I-1329.

4. élargir les possibilités déjà prévues ou introduire de nouvelles possibilités pour le pouvoir adjudicateur de modifier les spécifications du marché, les critères d'attribution et leur pondération; (concernant ce dernier aspect, l'amendement est incohérent, se référant aussi bien explicitement à la pondération qu'à un simple ordre d'importance des critères). La proposition initiale de la Commission prévoyait la possibilité de modifier les critères d'attribution au cas où ils ne seraient plus adaptés à la solution retenue dans le cahier des charges définitif. Il est cependant avéré que — pour tenir compte des craintes largement répandues de «cherry picking» ainsi que pour faciliter l'adoption par les co-législateurs — il faut abandonner l'idée que le cahier des charges puisse être établi de façon définitive à l'issue de la phase de dialogue, sur la base éventuellement, du mélange de plusieurs solutions. De ce fait, la possibilité de modifier les critères d'attribution en cours de procédure créerait de sérieux risques de manipulation.
5. introduire une rémunération obligatoire (ne pouvant dépasser globalement 15 % de la valeur estimée du marché) des participants. Le principe d'une rémunération obligatoire des participants peut être admis, d'autant plus que les coûts liés à la conduite d'un dialogue peuvent amener les pouvoirs adjudicateurs à réserver cette nouvelle procédure aux marchés particulièrement complexes. En revanche, et pour des motifs de subsidiarité, il convient de ne pas légiférer quant aux montants à payer.

L'amendement 138 introduit un nouvel article 30 bis prévoyant, pour les «marchés dont l'objectif est la création d'un partenariat public — privé», que le pouvoir adjudicateur puisse avoir un «dialogue exclusif» avec le soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, pour autant que ce dialogue ne modifie pas substantiellement des aspects fondamentaux de cette offre ou provoque des distorsions de la concurrence. Bien qu'ambigu sur ce point, l'amendement semblerait introduire cette possibilité quelle que soit la procédure d'adjudication choisie.

Si la partie de l'amendement vise toutes les procédures et non pas seulement la dernière phase d'un dialogue compétitif, il ne serait pas acceptable. En effet, la nouvelle procédure de dialogue compétitif a été introduite justement pour tenir compte, entre autres, des besoins en termes de flexibilité, qui peuvent être liées aux projets impliquant la création de partenariats public — privé.

Par contre, l'idée à la base de cet amendement selon laquelle il peut s'avérer nécessaire de clarifier certains aspects de l'offre ayant été identifiée comme économiquement la plus avantageuse ou de confirmer des engagements figurant dans celle-ci, peut être acceptée, si elle est assortie des sauvegardes appropriées, notamment afin d'assurer que ceci n'ait pas pour effet de modifier des éléments substantiels de l'offre ou du marché

tel qu'il a été mis en concurrence, de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations. Il convient également de s'assurer que ces clarifications n'impliquent pas d'autres soumissionnaires que celui ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans cette mesure, l'idée de l'amendement peut être accueilli à travers des formulations appropriées au considérant (18) et à l'article 30 lui-même.

La Commission prend en compte les amendements 9, 137 et 138 en les reformulant comme suit:

Considérant: «(27) Les pouvoirs adjudicateurs qui réalisent des projets exceptionnellement complexes peuvent, sans qu'une critique puisse leur être imputée à cet égard, être dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques et/ou de solutions financières/juridiques. Cette situation peut notamment se présenter pour la réalisation d'importantes infrastructures de transport intégrées, la réalisation de grands réseaux informatiques ou la réalisation de projets comportant un financement complexe et structuré, dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance. Dans la mesure où le recours à des procédures ouvertes ou restreintes ne permettrait pas l'attribution de tels marchés, il convient donc de prévoir une procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché. Toutefois, cette procédure ne doit pas être utilisée de manière à restreindre ou fausser la concurrence, en particulier par des modifications d'éléments fondamentaux des offres ou en imposant des éléments nouveaux substantiels au soumissionnaire retenu, ou en impliquant tout autre soumissionnaire que celui ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse.»

«Article premier

### Définitions

1. Aux fins de la présente directive, les définitions figurant aux paragraphes 2 à 12 s'appliquent.

8. ...

Le «dialogue compétitif» est une procédure, à laquelle tout opérateur économique peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur base de laquelle ou desquelles les candidats retenus seront invités à remettre une offre.

...»

## «Article 30

**Dialogue compétitif**

1. Les États membres peuvent prévoir que le pouvoir adjudicateur, dans la mesure où il estime que le recours aux procédures ouverte et restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché, puisse recourir au dialogue compétitif conformément aux dispositions du présent article:

- a) lorsqu'il n'est objectivement pas en mesure de définir, conformément à l'article 24, paragraphe 3, point b), c) ou d), les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs, et/ou
- b) lorsqu'il n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique et/ou financier d'un projet.

L'attribution du marché public est faite sur la seule base du critère d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse.

2. Les pouvoirs adjudicateurs publient un avis de marché dans lequel ils font connaître leurs besoins et exigences, qu'ils définissent dans ce même avis et/ou dans un document descriptif.

3. Les pouvoirs adjudicateurs ouvrent, avec les candidats sélectionnés conformément aux dispositions pertinentes des articles 43 bis à 52, un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux leurs besoins. Au cours de ce dialogue ils peuvent discuter avec les candidats retenus tous les aspects du marché.

Au cours du dialogue, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. En particulier, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres.

Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent révéler aux autres participants les solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un candidat participant au dialogue sans l'accord de celui-ci.

4. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir que la procédure se déroule en phases successives de manière à réduire le nombre de solutions à discuter pendant la phase du dialogue en appliquant les critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché ou dans le document descriptif. Le recours à cette faculté est indiqué dans l'avis de marché ou dans le document descriptif.

5. Le pouvoir adjudicateur poursuit le dialogue jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier le ou les solutions, au besoin

après les avoir comparées, qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

6. Après avoir déclaré la conclusion du dialogue et en avoir informé les participants, les pouvoirs adjudicateurs les invitent à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue. Ces offres doivent comprendre tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet.

Sur demande du pouvoir adjudicateur ces offres peuvent être clarifiées et précisées. Cependant, ces précisions, clarifications ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou de l'appel d'offres, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

7. Les pouvoirs adjudicateurs évaluent les offres reçues en fonction des critères d'attribution fixés dans l'avis de marché et choisissent l'offre économiquement la plus avantageuse conformément à l'article 53.

À la demande du pouvoir adjudicateur, le soumissionnaire identifié comme ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci, à condition que ceci n'ait pas pour effet de modifier des éléments substantiels de l'offre ou de l'appel d'offre, de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations.

8. Les pouvoirs adjudicateurs prévoient des prix ou des paiements aux participants au dialogue.»

Les amendements 45, 46, 47-123 et 109 se rapportent à l'article 24 concernant les spécifications techniques à utiliser pour définir les travaux, fournitures et/ou services recherchés par le pouvoir adjudicateur.

L'amendement 45 introduit une référence aux éco-labels européens comme étant une référence obligatoire, ce qui ne peut pas être accepté parce que la politique communautaire en matière d'éco-labels n'introduit pas une hiérarchie entre les éco-labels européens pluri-nationaux et nationaux.

En outre, il prévoit que les spécifications techniques puissent être formulées en termes d'impact du produit sur l'environnement pendant son cycle de vie. La Commission partage cette approche.

D'autre part il introduit une nouvelle définition, à savoir la «norme équivalente», là où, au contraire, il s'agit d'une offre assurant une solution équivalente.

L'amendement 46 modifie l'article 24 pour clarifier que le pouvoir adjudicateur ne peut rejeter une offre dès que le soumissionnaire lui a prouvé qu'elle satisfait de manière équivalente aux exigences du marché, assurer le plus grand éventail de moyens de preuve et garantir au soumissionnaire l'information nécessaire sur la non conformité de son offre. Ce dernier point est pris en compte à titre général à l'article 41, paragraphe 2.

Les amendements 47-123 visent à éviter des discriminations par le biais de spécifications faisant référence à des producteurs, fournisseurs ou opérateurs déterminés.

L'amendement 109 introduit, dans la définition de spécifications techniques visées à l'annexe VI, la performance environnementale et l'incidence sur l'environnement, les processus ou méthodes de production.

Cette partie d'amendement clarifie le texte dans la ligne de la Communication de la Commission<sup>(1)</sup> sur les marchés publics et l'environnement et il est donc acceptable avec reformulation.

Par contre, la compatibilité avec l'environnement n'est pas une spécification en tant que telle; toutefois elle peut donner lieu à la définition de spécifications techniques en termes de performance environnementale. Il en va de même pour l'incidence sur l'environnement.

Il prévoit en outre d'insérer la conception pour tous les usages, y compris l'accès aux personnes handicapées.

La Commission reprend les amendements 45, 46, 47-123 et 109 dans le considérant 25 (ex (17)), l'article 24, l'article 41 (restructuré) et l'annexe VI ainsi reformulés:

Considérant: «(25) Les spécifications techniques établies par les acheteurs publics doivent permettre l'ouverture des marchés publics à la concurrence. À cet effet, la présentation d'offres reflétant la diversité des solutions techniques doit être possible. Pour ce faire, d'une part, les spécifications techniques doivent pouvoir être établies en termes de performances et d'exigences fonctionnelles et, d'autre part, en cas de référence à la norme européenne — ou, en son absence, à la norme nationale —, des offres basées sur d'autres solutions équivalentes doivent être prises en compte par les pouvoirs adjudicateurs. Aux fins de démontrer l'équivalence, les soumissionnaires doivent pouvoir utiliser tout moyen de preuve. Le pouvoir adjudicateur doit pouvoir motiver toute décision concluant à la non-équivalence.

Les pouvoirs adjudicateurs qui souhaitent définir des besoins environnementaux dans les spécifications techniques d'un contrat donné, peuvent prescrire les caractéristiques environne-

mentales et/ou effets environnementaux spécifiques de groupes de produits ou de services. Ils peuvent, mais n'y sont pas obligés, utiliser les spécifications détaillées ou parties de celles-ci, qui sont appropriées pour définir les fournitures ou les prestations recherchées, telles que définies par les éco-labels, comme l'éco-label européen, l'éco-label (pluri) national ou tout autre label écologique si les exigences pour le label sont développées et adoptées sur la base d'une information scientifique au moyen d'un processus auquel les parties concernées, telles que les organismes gouvernementaux, les consommateurs, les fabricants, les distributeurs ou les organisations environnementales peuvent participer et pour autant que le label soit accessible et disponible pour toutes les parties intéressées.»

#### «Article 24

### Les spécifications techniques

1. Les spécifications techniques telles que définies au point 1 de l'annexe VI figurent dans les documents du marché, tels que les avis de marché, le cahier des charges ou les documents complémentaires.
2. Les spécifications techniques doivent permettre l'accès égal des soumissionnaires et ne pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence.
3. Sans préjudice des règles techniques juridiquement contraignantes, dans la mesure où elles sont compatibles avec le droit communautaire, les spécifications techniques doivent être formulées:
  - a) soit par référence à des spécifications définies à l'annexe VI et par ordre de préférence aux normes nationales transposant des normes européennes, aux agréments techniques européens, aux spécifications techniques communes, aux normes internationales, aux autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation ou, lorsque ceux-ci n'existent pas, aux normes nationales, aux agréments techniques nationaux, ou aux spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et de mise en œuvre des produits. Chaque référence est accompagnée de la mention "ou équivalent";
  - b) soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles; celles-ci peuvent inclure des caractéristiques environnementales. Elles doivent cependant être suffisamment précises pour permettre aux soumissionnaires de déterminer l'objet du marché et aux pouvoirs adjudicateurs d'attribuer le marché;
  - c) soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles visées au point b), en se référant comme un moyen de présomption de conformité à ces exigences ou performances, aux spécifications citées au point a);

<sup>(1)</sup> «Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés» (JO C 333 du 28.11.2001, p. 13).

d) soit par une référence aux spécifications du point a) pour certaines caractéristiques, et aux performances ou exigences fonctionnelles du point b) pour d'autres caractéristiques.

4. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs font usage de la possibilité de se référer aux spécifications visées au paragraphe 3, point a), ils ne peuvent pas rejeter une offre au motif que les produits et services offerts sont non conformes aux spécifications auxquelles ils ont fait référence, dès lors que le soumissionnaire prouve dans son offre à la satisfaction du pouvoir adjudicateur, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose satisfont de manière équivalente aux exigences définies par les spécifications techniques.

Peut constituer un moyen approprié, un dossier technique du fabricant ou un rapport d'essais d'un organisme reconnu.

5. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs font usage de la possibilité, prévue au paragraphe 3, de prescrire en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, ils ne peuvent rejeter une offre de produits, de services ou de travaux conformes à une norme nationale transposant une norme européenne, à un agrément technique européen, à une spécification technique commune, à une norme internationale, à un référentiel technique élaboré par un organisme européen de normalisation, si ces spécifications visent les performances ou les exigences fonctionnelles qu'ils ont requises.

Dans son offre, le soumissionnaire est tenu de prouver, à la satisfaction du pouvoir adjudicateur et par tout moyen approprié, que les produits, services ou travaux conformes à la norme répondent aux exigences fonctionnelles ou de performances du pouvoir adjudicateur.

Peut constituer un moyen approprié, un dossier technique du fabricant ou un rapport d'essai d'un organisme reconnu.

5 bis Lorsque les pouvoirs adjudicateurs prescrivent des caractéristiques environnementales en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, telles que visées au paragraphe 3, point b), ils peuvent utiliser des spécifications détaillées ou, si besoin est, des parties de celles-ci, telles que définies par les éco-labels européens, (pluri)nationaux, ou par tout autre éco-label pour autant qu'elles soient appropriées pour définir les caractéristiques des fournitures ou des prestations faisant l'objet du marché, et que les exigences du label soient développées sur la base d'une information scientifique, que les éco-labels soient adoptés par un processus auquel toutes les parties concernées, telles que les organismes gouvernementaux, les consommateurs, les fabricants, les distributeurs et les organisations environnementales peuvent participer, et qu'ils soient accessibles à toutes les parties intéressées.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les produits ou services munis de l'éco-label sont présumés satisfaire aux

spécifications techniques définies dans le cahier des charges; ils doivent accepter tout autre moyen de preuve approprié, tel qu'un dossier technique du fabricant ou un rapport d'essai d'un organisme reconnu.

6. Par "organismes reconnus" au sens du présent article, on entend les laboratoires d'essais, de calibrage, les organismes d'inspection et de certification, conformes aux normes européennes applicables.

Les pouvoirs adjudicateurs acceptent les certificats émanant d'organismes reconnus dans d'autres États membres.

7. À moins qu'elles ne soient justifiées par l'objet du marché, les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier, ni référence à une marque, à un brevet ou à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits. Cette mention ou référence est autorisée, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible par application des paragraphes 3 et 4; une telle mention ou référence doit être accompagnée des termes "ou équivalent".

#### «Article 41

### Information des candidats et des soumissionnaires

1. Les pouvoirs adjudicateurs informent dans les moindres délais les candidats et les soumissionnaires des décisions prises concernant la conclusion d'un accord-cadre ou l'adjudication du marché, y compris des motifs pour lesquels ils ont décidé de renoncer à conclure un accord-cadre ou à passer un marché pour lequel il y a eu mise en concurrence ou de recommencer la procédure, et par écrit si demande leur en est faite.

2. Le pouvoir adjudicateur communique dans les moindres délais à tout candidat ou soumissionnaire écarté qui en a fait la demande, les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout soumissionnaire ayant fait une offre recevable, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'adjudicataire ou les parties à l'accord-cadre. Ces délais ne peuvent en aucun cas dépasser quinze jours à compter de la réception de la demande écrite.

Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de ne pas communiquer certains renseignements concernant l'adjudication des marchés ou la conclusion des accords-cadre, mentionnés au premier alinéa, lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci.»

## «ANNEXE VI

**DÉFINITION DE CERTAINES SPÉCIFICATIONS TECHNIQUES**

Aux fins de la présente directive, on entend par:

1. a) "spécification technique", lorsqu'il s'agit de marchés publics de services ou de fournitures: une spécification figurant dans un document définissant les caractéristiques requises d'un produit ou d'un service, telles que les niveaux de qualité, la performance environnementale, la conception pour tous les usages (y compris l'accès aux personnes handicapées) et les niveaux d'évaluation de la conformité, de la propriété d'emploi, de l'utilisation du produit, sa sécurité ou ses dimensions, y compris les prescriptions applicables au produit en ce qui concerne la dénomination de vente, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essais, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, les instructions d'utilisation, les procédures et méthodes de production, ainsi que les procédures d'évaluation de la conformité;
- b) "spécifications techniques", lorsqu'il s'agit de marchés publics de travaux: l'ensemble des prescriptions techniques contenues notamment dans les cahiers des charges, définissant les caractéristiques requises d'un matériau, d'un produit ou d'une fourniture et permettant de les caractériser de manière telle qu'ils répondent à l'usage auquel ils sont destinés par le pouvoir adjudicateur. Ces caractéristiques incluent les niveaux de la performance environnementale, la conception pour tous les usages (y compris l'accès aux personnes handicapées) et les niveaux d'évaluation de la conformité, la propriété d'emploi, la sécurité ou les dimensions, y compris les procédures relatives à l'assurance de la qualité, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essai, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, ainsi que les procédures et méthodes de production. Elles incluent également les règles de conception et de calcul des ouvrages, les conditions d'essai, de contrôle et de réception des ouvrages, ainsi que les techniques ou méthodes de construction et toutes les autres conditions de caractère technique que le pouvoir adjudicateur est à même de prescrire, par voie de réglementation générale ou particulière, en ce qui concerne les ouvrages terminés et en ce qui concerne les matériaux ou les éléments constituant ces ouvrages;
2. "norme": une spécification technique approuvée par un organisme reconnu à activité normative pour application répétée ou continue, dont l'observation n'est pas obligatoire et qui relève de l'une des catégories suivantes:

— norme internationale: une norme adoptée par un organisme international de normalisation et mise à la disposition du public,

— norme européenne: une norme adoptée par un organisme européen de normalisation et mise à la disposition du public,

— norme nationale: une norme adoptée par un organisme national de normalisation et mise à la disposition du public;

3. "agrément technique européen": l'appréciation technique favorable de l'aptitude à l'emploi d'un produit pour une fin déterminée, basée sur la satisfaction des exigences essentielles pour la construction, selon les caractéristiques intrinsèques de ce produit et les conditions établies de mise en œuvre et d'utilisation. L'agrément technique européen est délivré par un organisme agréé à cet effet par l'État membre;
4. "spécification technique commune": une spécification technique élaborée selon une procédure reconnue par les États membres et publiée au *Journal officiel des Communautés européennes*;
5. "référentiel technique": tout produit élaboré par les organismes européens de normalisation, autre que les normes officielles, selon des procédures adaptées à l'évolution des besoins du marché.»

Les amendements 10 et 127 concernent les conditions d'exécution d'un marché.

L'amendement 10 comporte des modifications au considérant 22 en vue d'éclaircir davantage que les conditions d'exécution d'un marché ne doivent pas constituer une discrimination et qu'elles peuvent poursuivre, entre autres, des objectifs spécifiques en matière d'environnement.

La première partie de l'amendement modifie la rédaction de la Commission («elles ne doivent pas être directement ou indirectement discriminatoires»). La rédaction de la Commission est tirée de la jurisprudence de la Cour [arrêt «Beentjes»<sup>(1)</sup>] et ne devrait donc pas être modifiée, d'autant plus qu'elle n'a pas d'effet restrictif sur la prise en compte de considérations environnementales visées par la deuxième partie de l'amendement, dont le principe est tout à fait acceptable.

L'amendement 127 vise à renforcer davantage le respect des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence lorsque les pouvoirs adjudicateurs exigent des conditions particulières d'exécution des marchés publics. En fait, cet amendement précise dans une disposition spécifique ce qui est déjà contenu dans la disposition de l'article 2, qui a une portée générale.

La Commission reprend donc les amendements 10 et 127 par les textes qui suivent, qui tiennent également compte de l'opportunité de faciliter un accord entre les co-législateurs.

<sup>(1)</sup> Arrêt du 20 septembre 1988 dans l'affaire 31/87, Rec. 1988, p. 4635.

Considérant: «(29) Les conditions d'exécution d'un marché sont compatibles avec la directive pour autant qu'elles ne soient pas directement ou indirectement discriminatoires et qu'elles soient annoncées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Elles peuvent avoir pour objet de favoriser la formation professionnelle sur chantier, l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, de lutter contre le chômage ou de protéger l'environnement et donner lieu à des obligations applicables à l'exécution du marché, telles que notamment le recrutement de chômeurs de longue durée ou la mise en œuvre d'actions de formation pour les chômeurs ou les jeunes, le respect en substance les dispositions des conventions fondamentales de l'OIT dans l'hypothèse où celles-ci n'auraient pas été mises en œuvre dans le droit national, le recrutement d'un nombre de personnes handicapées qui irait au-delà de ce qui est exigé par la législation nationale.»

«Article 26 bis

### Conditions d'exécution du marché

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire et qu'elles soient indiquées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales.»

Les amendements 11 et 51 concernent le respect de dispositions en matière de protection sociale.

L'amendement 11 introduit un nouveau considérant rappelant que la directive détachement des travailleurs (96/71/CE), qui fixe les conditions minimales de protection du travail qui doivent être respectées par les soumissionnaires dans le pays où est effectuée la prestation, est applicable. Cet amendement rejoint ce que la Commission a elle-même rappelé dans sa communication du 15 octobre 2001 sur les aspects sociaux dans les marchés publics<sup>(1)</sup>. Il contribue à l'information des soumissionnaires et apporte donc une valeur ajoutée.

L'amendement 51 vise à obliger les soumissionnaires à respecter la législation sociale y compris, les droits individuels et collectifs, les décisions judiciaires, les conventions collectives déclarées d'application obligatoire. Ces obligations ne doivent pas porter préjudice à l'application de règles de protection et de condition de travail plus favorables.

Il est indéniable que les entreprises soumissionnant aux marchés publics doivent respecter la législation sociale appli-

cable dans le pays d'établissement et le cas échéant au lieu de la prestation (cf la communication de la Commission du 15 octobre 2001 sur les aspects sociaux des marchés publics). Ce rappel du droit applicable pourrait faire l'objet d'un considérant; toutefois il ne devrait pas figurer dans le dispositif car l'objectif des directives marchés publics est de coordonner les procédures de passation des marchés et non pas d'imposer des obligations spécifiques concernant les législations sociales ou autres aux entreprises.

La Commission considère que les soucis qui sont à l'origine de cet amendement sont suffisamment pris en compte par le considérant 29 précité et par le considérant 30 ci après.

Par conséquent, la Commission reprend les amendements 11 et 51 en ajoutant le considérant qui suit:

«(30) Les lois, réglementations et conventions collectives, tant nationales que communautaires, en vigueur en matière sociale et de sécurité, s'appliquent pendant l'exécution d'un marché public, pourvu que de telles règles, ainsi que leur application, soient conformes au droit communautaire. Dans les situations transfrontalières, où des travailleurs d'un État membre fournissent des services dans un autre État membre pour la réalisation d'un marché public, la "directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services"<sup>(2)</sup> énonce les conditions minimales qui doivent être respectées dans le pays d'accueil vis-à-vis de ces travailleurs détachés. Le non respect de ces obligations peut être considéré, suivant le droit national applicable, comme une faute grave ou comme un délit affectant la moralité professionnelle de l'opérateur économique.»

Les amendements 15 et 100 concernent les offres anormalement basses.

L'amendement 15, lié à l'amendement 100, introduit un nouveau considérant 31 bis visant à préciser que les entités adjudicatrices peuvent rejeter des offres qui seraient anormalement basses à cause du non respect du droit social. Cette faculté existe déjà dans le droit actuel, il suffit donc de l'expliquer de manière appropriée.

L'amendement 100, dans sa première partie, vise à supprimer les mots précisant que les offres doivent être anormalement basse par rapport à la prestation. La suppression des mots «par rapport à la prestation», prévus dans les directives en vigueur, éliminerait un élément pivot de la disposition. Par conséquent, cette partie de l'amendement ne peut être acceptée.

<sup>(1)</sup> «Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés» (JO C 333 du 28.11.2001, p. 27).

<sup>(2)</sup> JO L 18 du 21.1.1997, p. 1.

Dans sa deuxième partie, l'amendement 100 ajoute, parmi les justifications (du prix apparaissant trop bas), qui doivent être prises en considération par le pouvoir adjudicateur afin de déterminer s'il s'agit d'une offre anormalement basse, le respect des dispositions de protection et conditions de travail par le soumissionnaire et par les sous-traitants, y compris, lorsqu'il s'agit de la fourniture de produits et services originaires de pays tiers, de la conformité, lors de la production, aux normes internationales énoncées dans une annexe IX *ter*, proposée par l'amendement 116.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent être intéressés à vérifier que le prix n'est pas trop bas en raison de la non application du droit du travail; à cet effet la Commission reprend cet amendement en clarifiant dans le texte que la liste des justifications n'est pas exhaustive.

En ce qui concerne les conventions internationales en matière de droit de travail, il faut noter que le respect de ces conventions ne fait pas l'objet de la directive «marchés publics». Cependant, lorsque ces conventions ont été transposées dans le droit national, leur respect peut être vérifié lors de la sélection des candidats ou des soumissionnaires.

La Commission reprend les amendements 15 et 100 comme suit:

«Article 54

#### **Les offres anormalement basses**

1. Si, pour un marché donné, des offres apparaissent anormalement basses par rapport à la prestation, le pouvoir adjudicateur, avant de pouvoir rejeter ces offres, demande, par écrit, les précisions sur la composition de l'offre qu'il juge opportunes.

Ces précisions peuvent concerner notamment:

- a) l'économie du procédé de fabrication des produits, de la prestation des services, du procédé de construction;
- b) les solutions techniques adoptées et/ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits, les services, ou pour exécuter les travaux;
- c) l'originalité des fournitures, services ou travaux proposés par le soumissionnaire;
- c bis) le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;
- d) l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire.

2. Le pouvoir adjudicateur vérifie, en consultant le soumissionnaire, cette composition en tenant compte des justifications fournies.

3. Le pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et si celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide en question a été légalement octroyée. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission.»

L'amendement 170 introduit un nouveau considérant 33 bis qui reprend les raisons motivant les exclusions obligatoires des soumissionnaires condamnés pour participation à la criminalité organisée, pour fraude et corruption et les étend aux condamnations pour délit écologique et pour non respect de la législation sociale. Il explique aussi qu'une sanction pour entente illicite devrait aussi être prise en considération ainsi que les fautes professionnelles graves pouvant justifier une exclusion.

Cet amendement permet de justifier par un considérant les hypothèses de l'article 46, paragraphe 1<sup>er</sup>, (exclusions obligatoires) tel que proposé par la Commission; toutefois il y adjoint d'autres éléments qui trouvent mieux leur place parmi les hypothèses de l'article 46, paragraphe 2, (exclusions facultatives), dans la mesure où elles sont déjà implicitement couvertes par ce paragraphe.

La Commission reprend l'amendement dans le considérant qui suit:

«(39) Il convient d'éviter l'attribution de marchés publics à des opérateurs économiques qui ont participé à une organisation criminelle ou qui se sont rendus coupables de corruption ou de fraude au détriment des intérêts financiers des Communautés européennes ou de blanchiment de capitaux. L'exclusion de tels opérateurs économiques doit intervenir lorsque le pouvoir adjudicateur a connaissance d'un jugement concernant de pareils délits rendu conformément au droit national et ayant un caractère définitif.

A cet effet, les pouvoirs adjudicateurs peuvent demander aux candidats/soumissionnaires les documents appropriés et, lorsqu'ils ont des doutes sur la situation personnelle de ces candidats/soumissionnaires, demander la coopération des autorités compétentes de l'État membre concerné.

Si le droit national contient des dispositions à cet effet, le non respect de la législation environnementale sanctionné par un jugement ayant autorité de chose jugée, une condamnation ou une sanction pour entente illicite dans les marchés publics peuvent être considérés respectivement comme un délit affectant la moralité professionnelle de l'opérateur économique ou comme une faute grave.»

Les amendements 23, 54 et 65 concernent les enchères électroniques.

L'amendement 23 fournit une définition d'enchère inversée aux fins de l'introduction des enchères électroniques. Cette définition limite l'utilisation de ces enchères aux seules procédures de passation prévoyant l'attribution du marché sur la base du prix le plus bas.

Il est opportun d'accepter l'introduction de telles enchères dans la perspective de favoriser les achats publics électroniques, une définition doit donc être insérée et reformulée pour la rapprocher des travaux du Conseil où les enchères sont élargies à d'autres variables que le prix.

L'amendement 54 propose la possibilité de recourir à des enchères électroniques lors de l'attribution. Toutefois, l'introduction des enchères électroniques nécessite une reformulation pour prévoir la possibilité d'enchère également lorsque le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse et pour y introduire les garanties de procédure et les techniques nécessaires.

L'amendement 65 propose la possibilité de recourir à des enchères électroniques lors de l'attribution. Il organise cependant cette possibilité comme une procédure séparée, ce qui va à l'encontre du but de simplification et de flexibilité poursuivi par la proposition de la Commission.

Par conséquent, la Commission reprend les amendements 23, 54 et 65 en les modulant dans les textes qui suivent

«Article premier

### Définitions

1. Aux fins de la présente directive, les définitions figurant aux paragraphes 2 à 12 s'appliquent.

...

5<sup>ter</sup> Une "enchère électronique" est un processus itératif selon un dispositif électronique de présentation de nouveaux prix revus à la baisse et/ou de nouvelles valeurs portant sur certains éléments des offres, qui intervient après une première évaluation complète des offres et qui permet leur évaluation automatique.

...»

«Article 53 bis

### Utilisation d'enchères électroniques

1. Les États membres peuvent prévoir la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'appliquer des enchères électroniques.

2. Dans les procédures ouvertes, restreintes ou négociées, dans le cas visé à l'article 29, paragraphe 1, point a), les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider que l'attribution d'un marché public sera précédée d'une enchère électronique lorsque ce marché porte sur des travaux, fournitures ou services, dont les spécifications peuvent être établies de manière suffisamment précise. L'enchère électronique peut se dérouler en plusieurs phases successives.

Dans les mêmes conditions, l'enchère électronique peut être utilisée lors de la remise en concurrence des parties à un accord-cadre visée à l'article 32, paragraphe 3, deuxième alinéa, deuxième tiret.

3. Les pouvoirs adjudicateurs qui décident de recourir à une enchère électronique en font mention dans l'avis de marché. Le cahier de charges comporte, entre autres, les informations suivantes:

- a) les éléments dont les valeurs feront l'objet de l'enchère électronique, pour autant que ces éléments soient quantifiables de manière à être exprimés en chiffres ou en pourcentages;
- b) les limites des valeurs qui pourront être présentées, telles qu'elles résultent de l'ensemble des spécifications de l'objet du marché;
- c) les informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l'enchère électronique et à quel moment elles seront mises à leur disposition;
- d) les informations pertinentes sur le déroulement de l'enchère électronique;
- e) les conditions dans lesquelles les soumissionnaires pourront enchérir et notamment les écarts minimaux qui seront exigés;
- f) les informations pertinentes sur le dispositif électronique utilisé et sur les modalités et spécifications techniques de connexion.

4. Avant de procéder à l'enchère électronique, les pouvoirs adjudicateurs évaluent les offres conformément au(x) critère(s) d'attribution choisi(s).

L'enchère électronique porte:

- a) soit sur les seuls prix lorsque le marché est attribué au prix le plus bas;
- b) soit sur les prix et/ou sur les nouvelles valeurs des éléments des offres indiqués dans le cahier des charges lorsque le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse.

Tous les soumissionnaires ayant présenté des offres recevables sont invités simultanément par moyens électroniques à présenter des nouveaux prix et/ou des nouvelles valeurs; l'invitation contient toute information pertinente pour la connexion individuelle au dispositif électronique utilisé et précise la date et l'heure du début de l'enchère électronique. L'enchère électronique ne peut débuter plus tôt que deux jours ouvrables à compter de la date d'envoi des invitations.

5. Lorsque l'attribution est faite à l'offre économiquement la plus avantageuse, l'invitation est accompagnée par le résultat de l'évaluation complète de l'offre du destinataire, effectuée conformément à la pondération prévue à l'article 53 paragraphe 2, premier alinéa.

L'invitation mentionne également la formule mathématique qui déterminera lors de l'enchère électronique les reclassements automatiques en fonction des nouveaux prix et/ou des nouvelles valeurs présentés. Cette formule exprime la pondération relative de chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, telle qu'indiquée dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges; toutefois les éventuelles fourchettes doivent être réduites à une valeur déterminée.

Dans le cas où des variantes sont autorisées, des formules doivent être fournies séparément pour chaque variante.

6. Au cours de chaque phase de l'enchère électronique, les pouvoirs adjudicateurs communiquent continuellement et instantanément à tous les soumissionnaires au moins les informations qui leur permettent de connaître à tout moment leur classement respectif; ils peuvent également communiquer d'autres informations concernant d'autres prix présentés à condition que cela soit indiqué dans le cahier de charges; ils peuvent également, à tout moment, annoncer le nombre des participants à la phase de l'enchère; cependant, en aucun cas, ils ne peuvent divulguer l'identité des soumissionnaires pendant le déroulement des phases de l'enchère électronique.

7. Les pouvoirs adjudicateurs clôturent l'enchère électronique selon une ou plusieurs des modalités suivantes:

- a) ils indiquent dans l'invitation à participer à l'enchère la date et l'heure fixées au préalable;
- b) lorsqu'ils ne reçoivent plus de nouveaux prix répondant aux exigences relatives aux écarts minimaux ou de nouvelles valeurs. Dans ce cas, les pouvoirs adjudicateurs précisent dans l'invitation à participer à l'enchère le délai qu'ils observeront à partir de la réception de la dernière présentation avant de clôturer l'enchère électronique;
- c) lorsque le nombre de phases d'enchère, fixé dans l'invitation à participer à l'enchère, a été réalisé.

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs ont décidé de clôturer l'enchère électronique conformément au point c), le cas échéant en combinaison avec les modalités prévues au point b), l'invitation à participer à l'enchère indique les calendriers de chaque phase d'enchères.

8. Après avoir clôturé l'enchère électronique, les pouvoirs adjudicateurs attribuent le marché conformément à l'article 53, en fonction des résultats de l'enchère électronique.

9. Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent recourir aux enchères électroniques de façon abusive ou de manière à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence ou de manière à modifier l'objet du marché, tel qu'il a été mis en concurrence par la publication de l'avis de marché et défini dans le cahier des charges.»

L'amendement 24 vise à aligner la définition d'accord-cadre sur celle de la directive 93/38 «secteurs». La définition contenue dans l'amendement peut être acceptée, mais en la reformulant de manière à permettre que plusieurs pouvoirs adjudicateurs puissent conclure en même temps le même accord-cadre.

L'amendement est donc repris comme suit:

«Article premier

### Définitions

1. Aux fins de la présente directive, les définitions figurant aux paragraphes 2 à 12 s'appliquent.

...

5. Un "accord-cadre" est un accord conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

...»

Les amendements 30, 93 et 95 concernent la capacité économique et financière et les capacités techniques et/ou professionnelles.

L'amendement 30 vise à permettre aux opérateurs économiques qui participent en groupement de faire valoir leurs capacités additionnées aux fins de la sélection, en ce qui concerne: l'habilitation à exercer l'activité professionnelle, la capacité économique et financière et les capacités techniques et/ou professionnelles. Toutefois, la durée de l'expérience éventuellement requise ne peut pas être cumulée. En outre, l'amendement prévoit que des conditions minimales puissent être exigées du chef de groupe.

L'amendement se situe dans la ligne de la jurisprudence. Toutefois, l'habilitation à exercer l'activité professionnelle doit pouvoir être exigée de chacun des participants au groupement selon l'activité qu'il est appelé à exercer dans la réalisation du marché. En ce qui concerne les conditions minimales que le pouvoir adjudicateur peut exiger du chef de groupe, il faut s'assurer que le mot «minimale» soit interprété de manière à garantir au pouvoir adjudicateur qu'au moins un participant au groupement possède le savoir faire nécessaire pour la réalisation du marché.

La Commission estime que l'esprit de l'amendement est à reprendre dans les articles 48 et 49, qui concernent plus particulièrement les capacités économiques et financières et les capacités techniques/professionnelles.

L'amendement 93 ajoute, au titre de moyens de preuves de la capacité technique/professionnelles pour des services, l'indication des techniciens ou organismes responsables de la gestion de l'environnement et de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs.

L'amendement 95 comporte, pour les travaux, le même ajout que l'amendement 93 propose pour les services.

Les amendements 93 et 95 visent à juger de la capacité technique d'un opérateur économique à fournir des services ou à réaliser des travaux qui seraient respectueux de l'environnement et de la santé et de la protection des travailleurs. Ces éléments relèvent soit de la description des spécifications du service soit du respect de la législation sociale ou environnementale qui trouvent leur place à d'autres phases de la procédure d'attribution. Toutefois, des mesures de «gestion environnementale» peuvent, dans des cas appropriés, attester d'une capacité technique «environnementale».

La Commission reprend donc les amendements 30, 93 et 95 aux articles 48 et 49, modifiés comme suit:

«Article 48

**Capacité économique et financière**

1. La justification de la capacité économique et financière de l'opérateur économique peut, en règle générale, être constituée par une ou plusieurs des références suivantes:

- a) des déclarations appropriées de banques ou, le cas échéant, la preuve d'une assurance des risques professionnels;
- b) la présentation des bilans ou d'extraits des bilans, dans les cas où la publication des bilans est prescrite par la législation du pays où l'opérateur économique est établi;
- c) une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités

faisant l'objet du marché, pour au maximum les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création ou du début d'activités de l'opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles.

2. Un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit dans ce cas prouver au pouvoir adjudicateur qu'il disposera des moyens nécessaires, par exemple, par la production de l'engagement de ces entités à cet effet.

2 bis Dans les mêmes conditions un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 3 peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou d'autres entités.

3. Les pouvoirs adjudicateurs précisent, dans l'avis de marché ou dans l'invitation à soumissionner, celle ou celles des références visées au paragraphe 1 qu'ils ont choisies ainsi que les autres références probantes qui doivent être produites.

4. Si, pour une raison justifiée, l'opérateur économique n'est pas en mesure de produire les références demandées par le pouvoir adjudicateur, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur.»

Considérant: «(40) Dans les cas appropriés, où la nature des travaux et/ou des services justifie que des mesures ou des systèmes de gestion environnemental soient appliqués lors de l'exécution du marché public, l'application de tels mesures ou systèmes peut être requise. Les systèmes de gestion environnemental, indépendamment de leur enregistrement conformément aux instruments communautaires (Réglementation EMAS), peuvent démontrer la capacité technique de l'opérateur économique à réaliser le marché. Par ailleurs, une description des mesures appliquées par l'opérateur économique pour assurer le même niveau de protection de l'environnement doit être acceptée comme moyen de preuve alternatif aux systèmes de gestion environnementaux enregistrés.»

«Article 49

**Capacités techniques et/ou professionnelles**

1. Les capacités techniques et/ou professionnelles des opérateurs économiques sont évaluées et vérifiées conformément aux dispositions des paragraphes 2 et 3.

2. Les capacités techniques des opérateurs économiques peuvent être justifiées d'une ou de plusieurs des façons suivantes, selon la nature, la quantité ou l'importance, et l'utilisation des fournitures, des services ou des travaux:

1. a) la présentation de la liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années, cette liste étant appuyée de certificats de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Ces certificats indiquent le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux et précisent s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin; le cas échéant, ces certificats sont transmis directement au pouvoir adjudicateur par l'autorité compétente;
    - 5 bis. pour les marchés publics de travaux et de services et uniquement dans les cas appropriés, l'indication des mesures de la gestion environnementale que l'opérateur économique pourra appliquer lors de la réalisation du marché;
  - b) la présentation d'une liste des principales livraisons ou des principaux services effectués au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Les livraisons et les prestations de services sont prouvées:
    - lorsque le destinataire a été un pouvoir adjudicateur, par des certificats émis ou contresignés par l'autorité compétente;
    - lorsque le destinataire a été un acheteur privé, par une certification de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration de l'opérateur économique;
  2. l'indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise de l'opérateur économique, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité et, lorsqu'il s'agit de marchés publics de travaux, dont l'entrepreneur disposera pour l'exécution de l'ouvrage;
    - a) des échantillons, descriptions et/ou photographies dont l'authenticité doit pouvoir être certifiée à la demande du pouvoir adjudicateur;
    - b) des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité et reconnus compétents, attestant la conformité de produits bien identifiée par des références à certaines spécifications ou normes;
  3. une description de l'équipement technique, des mesures employées par le fournisseur ou par le prestataire de services pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise;
  4. lorsque les produits ou les services à fournir sont complexes ou que, à titre exceptionnel, ils doivent répondre à un but particulier, un contrôle effectué par le pouvoir adjudicateur ou, au nom de celui-ci, par un organisme officiel compétent du pays dans lequel le fournisseur ou le prestataire de services est établi, sous réserve de l'accord de cet organisme; ce contrôle porte sur les capacités de production du fournisseur ou sur la capacité technique du prestataire de services et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il prend pour contrôler la qualité;
  5. l'indication des titres d'études et professionnels du prestataire de services ou de l'entrepreneur et/ou des cadres de l'entreprise et, en particulier, du ou des responsables de la prestation de services ou de la conduite des travaux;
    6. une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du prestataire de services ou de l'entrepreneur et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années;
    7. une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services ou l'entrepreneur disposera pour la réalisation du marché;
    8. l'indication de la part du marché que le prestataire de services a éventuellement l'intention de sous-traiter;
    9. en ce qui concerne les produits à fournir:
      3. Un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché détermine, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit dans ce cas prouver au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires, par exemple, par la production de l'engagement de ces entités de mettre à la disposition de l'opérateur économique les moyens nécessaires.
- 3 bis Dans les mêmes conditions un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 3 peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou d'autres entités.
4. Dans les procédures de passation des marchés publics ayant pour objet la prestation de services et/ou l'exécution de travaux, la capacité des opérateurs économiques de fournir les services ou d'exécuter les travaux peut être évaluée en vertu notamment de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité.

5. Le pouvoir adjudicateur précise, dans l'avis ou dans l'invitation à soumissionner, celles des références visées au paragraphe 2 qu'il entend obtenir.»

L'amendement 31 vise à renforcer les obligations du pouvoir adjudicateur relatives au respect de la confidentialité des données transmises par les opérateurs économiques, notamment en donnant la liste des informations ou documents concernés et en précisant que le respect de ces obligations s'impose pendant et après les procédures d'attribution.

L'établissement d'une liste d'informations et documents, telle que prévue par l'amendement, paraît excessive, mais peut être retenue sous forme d'exemple. En ce qui concerne les solutions techniques proposées dans le dialogue compétitif, l'article 30 régit déjà cet aspect (paragraphe 3, 3ème alinéa). En revanche, le caractère absolu de la disposition «tout au long de la procédure et au terme de celle-ci» pourrait avoir pour effet d'entraver la concurrence: l'entreprise ayant conçu un projet dans le cadre d'un marché de services serait ensuite la seule à pouvoir réaliser ce même projet puisque les plans ne pourraient être communiqués à aucun autre candidat ou soumissionnaire. D'autre part, une contradiction pourrait apparaître entre les obligations de transparence, par exemple, vis à vis des organes de contrôle, et les obligations de confidentialité.

Compte tenu de l'amendement 31, qui a reconnu le droit des opérateurs économiques d'exiger le respect, conformément au droit national applicable, de la confidentialité des informations qu'ils communiquent, la Commission modifie l'article 5 comme suit:

#### «Article 5

#### **Confidentialité**

La présente directive ne limite pas le droit des opérateurs économiques d'exiger d'un pouvoir adjudicateur, conformément au droit national, qu'il respecte le caractère confidentiel des informations qu'ils lui communiquent; ces informations comprennent, notamment les secrets techniques ou commerciaux et les offres.»

L'amendement 147 introduit une nouvelle disposition rappelant que les principes du traité s'appliquent à tous les marchés publics, y compris ceux se situant au dessous des seuils d'application de la directive. En ce qui concerne le principe de non-discrimination, cette disposition précise qu'il implique une obligation de transparence et que cette transparence consiste à garantir un niveau de publicité permettant l'ouverture des marchés publics de services à la concurrence et l'impartialité des procédures d'adjudication. Pour garantir le respect de cette obligation, les EM devraient se référer aux dispositions pertinentes de la directive.

Un rappel à l'obligation du respect des règles du traité lors de la passation de marchés publics en dessous des seuils d'application de la directive est dans la ligne du droit communautaire et de la jurisprudence de la Cour. Toutefois, il ne serait en aucune manière justifié de limiter les implications découlant du principe de la transparence aux seuls marchés publics de services, comme il est par contre proposé dans l'amendement.

Il ne serait pas non plus approprié de prévoir que pour la mise en œuvre de l'obligation de transparence les États membres se réfèrent «aux dispositions pertinentes de la directive», ce qui, d'une part, créerait une incertitude juridique et, d'autre part, irait au delà du respect des principes du traité. Ces principes, en effet, n'impliquent pas des obligations de publicité et de procédure aussi précises que celles prévues par la directive et il ne paraît ni justifié ni approprié de soumettre des marchés de n'importe quelle valeur à ces règles.

La Commission reprend l'amendement en reformulant le considérant (2) de sa proposition comme suit:

«(2) Les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services et les principes qui s'en dégagent, tels que les principes d'égalité de traitement, dont le principe de non-discrimination n'est qu'une expression particulière, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité, de transparence s'appliquent aux marchés conclus par les entités soumises au traité ou en nom et pour compte des ces entités. Ces principes s'appliquent quelle que soit la valeur des marchés. Toutefois, afin de faciliter leur application pour des marchés d'une valeur importante, il convient, de coordonner par la présente directive les procédures nationales de passation. Ces dispositions de coordination doivent être interprétées conformément aux règles et principes précités ainsi qu'en conformité avec les autres règles du traité.»

Les amendements 34 et 35 concernant les méthodes pour calculer la valeur estimée des marchés de services.

L'amendement 34 vise, lorsqu'il s'agit du calcul du montant des marchés de services d'assurance, à prendre en compte les autres formes de rémunération comparables aux primes d'assurance.

Cet amendement est justifié par le type de prestations et son mode de rémunération.

L'amendement 35 régit spécifiquement le calcul du montant de marchés ayant une durée indéterminée par reconduction tacite.

L'amendement vise à éviter les morcellements abusifs en vue de soustraire les marchés aux obligations imposées par la directive: il poursuit donc un but louable. Toutefois il faut éviter des recours aux reconductions réduisant la concurrence.

La Commission reprend les amendements 34 et 35, moyennant une reformulation qui vise également à simplifier le texte en fusionnant les quatre articles concernant les méthodes de calcul — article 10 pour les accords-cadres, article 11 pour les fournitures article 12 pour les services et article 13 pour les travaux, comme suit:

«Article 10

**Méthodes de calcul de la valeur estimée des marchés publics et des accords-cadres**

1. Le calcul de la valeur estimée d'un marché public est fondé sur le montant total payable, hors TVA, estimé par le pouvoir adjudicateur. Ce calcul tient compte du montant total estimé, y compris toute forme d'option éventuelle et les reconductions tacites du contrat éventuelles.

Si le pouvoir adjudicateur prévoit des primes ou des paiements au profit des candidats ou soumissionnaires, il en tient compte pour calculer la valeur estimée du marché.

2. Cette estimation doit valoir au moment de l'envoi de l'avis de marché, tel que prévu à l'article 34, paragraphe 2, ou, dans les cas où un tel avis n'est pas requis, au moment où le pouvoir adjudicateur débute la procédure d'attribution du marché.

3. Aucun projet d'ouvrage ni aucun projet d'achat visant à obtenir une certaine quantité de fournitures et/ou de services ne peut être scindé en vue de le soustraire à l'application de la présente directive.

4. Pour les marchés publics de fournitures ayant pour objet le crédit-bail, la location ou la location-vente de produits, la valeur à prendre comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché est la suivante:

- a) dans l'hypothèse de marchés publics ayant une durée déterminée, dans la mesure où celle-ci est égale ou inférieure à douze mois, la valeur totale estimée pour la durée du marché ou, dans la mesure où la durée du marché est supérieure à douze mois, la valeur totale incluant le montant estimé de la valeur résiduelle;
- b) dans l'hypothèse de marchés publics ayant une durée indéterminée ou dans le cas où la détermination de leur durée ne peut être définie, la valeur mensuelle multipliée par 48.

5. Pour les marchés publics de services, la valeur à prendre comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché est, le cas échéant, la suivante:

- a) pour les types de service suivants:
  - i) services d'assurance: la prime payable et les autres modes de rémunération;

- ii) services bancaires et autres services financiers: les honoraires, commissions, intérêts et autres modes de rémunération;

- iii) marchés impliquant la conception: honoraires, commissions payables et autres modes de rémunération.

b) pour les marchés de service n'indiquant pas un prix total:

- i) dans l'hypothèse de marchés ayant une durée déterminée, dans la mesure où celle-ci est égale ou inférieure à quarante-huit mois: la valeur totale estimée pour toute leur durée;

- ii) dans l'hypothèse de marchés ayant une durée indéterminée ou supérieure à quarante-huit mois: la valeur mensuelle multipliée par 48.

6. Pour les marchés publics de travaux, le calcul de la valeur estimée doit prendre en compte le montant des travaux ainsi que la valeur totale estimée des fournitures nécessaires à l'exécution des travaux et mises à la disposition de l'entrepreneur par les pouvoirs adjudicateurs.

7. a) Lorsqu'un ouvrage envisagé ou un projet d'achat de services peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur globale estimée de la totalité de ces lots doit être prise en compte.

Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le seuil prévu à l'article 8, la directive s'applique à la passation de chaque lot.

Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à cette application pour des lots dont la valeur estimée hors TVA est inférieure à 80 000 euros pour les services et 1 million d'euros pour les travaux et pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur cumulée de l'ensemble des lots;

b) Lorsque un projet visant à obtenir des fournitures homogènes peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur estimée de la totalité de ces lots doit être prise en compte pour l'application de l'article 8, points a) et b)

Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le seuil prévu à l'article 8, la directive s'applique à la passation de chaque lot.

8. Lorsqu'il s'agit de marchés publics de fournitures ou de services présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée, doit être prise comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché:

a) soit la valeur réelle globale des contrats successifs analogues passés au cours des douze mois ou de l'exercice précédent, corrigée, si possible, pour tenir compte des modifications en quantité ou en valeur qui surviendraient au cours des douze mois suivant le contrat initial;

b) soit la valeur estimée globale des contrats successifs passés au cours des douze mois suivant la première livraison ou au cours de l'exercice dans la mesure où celui-ci est supérieur à douze mois.

Le choix de la méthode pour le calcul de la valeur estimée d'un marché public ne peut être effectué avec l'intention de le soustraire à l'application de la présente directive.

9. Le calcul de la valeur d'un accord-cadre est fondé sur la valeur maximale estimée hors TVA de l'ensemble des marchés envisagés pour la durée totale de l'accord.»

L'amendement 36 prévoit la possibilité pour les États membres de réserver des marchés à des programmes d'emplois ou à des ateliers protégés.

Cet amendement peut être accepté en le modifiant afin d'éclaircir davantage que la réservation n'implique pas une exonération de l'application de toutes les autres dispositions de la directive applicables aux marchés publics.

La Commission reprend cet amendement comme suit:

«Article 19 ter

### Marchés réservés

Les États membres peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le contexte de programmes d'emplois protégés lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

L'avis de marché doit faire mention de cette disposition.»

L'amendement 121 modifie l'article 18, point b); il trouve son origine dans les différentes versions linguistiques de la directive «services» 92/50/CEE et il souligne la nécessité d'une meilleure harmonisation linguistique. Cela est utile, mais exige une reformulation du texte de l'amendement pour qu'il soit interprété conformément au principe de la libre circulation des marchandises.

La Commission reprend cet amendement, modifié comme suit:

«Article 18

### Exclusions spécifiques

La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services:

...

b) visant l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes par des organismes de radiodiffusion et des marchés concernant les temps de diffusion. Cette exclusion ne s'applique pas aux fournitures du matériel technique nécessaire pour la production, la coproduction et l'émission de ces programmes;

...»

L'amendement 38 étend aux marchés de fournitures et de travaux une exclusion qui ne concerne que les marchés de services. Cette extension est inacceptable, car elle remettrait en cause, sans justification valable, l'acquis communautaire en excluant du champ d'application de la directive des marchés actuellement soumis.

D'autre part, l'amendement précise la notion «d'entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur»: cette partie est acceptable, car elle ne remet pas en cause l'acquis communautaire, mais, au contraire, est de nature à clarifier la disposition.

La Commission reprend donc l'amendement 38 comme suit:

«Article 19

### Marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif

La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services attribués par un pouvoir adjudicateur à un autre pouvoir adjudicateur ou à une association de pouvoirs adjudicateurs sur la base d'un droit exclusif dont ceux-ci bénéficient en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité.»

L'amendement 40 introduit un nouvel article visant à exclure du champ d'application de la directive les marchés conclus par un pouvoir adjudicateur avec une entité placée sous sa totale dépendance ou avec une «joint-venture» formée par ce pouvoir adjudicateur avec d'autres pouvoirs adjudicateurs.

Cet amendement reprend l'esprit de la jurisprudence actuelle (Arrêt «Teckal»). Il nécessite une reformulation pour reprendre précisément les éléments contenus dans l'arrêt, les adapter à la situation d'un groupement de pouvoirs adjudicateurs et les situer à l'endroit approprié de la directive.

«Article 19 bis

### Marchés passés avec des entités détenues par un pouvoir adjudicateur

1. La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics qu'un pouvoir adjudicateur passe avec une entité juridiquement distincte détenue exclusivement par ce pouvoir adjudicateur, pour autant que:

— cette entité ne jouisse pas d'autonomie décisionnelle par rapport à ce pouvoir adjudicateur du fait que celui-ci exerce sur elle un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services;

— cette entité réalise la totalité de son activité avec le pouvoir adjudicateur qui la détient.

2. Lorsqu'une telle entité est elle-même un pouvoir adjudicateur, elle est tenue de respecter, pour répondre à ses propres besoins, les règles de passation des marchés prévues par la présente directive.

3. Lorsqu'une telle entité n'est pas un pouvoir adjudicateur, les États membres prennent les mesures nécessaires pour qu'elle applique, pour répondre à ses propres besoins, les règles de passation des marchés prévues par la présente directive.»

L'amendement 57 vise:

1. à introduire une nouvelle possibilité d'utiliser une procédure négociée avec publicité préalable pour les marchés de fournitures
2. et à préciser l'applicabilité de la disposition actuelle en matière de services «intellectuels».

La partie 1 de l'amendement est inacceptable, car elle remettrait en cause l'acquis communautaire en élargissant aux marchés de fournitures, sans justification valable, les possibilités de négocier les offres. Il y a lieu de souligner que, en vertu des possibilités offertes par la définition des spécifications techniques en termes de performance et par les variantes, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent se trouver dans l'impossibilité de définir suffisamment les fournitures qu'ils recherchent que dans les cas visés par la procédure de dialogue compétitif.

La partie 2 de l'amendement, par contre, est acceptée ainsi reformulée:

«Article 29

### Cas justifiant le recours à la procédure négociée avec publication d'un avis de marché

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics en recourant à une procédure négociée après avoir publié un avis de marché dans les cas suivants:

...

- c) dans le domaine des services, notamment au sens de la catégorie 6 de l'annexe II A, et pour des prestations intellectuelles, telles que la conception d'ouvrage, dans la mesure où la nature de la prestation à fournir est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre l'attribution du marché par la sélection de la meilleure offre, conformément aux règles régissant la procédure ouverte ou la procédure restreinte;

...»

Il convient de noter que la Commission considère utile, afin de respecter l'historique tenant aux dates d'adoption des premières directives, de modifier l'ordre «fournitures, services et travaux» en «travaux, fournitures et services». Par conséquent, l'annexe I A est devenue Annexe II A.

L'amendement 150 vise à assurer que les concédants puissent se prévaloir de recours à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché pour l'attribuer directement au concessionnaire les travaux complémentaires, ne figurant pas dans le projet initial, mais devenus nécessaires à l'exécution de l'ouvrage à la suite de circonstances imprévues et ne pouvant être techniquement ou économiquement séparés de l'ouvrage principal sans inconvénient majeur, ou les travaux qui, bien que séparables de l'exécution de cet ouvrage, seraient strictement nécessaires à son perfectionnement.

Cet amendement peut être accepté sous cette forme:

«Article 73 bis

### Cas justifiant l'attribution directe de marchés complémentaires au concessionnaire

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent attribuer directement au concessionnaire des marchés publics concernant des travaux complémentaires qui ne figurent pas dans le projet initialement envisagé de la concession ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui exécute ce service ou cet ouvrage:

— lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs,

ou

— lorsque ces services ou travaux, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.

Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant de l'ouvrage initial faisant l'objet de la concession.»

L'amendement 70 vise à:

1. simplifier les dispositions concernant les délais applicables aux différents stades des procédures d'attribution des marchés;
2. supprimer le raccourcissement des délais en cas de publication d'un avis périodique indicatif;
3. supprimer toute possibilité de raccourcir ces délais en cas d'utilisation de moyens électroniques.

Sur le point 1: pour éviter un vide juridique en ce qui concerne les délais de réception des offres dans les procédures restreintes, il est nécessaire de reformuler l'amendement, dont l'acceptation entraîne une prolongation de 3 jours de certains délais.

Sur le point 2: l'amendement n'est pas justifié, car il pose un double problème: d'une part il constitue une discrimination à rebours au détriment des pouvoirs adjudicateurs européens par rapport à leurs homologues des pays tiers ayant adhéré à l'Accord sur les marchés publics au sein de l'OMC, d'autre part il risque de priver les entreprises d'informations concernant les intentions des pouvoirs adjudicateurs.

Sur le point 3: la suppression des possibilités de réductions de délais, qui ne pénalisent nullement les entreprises, irait à l'encontre de l'objectif visant à encourager les acheteurs à utiliser les moyens électroniques, comme souhaité par le Conseil de Lisbonne.

La Commission reprend l'amendement 70 comme suit:

«Article 37

#### **Délais des demandes de participation et réception des offres**

1. En fixant les délais de réception des offres et des demandes de participation, les pouvoirs adjudicateurs tiennent compte en particulier de la complexité du marché et du temps nécessaire pour préparer les offres, sans préjudice des délais minima fixés par cet article.
2. Dans les procédures ouvertes, le délai minimal de réception des offres est de 52 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché.
3. Dans les procédures restreintes, les procédures négociées avec publication d'un avis de marché visées à l'article 29 et en cas de recours au dialogue compétitif:

- a) le délai minimal de réception des demandes de participation est de 40 jours à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché;
- b) dans les procédures restreintes, le délai minimal de réception des offres est de 40 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation.

4. Dans les cas où les pouvoirs adjudicateurs ont publié un avis de pré-information, le délai minimal pour la réception des offres visé au paragraphe 2 et au paragraphe 3, point b), peut être réduit, en règle générale, à 36 jours mais, en aucun cas, à moins de 22 jours.

Ce délai court à compter de la date d'envoi de l'avis de marché dans les procédures ouvertes et à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner dans les procédures restreintes.

Le délai réduit visé au premier alinéa est admis à condition que l'avis de pré-information ait comporté toutes les informations requises dans le modèle d'avis de marché figurant à l'annexe VII A, pour autant que ces informations soient disponibles au moment de la publication de l'avis, et ait été envoyé pour sa publication entre un minimum de 52 jours et un maximum de 12 mois avant la date d'envoi de l'avis de marché.

5. Lorsque les avis sont préparés et envoyés par des moyens électroniques conformément au format et aux modalités de transmission indiqués à l'annexe VIII, paragraphe 3, les délais de réception des offres visés aux paragraphes 2 et 4, dans les procédures ouvertes, et le délai de réception des demandes de participation visé au paragraphe 3, point a), dans les procédures restreintes et négociées et en cas de recours au dialogue compétitif, peuvent être raccourcis de 7 jours.

6. Une réduction de cinq jours des délais de réception des offres indiqués au paragraphe 2 et au paragraphe 3, point b), ci-dessus est possible lorsque le pouvoir adjudicateur offre, par moyen électronique et à compter de la publication de l'avis conformément à l'annexe VIII, l'accès libre, direct et complet au cahier des charges et à tout document complémentaire, en indiquant dans le texte de l'avis l'adresse Internet à laquelle ces documents peuvent être consultés.

Cette réduction est cumulable avec celle prévue au paragraphe 5.

7. Lorsque, pour quelque raison que ce soit, le cahier des charges et les documents ou renseignements complémentaires, bien que demandés en temps utile, n'ont pas été fournis dans les délais fixés à l'article 38 ou lorsque les offres ne peuvent être faites qu'à la suite d'une visite des lieux ou après consultation sur place de documents annexés au cahier des charges, les délais de réception des offres doivent être prolongés de manière à ce que tous les opérateurs économiques concernés puissent prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour la formulation des offres.

8. Dans les procédures restreintes et négociées avec publication d'un avis de marché visées à l'article 29, lorsque l'urgence rend impraticables les délais minimaux prévus au présent article, les pouvoirs adjudicateurs peuvent fixer:

- a) un délai pour la réception des demandes de participation qui ne peut être inférieur à 15 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou à 10 jours si l'avis est envoyé par moyens électroniques conformément au format et aux modalités de transmission indiquées à l'annexe VIII, paragraphe 3;
- b) et, dans le cas des procédures restreintes, un délai pour la réception des offres qui ne peut être inférieur à 10 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.»

L'amendement 74 précise que l'obligation de l'acheteur de préserver la confidentialité et l'intégrité des données qui lui sont soumises couvre tout le cycle opérationnel de la procédure: stockage, traitement et conservation.

Les précisions proposées seront reprises dans les dispositions pertinentes du texte, reformulées pour prendre en compte les exigences des divers types de soumission électronique.

La Commission reprend l'amendement 74 en modifiant l'article 42 de sa proposition comme suit:

«Article 42

**Règles applicables aux communications**

1. Toutes les communications ainsi que tous les échanges d'informations mentionnés dans le présent titre peuvent, au choix du pouvoir adjudicateur, être faits par courrier, par télécopieur, par moyens électroniques conformément aux paragraphes 4 et 5, par téléphone dans les cas et aux conditions visés au paragraphe 6, ou par une combinaison de ces moyens.

2. Les moyens de communication choisis doivent être généralement disponibles et ne peuvent donc avoir pour effet de restreindre l'accès des opérateurs économiques à la procédure d'attribution.

3. Les communications, les échanges et le stockage d'informations sont faits de manière à assurer que l'intégrité des données et la confidentialité des offres et des demandes de participation soient préservées et que les pouvoirs adjudicateurs ne prennent connaissance du contenu des offres et des demandes de participation qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de celles-ci.

4. Les outils utilisés pour communiquer par des moyens électroniques, ainsi que leurs caractéristiques techniques, doivent avoir un caractère non discriminatoire, être raisonnablement à la disposition du public et compatibles avec les technologies d'information et de communication généralement utilisées.

5. Les règles ci-après sont applicables aux dispositifs de réception électronique des offres et des demandes de participation:

- a) les informations relatives aux spécifications nécessaires à la présentation des offres et des demandes de participation par voie électronique, y compris le cryptage, doivent être à la disposition des parties intéressées. En outre, les dispositifs de réception électronique des offres et des demandes de participation doivent être conformes aux exigences de l'annexe X;
- b) les États membres peuvent instaurer ou maintenir des régimes volontaires d'accréditation visant à améliorer le niveau du service de certification fourni pour ces dispositifs;
- c) les soumissionnaires ou les candidats s'engagent à ce que les documents, certificats, attestations et déclarations mentionnés aux articles 46 à 50 et à l'article 52, s'ils ne sont pas disponibles sous forme électronique, soient soumis avant l'expiration du délai prévu pour la présentation des offres ou des demandes de participation.

6. Règles applicables à la transmission des demandes de participation:

- a) les demandes de participation aux procédures de passation des marchés publics peuvent être faites par écrit ou par téléphone;
- b) lorsqu'une demande de participation est faite par téléphone, une confirmation écrite doit être transmise avant l'expiration du délai fixé pour leur réception;
- c) les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger, si nécessaire pour des raisons de preuve juridique, que les demandes de participation faites par télécopie soient confirmées par courrier ou par moyen électronique. Dans ce cas, ils indiquent dans l'avis de marché cette exigence et le délai dans lequel elle doit être accomplie.»

Les amendements 77-132 visent:

- 1. à éclaircir que les exigences relatives à la sélection des participants doivent être proportionnées à l'objet du marché
- 2. à renforcer les obligations du pouvoir adjudicateur relatives au respect de la confidentialité des informations transmises par les opérateurs économiques.

En ce qui concerne le premier aspect, les amendements vont dans le sens de la proposition et peuvent être acceptés dans l'esprit. Le deuxième aspect, par contre, est superflu, car il est déjà couvert par l'amendement 31 concernant l'article 5.

La Commission reprend comme suit les amendements 77-132, en les reformulant et en fusionnant les articles 44 et 45 de manière à simplifier le texte et à faciliter un accord entre les co-législateurs:

«Article 43 bis

### La vérification de l'aptitude et le choix des participants, l'attribution des marchés

1. L'attribution des marchés se fait sur la base des critères prévus aux articles 53 et 54, compte tenu de l'article 25, après vérification de l'aptitude des opérateurs économiques non exclus en vertu des articles 46 et 47, effectuée par les pouvoirs adjudicateurs conformément aux critères relatifs à la capacité économique et financière, aux connaissances ou capacités professionnelles et techniques visés aux articles 48 à 52 et, le cas échéant, aux règles et critères non discriminatoires visés au paragraphe 3.

2. Les pouvoirs adjudicateurs spécifient dans l'avis de marché les niveaux minimaux de capacités conformément aux articles 48, 49 et 50, auxquels les candidats et les soumissionnaires doivent satisfaire.

L'étendue des informations visées aux articles 48 et 49 ainsi que les niveaux minimaux de capacités exigés pour un marché déterminé doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché.

3. Dans les procédures restreintes, les procédures négociées avec publication d'un avis de marché et dans le dialogue compétitif les pouvoirs adjudicateurs peuvent restreindre le nombre de candidats appropriés qu'ils inviteront à soumissionner, négocier ou à dialoguer, à condition qu'un nombre suffisant de candidats appropriés soit disponible. Les pouvoirs adjudicateurs indiquent dans l'avis de marché les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'ils prévoient d'utiliser, le nombre minimal de candidats qu'ils prévoient d'inviter et, le cas échéant, le nombre maximum.

4. Dans la procédure restreinte le nombre minimum est de cinq. Dans la procédure négociée avec publication d'un avis de marché et le dialogue compétitif le nombre minimum est de trois. En tout état de cause le nombre de candidats invités doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle.

Les pouvoirs adjudicateurs invitent un nombre de candidats au moins égal au nombre minimum prédéfini. Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection et aux niveaux minimaux est inférieur au nombre minimal, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure en invitant le ou les candidats ayant les capacités requises. Dans le cadre de cette même procédure, le pouvoir adjudicateur ne peut pas inclure d'autres opérateurs économiques n'ayant pas demandé de participer ou des candidats n'ayant pas les capacités requises.

5. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs recourent à la faculté de réduire le nombre de solutions à discuter ou d'offres à négocier, prévue à l'article 30, paragraphe 4, et à l'article 29, paragraphe 4, ils effectuent cette réduction en appliquant les

critères d'attribution qu'ils ont indiqués dans l'avis de marché, dans le cahier des charges ou dans le document descriptif. Dans la phase finale, ce nombre doit permettre d'assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions ou de candidats appropriés.»

L'amendement 80 complète les exclusions obligatoires visées à l'article 46, paragraphe 1, en rajoutant le délit de blanchiment de capitaux provenant d'une activité criminelle au sens de l'article premier de la directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991.

Afin de faciliter un accord entre les co-législateurs, la Commission reprend l'amendement comme suit:

«Article 46

### Situation personnelle du candidat ou du soumissionnaire

1. Est exclu de la participation à un marché public tout candidat ou soumissionnaire ayant fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement définitif, dont le pouvoir adjudicateur a connaissance, pour une ou plusieurs des raisons énumérées ci-dessous:

- a) participation à une organisation criminelle telle que définie à l'article 2, paragraphe 1, de l'action commune du 21 décembre 1998,
- b) corruption, telle que définie respectivement à l'article 3 de l'acte du Conseil du 26 mai 1997 et à l'article 3, paragraphe 1, de l'action commune du 22 décembre 1998,
- c) fraude au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, établie par l'acte du Conseil du 26 juillet 1995.
- d) blanchiment de capitaux tel que défini à l'article premier de la directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux <sup>(1)</sup>, modifiée par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 <sup>(2)</sup>.

...»

Les amendements 86, 87 et 89 modifient l'article 46, paragraphe 2.

L'amendement 86 modifie l'article 46, paragraphe 2, point d), en prévoyant la possibilité d'exclure au titre de la faute grave, un opérateur économique pour violation des conventions internationales du travail et non respect de la législation «fondamentale» européenne en matière de protection de l'emploi et des conditions de travail.

<sup>(1)</sup> JO L 166 du 28.6.1991, p. 77.

<sup>(2)</sup> JO L 344 du 28.12.2001, p. 76.

Le non respect du droit du travail peut motiver des jugements permettant l'exclusion dans le cadre des dispositions proposées par la Commission sans qu'il soit nécessaire de viser explicitement cette hypothèse dans le dispositif; il peut aussi motiver des exclusions pour «faute professionnelle grave» au sens de l'article 46, paragraphe 2 tel que proposé. La Commission a explicité dans sa communication du 15 octobre 2001 sur les considérations sociales dans les marchés publics, dans quelle mesure ces hypothèses étaient couvertes par le droit existant. Ceci vaut également pour la présente proposition; dès lors la Commission l'a explicité dans le considérant (30) cité à l'amendement 51 ci-dessus.

L'amendement 87 introduit la possibilité d'exclure un opérateur qui n'a pas rempli ses obligations de protection envers les travailleurs ni ses obligations en matière de droit du travail à l'égard des représentants des travailleurs selon la législation ou les conventions sociales en vigueur: l'infraction doit avoir été établie par décision d'une juridiction.

Cet amendement explicite la possibilité déjà offerte par l'article 46, paragraphe 2, point c), de la proposition, d'exclure un soumissionnaire qui a fait l'objet d'un jugement pour délit affectant sa moralité professionnelle; cette explicitation est fournie dans le considérant (30) précité.

L'amendement 89 introduit la possibilité d'exclusion pour non respect de la législation sociale constaté par jugement ou tout autre moyen.

Comme les amendements 86 et 87, la Commission a tenu compte de cet amendement dans le considérant (30) précité.

L'amendement 153 vise à permettre aux États membres de confier la vérification des conditions fixées aux articles 46, 47, 48, 49, 50 et 50 bis à des organismes de certification de droit privé.

Afin de faciliter la vérification des critères d'exclusion et de sélection, il est loisible aux États membres de confier cette tâche à des organismes de certification, qu'ils soient privés ou publics. Cela ne doit toutefois pas avoir pour effet d'imposer la certification par les seuls organismes nationaux pour participer aux appels d'offres dans un État de membre.

La Commission reprend cet amendement reformulé comme suit:

«Article 52

#### **Listes officielles d'opérateurs économiques agréés et certification par des organismes de droit public ou privé**

1. Les États membres peuvent instaurer soit des listes officielles d'entrepreneurs, de fournisseurs ou de prestataires de services agréés soit une certification par des organismes de certification publics ou privés.

Ils adaptent les conditions d'inscription sur ces listes ainsi que pour la délivrance de certificats par les organismes de certification aux dispositions de l'article 46 paragraphe 1 et paragraphe 2, points a) à d), et g), des articles 47, 48 paragraphes 1, 3 et 4, et 49 paragraphes 1, 2, 4 et 5, 50 et 50 bis.

Ils les adaptent également aux dispositions des articles 48, paragraphe 2, et 49, paragraphe 3, pour les demandes d'inscription présentées par des opérateurs économiques faisant partie d'un groupe et faisant valoir des moyens mis à leur disposition par les autres sociétés du groupe. Ces opérateurs doivent, dans ce cas, prouver à l'autorité établissant la liste officielle qu'ils disposeront de ces moyens pendant toute la durée de validité du certificat attestant leur inscription à la liste officielle.

2. Les opérateurs économiques inscrits sur des listes officielles ou ayant un certificat peuvent présenter aux pouvoirs adjudicateurs, à l'occasion de chaque marché, un certificat d'inscription délivré par l'autorité compétente ou le certificat délivré par l'organisme de certification compétent. Ces certificats indiquent les références qui ont permis l'inscription sur la liste/la certification ainsi que la classification que cette liste comporte.

3. L'inscription certifiée par les organismes compétents sur des listes officielles ou le certificat délivré par l'organisme de certification ne constitue une présomption d'aptitude, à l'égard des pouvoirs adjudicateurs des autres États membres, que par rapport à l'article 46, paragraphe 1 et paragraphe 2, points a) à d), et g), à l'article 47, à l'article 48, paragraphe 1, points b) et c), et à l'article 49, paragraphe 2, points 1) a), 2), 5), 6) et 7) pour les entrepreneurs, paragraphe 2, points 1) b), 2), 3) 4) et 9) pour les fournisseurs et paragraphe 2, points 1) b) et 3) à 8) pour les prestataires de services.

4. Les renseignements qui peuvent être déduits de l'inscription sur des listes officielles ou de la certification ne peuvent être mis en cause sans justification. En ce qui concerne le versement des cotisations de sécurité sociale et le paiement des impôts et taxes, une attestation supplémentaire peut être exigée, à l'occasion de chaque marché, de tout opérateur économique.

Le bénéfice des dispositions du paragraphe 3 et du premier alinéa du présent paragraphe n'est accordé par les pouvoirs adjudicateurs des autres États membres qu'aux opérateurs économiques établis dans le pays qui a dressé la liste officielle.

5. Pour l'inscription des opérateurs économiques des autres États membres sur une liste officielle ou pour leur certification par les organismes visés au paragraphe 1, il ne peut être exigé d'autres preuves et déclarations que celles demandées aux opérateurs économiques nationaux et, en tout cas, pas d'autres que celles prévues aux articles 46 à 50 bis.

Toutefois, une telle inscription ou certification ne peut pas être imposée aux opérateurs économiques des autres États membres en vue de leur participation à un marché public. Les pouvoirs adjudicateurs reconnaissent les certificats équivalents des organismes établis dans d'autres États membres. Ils acceptent également d'autres moyens de preuves équivalents.

6. Les organismes de certifications visés au paragraphe 1 sont des organismes qui répondent aux normes européennes en matière de certification.

7. Les États membres qui ont des listes officielles ou des organismes de certification visés au paragraphe 1 sont tenus de communiquer aux autres États membres l'adresse de l'organisme auprès duquel les demandes peuvent être présentées.»

L'amendement 104 précise que l'obligation de l'acheteur de préserver la confidentialité et l'intégrité des données qui lui sont soumises couvre en partie le cycle opérationnel de la procédure: stockage, traitement et conservation.

Les précisions proposées sont reformulées pour prendre en compte les exigences des divers types de soumission électronique et reprises comme suit:

«Article 61

#### Moyens de communication

1. Les dispositions de l'article 42 paragraphes 1, 2 et 4 sont d'application pour toutes les communications relatives aux concours.

2. Les communications, les échanges et le stockage d'informations sont faits de manière à assurer que l'intégrité et la confidentialité de toute information transmise par les participant aux concours soient préservées et que le jury ne prenne connaissance du contenu des plans et des projets qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de ceux-ci.

3. Les règles ci-après sont applicables aux dispositifs de réception électronique des plans et des projets:

- a) les informations relatives aux spécifications nécessaires à la présentation des plans et projets par voie électronique, y compris le cryptage, doivent être à la disposition des parties intéressées. En outre, les dispositifs de réception électronique des plans et projets doivent être conformes aux exigences de l'annexe X;
- b) les États membres peuvent instaurer ou maintenir des régimes volontaires d'accréditation visant à améliorer le niveau du service de certification fourni pour ces dispositifs.»

Les amendements 110 et 113 modifient l'annexe VII A en ce qui concerne les avis de marché.

L'amendement 110 impose aux pouvoirs adjudicateurs d'indiquer dans l'avis de pré-information l'organisme auprès duquel l'information sur la législation en matière fiscale, sociale et environnementale peut être obtenue

Les opérateurs économiques doivent avoir connaissance des éléments nécessaires pour la préparation de leurs offres. Certains éléments relèvent de la législation nationale lorsqu'un marché de travaux ou une prestation de services seront réalisés dans le pays du pouvoir adjudicateur. Dès lors il est légitime que les pouvoirs adjudicateurs soient obligés d'indiquer auprès de qui ils peuvent se procurer ces informations. Toutefois, cette information devrait plus utilement figurer dans l'avis de marché.

L'amendement 113 impose aux pouvoirs adjudicateurs de fournir dans les avis de marché les coordonnées des instances compétentes en matière de recours relatifs à l'attribution des marchés publics.

Une transparence accrue dans ce domaine est souhaitable.

La Commission reprend donc les amendements 110 et 113 comme suit:

#### «AVIS DE MARCHÉS

PROCÉDURES OUVERTES, RESTREINTES, DIALOGUE COMPÉTITIF, PROCÉDURES NÉGOCIÉES:

1. Nom, adresse, numéro de téléphone et télécopieur, adresse électronique du pouvoir adjudicateur.

1 bis) Lorsqu'il s'agit de marchés publics de travaux, de fournitures comportant des travaux de pose et d'installation et de services: nom, adresse, numéro de téléphone et télécopieur, adresse électronique des services auprès desquels peuvent être obtenues les informations pertinentes sur les dispositions en matière de fiscalité, de protection de l'environnement, de protection du travail et de conditions de travail, qui sont applicables au lieu où la prestation est à réaliser.

...

23 bis) Nom et adresse de l'organe compétent pour les procédures de recours et, le cas échéant, de médiation. Précisions concernant les délais d'introduction des recours.

...»

L'amendement 114 impose aux pouvoirs adjudicateurs d'indiquer dans les avis sur les marchés passés les coordonnées des instances compétentes en matière de recours relatifs à l'attribution des marchés publics.

Une transparence accrue dans ce domaine est souhaitable. La Commission reprend donc cet amendement comme suit:

#### «AVIS SUR LES MARCHÉS PASSÉS

...

12 bis) Nom et adresse de l'organe compétent pour les procédures de recours et, le cas échéant, de médiation. Précisions concernant les délais d'introduction des recours.»

3.3. *Amendements non acceptés par la Commission* (162, 8, 173, 25, 29, 32, 37, 159, 49, 151, 68, 78, 63, 139, 66, 69, 161, 71, 72, 131, 73, 75, 76, 81, 82, 83, 84, 90, 92, 94, 176, 99, 102, 103, 107, 108, 111, 115, 117 et 116)

L'amendement 162 introduit un nouveau considérant 1 bis visant à faire tenir compte, dans les procédures de passation, de la directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

Cet amendement est superflu, car hors champ d'application de la présente directive: il réaffirme l'applicabilité d'une directive qui impose des obligations aux secteurs privés et publics avant le lancement de tout projet et, donc, de toute procédure d'attribution.

L'amendement 8 complète le considérant concernant les spécifications techniques en soulignant que les pouvoirs adjudicateurs, à défaut de spécifications européennes, doivent pouvoir fixer préalablement des critères nationaux précis et cela pour contenir les frais d'entretien et de réparation au niveau le plus bas. Cet amendement doit être considéré avec l'amendement 45, qui permet à un pouvoir adjudicateur de rejeter une solution équivalente — le cas échéant nationale — au motif qu'elle entraînerait des coûts plus importants. Cette partie de l'amendement 45 étant inacceptable car contraire à l'article 28 du traité, l'amendement 8 doit l'être également. De plus, il n'appartient pas aux pouvoirs adjudicateurs de fixer des critères nationaux ayant une portée générale. En ce qui concerne la référence à une norme nationale, le considérant de la proposition initiale de la Commission est déjà explicite.

L'amendement 173 modifie l'article 1<sup>er</sup> pour définir les marchés particulièrement complexes qui peuvent faire l'objet d'un dialogue compétitif, dans l'article 1<sup>er</sup> au lieu de l'article 30, qui détaille la procédure, en donnant une liste d'exemples non exhaustive. En fait, plus qu'une définition, il s'agit d'une énumération de cas dans lesquels le recours à un dialogue compétitif est permis, à savoir lorsque les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas en mesure, soit de définir les moyens techniques ou autres pouvant satisfaire leurs besoins, soit de prévoir les solutions que le marché peut offrir. Concernant l'impossibilité de définir les moyens, l'impossibilité ne doit pas être imputable à l'absence d'un concours préalable ou au fait qu'un marché à spécifications fonctionnelles aurait pu suffire.

La Commission considère que la notion de marché complexe n'est pas nécessaire et qu'il est préférable de définir — à l'article 30 — les conditions objectives permettant de recourir au dialogue compétitif.

En ce qui concerne la condition suivant laquelle l'organisation d'un concours préalable n'aurait pas mis le pouvoir adjudicateur en mesure de définir les moyens aptes à satisfaire à ses besoins, l'amendement est inacceptable parce qu'il pose les mêmes problèmes en termes de subsidiarité que les amendements 142, 7 et 171-145 visant à introduire une séparation obligatoire entre conception et réalisation d'ouvrages.

L'amendement 25 régit spécifiquement les accords-cadre dans le domaine des services de traduction et d'interprétation.

Il y a lieu de souligner que les services visés par cet amendement relèvent de l'annexe I B et, de ce fait, ne sont pas soumis à l'ensemble des règles de procédure de la directive (mise en concurrence et règles détaillées). Par conséquent, l'amendement, en prévoyant des règles spécifiques pour les accords-cadre, rendrait, sans justification, la législation applicable à ces accords plus rigide que celle applicable aux marchés publics qui sont passés dans le même secteur.

L'amendement 29, afin de rendre obligatoire l'octroi de primes aux participants aux concours, modifie la définition de «concours» en la limitant aux seuls concours avec attribution de primes.

Le principe de rendre obligatoire l'octroi de primes aux participants peut être justifié lorsque le concours concerne des projets engageant des frais réels, tels que les concours organisés en vue de la réalisation d'un ouvrage, d'un projet urbain ou paysager. Cependant, il y a lieu de remarquer que les concours peuvent être organisés dans d'autres domaines ne justifiant pas cet octroi obligatoire. En outre, la définition proposée par l'amendement, qui impose le recours aux seuls concours avec primes, ne paraît pas appropriée en vue d'atteindre cet objectif. En effet, une telle définition n'empêcherait pas l'organisation de concours sans primes, mais elle les ferait sortir du champ d'application de la directive.

L'amendement 32 prévoit un relèvement des seuils indiqués dans la proposition de la Commission se situant autour des 50 %.

Les seuils des directives en vigueur sont tels que la réglementation communautaire ne couvre déjà que les contrats les plus importants en termes de valeurs. Un relèvement des seuils de la directive comporterait une réduction injustifiée des garanties d'ouverture des marchés publics actuellement offertes aux opérateurs économiques de l'Union. Il faut noter qu'une prétendue complexité des procédures conformes aux directives et les coûts administratifs y afférents ne pourraient justifier un relèvement: ces coûts, en effet, sont comparables à la complexité et aux coûts d'autres procédures d'attribution nationales en vigueur pour les marchés en dessous des seuils.

En outre, un relèvement des seuils unilatéral de la part de l'Union européenne serait incompatible avec ses obligations internationales au sein de l'OMC. D'autre part, une demande européenne de relèvement des seuils dans le cadre actuel de la révision de l'Accord sur les marchés publics entraînerait une perte nette de crédibilité pour l'Europe dans le contexte des négociations inhérentes à cette révision, où le mandat de négociation mentionne clairement l'objectif d'élargir la couverture de l'accord; en outre, une telle demande provoquerait en contrepartie soit une demande de compensations de la part de nos partenaires soit une fermeture réciproque des marchés internationaux.

Par ailleurs, il y a lieu de noter que le mécanisme de révision bisannuelle des seuils, prévu afin de les adapter aux modifications intervenues dans les parités monnaies européennes/DTS, peut déjà, comme c'est actuellement le cas pour les seuils applicables pour la période 2002-2004, aboutir à un relèvement sensible des seuils.

L'amendement 37 ajoute une exclusion concernant les services financiers pour contracter des emprunts destinés à des investissements et à des besoins de trésorerie

Cette exclusion aurait pour effet de permettre que tout financement d'un projet d'une collectivité publique, notamment locale, puisse être contracté sans mise en concurrence au niveau européen. Ceci va en l'encontre des objectifs de libération des services financiers et ne se justifie pas par l'argument de la volatilité des taux d'intérêts qui est avancée. En effet il existe des procédures suffisamment souples — par exemple les accords cadre combinés avec les moyens électroniques et en particulier les enchères inversées — pour permettre de prendre en compte cette volatilité.

L'amendement 159 vise à:

1. assurer que le pouvoir adjudicateur n'impose pas «des restrictions quantitatives à l'exercice par les entreprises de leur droit d'organiser leurs propres facteurs de production»;
2. obliger le pouvoir adjudicateur à demander au soumissionnaire d'indiquer la part du marché qui sera sous-traitée et le nom des sous-traitants;
3. obliger le pouvoir adjudicateur à interdire de sous-traiter à une entreprise concernée par une des hypothèses mentionnées dans les articles 46 «et/ou ne répondant pas aux critères énumérés aux articles 47, 48 et 49»;
4. interdire de sous-traiter «les services intellectuels, à l'exception des services de traduction et d'interprétation, ainsi que les services de gestion et apparentés».

La Commission ne peut accepter cet amendement pour les motifs suivant:

1. si un opérateur économique peut démontrer qu'il dispose effectivement des capacités d'autres entités, par exemple, par un contrat de sous-traitance, il a, selon la jurisprudence, le droit de s'en prévaloir pour la sélection. En revanche, rien dans le droit actuel n'empêche un pouvoir adjudicateur d'interdire que l'exécution du marché soit, en totalité ou en partie, sous-traitée.
2. par le biais de cette obligation, les soumissionnaires seraient obligés de figer dans leur offre aussi bien la partie qui sera sous-traitée que le choix des sous-traitants. La fixation d'une telle obligation au niveau communautaire paraît excessive, compte tenu du fait que la responsabilité de la réalisation du marché incombe toujours à l'adjudicataire du marché. Compte tenu du principe de subsidiarité, il reviendrait aux États membres de prévoir, le cas échéant, l'obligation de demander les noms des sous-traitants.
3. la possibilité d'exclusion de sous traitants paraît légitime face à des entreprises/personnes condamnées pour certains délits (criminalité organisée/corruption/fraude aux intérêts financiers de la Communauté cf article 46, paragraphe 1<sup>er</sup>) ou pour d'autres hypothèses (non respect du droit du travail, cf article 46 paragraphe 2); elle pose néanmoins des difficultés d'application. En effet, elle implique la connaissance (voir point 2) et le contrôle a priori des sous-traitants, ce qui allongerait excessivement les procédures d'adjudication. Toutefois, elle pourrait être prise en compte conformément au principe de la subsidiarité (obligation imposée le cas échéant par les États membres).

En ce qui concerne les aspects du point 3) relatifs, aux capacités économiques et financières, techniques et professionnelles, telles que mentionnées aux articles 48 et 49, cela signifierait que les sous-traitants devraient avoir la même capacité que le contractant principal, écartant ainsi les PME de manière injustifiée. Ces aspects ne peuvent, donc, pas être pris en considération.

En ce qui concerne l'article 47, l'amendement propose d'appliquer pour les sous-traitants un régime plus sévère que celui qui est prévu pour les candidats et soumissionnaires (pour ces derniers les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas obligés de demander des renseignements, tandis que pour les sous-traitants il faudrait le faire systématiquement). Toutefois, la possibilité d'appliquer l'article 47 aux sous-traitants aux fins de la sélection est déjà possible si le soumissionnaire s'appuie sur les moyens mis à sa disposition par des sous-traitants [arrêt «Holst Italia» (1)].

(1) Arrêt du 2 décembre 1999 dans l'affaire C-176/98, Rec. 1999, p. I-8607.

4. Il ne paraît pas justifié de fixer une telle interdiction généralisée: les pouvoirs adjudicateurs, qui sont les parties intéressées, peuvent déjà, s'ils le désirent, interdire la sous-traitance en posant des conditions d'exécution du marché et cela pour tous les types de marchés et non pas uniquement pour certains services. Dans la même perspective il doivent être libres de l'admettre.

L'amendement 49 insère à l'article 26 un nouvel alinéa imposant aux sous-traitants les mêmes exigences, en matière de capacités économiques, financières et sociales, que celles requises des candidats ou des soumissionnaires.

Pour les mêmes raisons que celles indiquées dans les commentaires à l'amendement 159 (point 3, 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> paragraphes), l'amendement 49 ne peut être accepté.

Les amendement 151, 68 et 78 visent substantiellement à introduire des systèmes de qualification tels que ceux prévus dans la directive 93/38/CEE «secteurs spéciaux».

L'amendement 151 ajoute un nouveau paragraphe 2 bis à l'article 32 afin d'introduire la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'établir un système de qualification, faisant l'objet d'un avis annuel lorsque la durée du système est supérieure à 3 ans, et d'un avis unique dans les autres cas.

L'amendement 68 introduit la possibilité d'effectuer la mise en concurrence par le biais d'un avis sur l'existence d'un système de qualification.

L'amendement 78 introduit les règles applicables aux systèmes de qualification. Ces dispositions sont étroitement inspirées des dispositions analogues de la directive secteurs spéciaux en vigueur, toutefois l'amendement ne reprend pas les dispositions concernant les obligations de motivation des décisions prises en matière de qualification, ni ceux imposant la reconnaissance mutuelle et l'égalité de traitement dans le cadre des systèmes de qualification. Concernant la sélection des opérateurs économiques, l'amendement se limite à indiquer que le système est mis en œuvre selon des «critères objectifs et des règles qui seront établis par les entités adjudicatrices», sans aucune référence aux règles générales en matière de sélection qualitative.

Les amendement 151, 68 et 78 (article 45 bis) sont à analyser ensemble. Leur effet est d'introduire le régime de la directive «secteurs spéciaux» («Utilities Directive»), à savoir la possibilité d'utiliser un système de qualification — spécifique pour chaque pouvoir adjudicateur — comme moyen de mise en concurrence pour plusieurs marchés individuels, à passer pendant la période de validité du système. En d'autres termes, au lieu d'avoir soit un avis par an mettant en concurrence tous les marchés couverts par le système pendant cette année, soit, si le système a une durée de validité dépassant un an, un seul avis mettant en concurrence tous les marchés à passer pendant cette

période. Le système de qualification serait en théorie ouvert à tout moment. Dans la pratique, la possibilité d'accéder au système serait très aléatoire, car elle présupposerait que les opérateurs économiques prennent connaissance de l'existence même du système — au moyen d'un avis publié des mois, voire des années auparavant. Cela nuirait à la mise en concurrence des marchés et aux entreprises nouvellement créées. L'amendement entraînerait donc une perte inacceptable de transparence et risquerait de créer des réservations de marchés au profit des entreprises ayant pris connaissance de l'avis initial. Il pourrait en être autrement au cas où de tels systèmes et les marchés attribués sur leur base seraient assortis d'une mise en concurrence appropriée et seraient mis en place par des moyens électroniques permettant d'assurer la transparence et l'égalité de traitement. Il convient également de noter que l'introduction de systèmes de qualification serait contraire à l'AMP dans la mesure où il s'appliquerait aux pouvoirs adjudicateurs centraux.

L'amendement 63 vise à interdire l'application des accords-cadre aux services intellectuels et à introduire des règles spécifiques pour les services de traduction et interprétation.

La première partie de l'amendement est caduque du fait que l'amendement visant la séparation entre services intellectuels et autres services n'a pas été voté. La deuxième partie de l'amendement trouve son origine dans des problèmes, soulevés par les services de traduction des institutions européennes, notamment du Parlement, qui, entretemps, ont été résolus à la pleine satisfaction de ces services.

En outre, il y a lieu de souligner que les services visés par l'amendement, relevant de l'annexe I B, ne sont pas soumis à l'ensemble des règles de procédure de la directive (mise en concurrence et règles détaillées). Par conséquent, l'amendement, en prévoyant des règles spécifiques pour les accords-cadre, rendrait, sans justification, la législation applicable à ces accords plus rigide que celle applicable aux marchés publics qui sont passés dans le même secteur.

L'amendement 139 interdit l'utilisation des accords-cadres pour les contrats de travaux.

Les accords-cadres peuvent être utiles pour les marchés de travaux, notamment pour des travaux «standardisés» tels que l'asphaltage des routes ou leur réparation. L'exclusion prévue par l'amendement n'est donc pas acceptable.

L'amendement 66 modifie l'article 33 afin d'étendre le champ d'application de la procédure particulière, concernant la réalisation de logement sociaux, à tous les «travaux public qui en raison de l'importance, de la complexité, de la durée et/l'importance du financement requièrent une planification du projet sur la base d'une collaboration . . .».

Cet amendement est tout à fait inacceptable car il élargit, de plus de manière très vague, les possibilités de négocier les marchés. D'autre part, il y a lieu de noter que l'article 30 permet déjà de couvrir grand nombre des cas visés par cet amendement.

L'amendement 69 ajoute, à l'article 35, paragraphe 1, premier alinéa, la référence explicite au *Journal officiel des Communautés européennes* pour la publication des avis.

Cet amendement figerait les modalités de publication et empêcherait de prendre en compte l'évolution des technologies, qui pourraient, dans l'avenir, rendre la publication des avis par d'autres moyens plus appropriées.

L'amendement 161 supprime la disposition prévoyant que les délais de réception des demandes de participation et de présentation des offres doivent être fixés de manière à assurer que les opérateurs économiques disposent effectivement du temps nécessaire.

Le but de cette disposition étant celui de contribuer à une meilleure et réelle mise en concurrence des marchés publics, l'amendement n'est pas acceptable.

L'amendement 71 modifie l'article 40 pour préciser que les conditions particulières de participation ne doivent pas être discriminatoires envers certains participants. Il apporte cette précision aux conditions indiquées dans l'invitation à soumissionner.

Le but poursuivi par cet amendement est dans la ligne de la proposition de directive. Toutefois, cet ajout est superflu, car déjà couvert par l'article 2 portant sur les principes fondamentaux à respecter tout au long de la procédure de passation.

L'amendement 72 limite les possibilités de clôturer une procédure de passation avant l'adjudication à deux situations: lorsqu'aucune offre correspondant aux critères d'adjudication n'a été présentée et lorsqu'il existe d'autres raisons importantes ne relevant pas de la sphère de responsabilité des pouvoirs adjudicateurs.

Cet amendement est louable quant à ses objectifs (éviter des éventuelles manipulations et contribuer à la sécurité de programmation des entreprises), mais inacceptable quant à la forme, car il restreint de manière drastique, disproportionnée et non appropriée les possibilités de renoncer à attribuer un marché.

Les raisons pour renoncer ne doivent pas être listées de manière exhaustive, car les pouvoirs adjudicateurs agissent en tant qu'acheteurs et doivent, par conséquent, disposer de possibilités adaptées à des situations très variables que la directive ne

pourrait pas délimiter. Il est opportun de signaler que, parmi les possibilités que l'amendement viendrait à exclure, figure la clôture anticipée d'une procédure pour violation du droit communautaire applicable, ce qui est en contradiction avec la directive «recours»<sup>(1)</sup>.

En outre, il est à remarquer que le pouvoir adjudicateur est déjà obligé de fournir aux participants les raisons qui l'ont amené à renoncer à attribuer un marché. Cela vise justement à éviter les manipulations arbitraires et permet aux participants vérifier le bien fondé de la décision du pouvoir adjudicateur.

L'amendement 131 vise à empêcher que le pouvoir adjudicateur puisse choisir les moyens par lesquels la transmission des communications et les échanges d'informations doivent être faits dans le cadre d'une procédure de passation.

Cet amendement aurait pour effet d'obliger les pouvoirs adjudicateurs à recevoir des offres par n'importe quel moyen, sans prendre en considération le fait qu'ils ne seraient pas équipés pour les recevoir. L'amendement est donc à rejeter.

L'amendement 73 impose le rejet des offres transmises par voie électronique si elles ne sont pas assorties d'une signature électronique avancée au sens de la directive 1999/93/CE et d'un cryptage fiable de son contenu.

Cet amendement reprend la situation existant actuellement en matière de signatures électroniques. Cependant, les évolutions techniques dans ce domaine sont rapides. L'amendement obligerait à modifier la directive lors de chaque évolution. Les garanties en matière de signature électronique peuvent être obtenues par renvoi aux dispositions nationales en matière de signature électronique (ce qui évite des modifications ultérieures du texte si la législation communautaire évolue). D'autre part, le cryptage n'est pas nécessaire, car d'autres moyens peuvent assurer l'inviolabilité des offres sans que le cryptage soit utilisé. En outre, le cryptage obligatoire impliquerait un coût supplémentaire tant pour l'acheteur que pour les soumissionnaires. Cet amendement ne peut donc pas être accepté.

L'amendement 75 vise à imposer le recours à un organisme tiers accrédité pour garantir la confidentialité des données transmises par les soumissionnaires.

Il convient de souligner que la politique communautaire s'est toujours précisément attachée à ne jamais rendre obligatoire un régime d'accréditation, du fait des risques de distorsion et d'accroissement des disparités entre États membres.

<sup>(1)</sup> Directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO L 395 du 30.12.1989, p. 33), modifiée par la Directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209 du 24.7.1992, p. 1).

L'amendement 76 propose, dans le cadre de la fixation de niveaux spécifiques de capacités requis pour un marché déterminé, de compenser l'absence de l'expérience par la preuve de «capacités particulières».

Des capacités particulières, à elles seules, ne pourraient concrètement pas remplacer l'expérience et fournir au pouvoir adjudicateur des garanties suffisantes aux fins de la bonne réalisation du marché (des certificats d'études ne remplacent pas l'expérience sur le terrain). En outre, les marchés soumis aux directives, compte tenu des seuils sont des marchés importants et nécessitent, par conséquent, des garanties appropriées. Par ailleurs, les «capacités particulières» évoquées par l'amendement ne sont pas définies et les moyens de preuve à cet égard non plus. Cela est susceptible de créer une source importante de contentieux pour les pouvoirs adjudicateurs.

L'amendement 81 complète l'article 46, paragraphe premier, en ajoutant «pour comportement frauduleux ou tout autre comportement engendrant une concurrence déloyale en liaison avec l'attribution de marchés publics dans le cadre du marché commun.»

Il n'existe pas en l'état actuel du droit communautaire d'harmonisation des incriminations liées à ces phénomènes dans le cadre du 3<sup>ème</sup> pilier ni de régimes de sanctions pénales dans tous les États membres. Dans ces conditions, le mécanisme instauré par le paragraphe premier de l'article 46 ne peut pas être mis en œuvre.

L'amendement 82 complète l'article 46, paragraphe premier, en ajoutant parmi les exclusions obligatoires le non respect des conventions collectives et autres dispositions et lois relatives au travail et à la sécurité sociale du pays dans lequel il a son activité ou dans un autre pays concerné.

Pour les mêmes raisons que l'amendement précédent, les incriminations/violations du droit du travail ne faisant pas l'objet d'un rapprochement selon un acte du 3<sup>ème</sup> pilier, l'amendement n'est pas accepté.

Par contre l'article 46, paragraphe 2, donne déjà la possibilité de telles exclusions dont le principe peut être explicité dans un considérant (voir AM 86).

L'amendement 83 complète l'article 46, paragraphe premier, en ajoutant le délit de drogue selon la Convention des Nations unies (Vienne 19 décembre 1988).

Il n'existe pas en l'état actuel du droit communautaire d'harmonisation des incriminations liées à ces phénomènes dans le cadre du 3<sup>ème</sup> pilier ni de régimes de sanctions pénales dans tous les États membres. Dans ces conditions, le régime instauré par le paragraphe premier ne peut pas être mis en œuvre.

L'amendement 84 vise à supprimer la possibilité, actuellement offerte aux pouvoirs adjudicateurs, d'exclure des la procédure d'adjudication les soumissionnaires et les candidats qui sont en état de faillite, de liquidation, de cessation d'activité, de règlement judiciaire ou de concordat préventif ou dans toute situation analogue. En vertu de l'AM 90 cette possibilité devient une obligation.

L'amendement 90 prévoit l'exclusion obligatoire de tout opérateur économique qui est en état de faillite, de liquidation, de cessation d'activités, de règlement judiciaire ou de concordat préventif.

Les amendements 84 et 90 auraient pour effet d'interdire à tout pouvoir adjudicateur dans l'UE de contracter, le cas échéant, avec une entreprise en concordat préventif, sans lui laisser la moindre chance et ainsi la condamner d'office à la fermeture. C'est pourquoi il apparaît plus opportun de laisser une possibilité d'exclusion au choix de chaque acheteur pour l'exclusion des opérateurs se trouvant dans cette situation.

L'amendement 92 ajoute, au titre des moyens de preuves de la capacité technique pour des fournitures, les mesures employées par le fournisseur pour s'assurer de la protection de l'environnement et de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs et l'indication des techniciens ou organismes responsables de la gestion de l'environnement et de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs.

L'amendement vise à juger de la capacité technique d'une entreprise à fournir un produit qui serait respectueux de l'environnement et de la santé et de la protection des travailleurs. Ces éléments relèvent soit de la description des spécifications du produit (prescrire un processus de production moins polluant) ou du respect de la législation sociale ou environnementale (par l'exclusion d'un soumissionnaire les violant) qui trouvent leur place à d'autres phases de la procédure d'attribution.

L'amendement 94 introduit la fiabilité comme élément s'ajoutant en parallèle aux capacités techniques/professionnelles d'un entrepreneur.

La fiabilité étant un élément particulièrement subjectif, il ne peut être ajouté en parallèle aux capacités. Pour ce motif l'amendement n'est pas acceptable.

L'amendement 176, en ce qui concerne le critère d'attribution selon «l'offre économiquement la plus avantageuse», l'amendement vise à:

1. éliminer la précision selon laquelle il s'agit de l'offre économiquement la plus avantageuse «pour les pouvoirs adjudicateurs»;
2. préciser que les caractéristiques environnementales peuvent inclure les «méthodes de production»;
3. ajouter le critère de la «politique d'égalité de traitement».

Sur le point 1: l'élimination des mots «pour les pouvoirs adjudicateurs» permettrait la prise en compte d'éléments diffus, souvent non mesurables, en relation avec un éventuel bénéfice pour «la société» au sens large. De tels critères d'attribution ne rempliraient plus leur fonction qui est de permettre l'évaluation des qualités intrinsèques des offres pour déterminer celle présentant le meilleur rapport qualité/prix pour l'acheteur. Ceci constituerait un bouleversement dans l'objectif assigné aux directives marchés publics et reviendrait à instrumentaliser cette législation au profit de politiques sectorielles, en introduisant de surcroît des risques sérieux d'inégalités de traitement.

Sur le point 2: l'attribution du marché n'est pas la phase appropriée pour choisir une méthode de production moins polluante. Des méthodes de production moins polluantes peuvent être prescrites dès la définition de l'objet du marché dans les spécifications techniques lorsque l'acheteur fait le choix d'acheter le moins polluant. S'il veut comparer différentes solutions, et évaluer les avantages/coûts de solutions plus ou moins polluantes, il peut permettre ou imposer la présentation de variantes;

Sur le point 3: le concept de l'égalité de traitement revêt une acception particulière dans le contexte des marchés publics (= traiter de la même manière tous les candidats/soumissionnaires), alors que l'amendement semble vouloir traiter de la non discrimination au sens de l'article 13 du traité. Dans la mesure où il s'agit d'un critère se référant à la politique de l'entreprise et non pas aux qualités d'une offre, il ne peut s'agir d'un critère d'attribution. L'introduction de critères liés à l'entreprise aboutirait à préférer certaines entreprises selon des éléments non mesurables, lors de la phase d'attribution, alors même que leur offre ne présenterait pas le meilleur rapport qualité/prix pour l'acheteur.

L'amendement 99 supprime l'obligation de pondérer les critères d'attribution qui est remplacée par l'énumération des ces critères dans l'ordre décroissant de leur importance.

L'introduction d'une disposition imposant la pondération est un élément important de la proposition destinée à empêcher les manipulations favorisant certains opérateurs, rencontrées dans la pratique, permettant à tout soumissionnaire d'être raisonnablement informé conformément aux principes dégagés par la Cour dans l'arrêt «SIAC» (1). L'indication à l'avance de la pondération des critères est essentielle.

L'amendement 102 supprime, dans l'article 61, paragraphe 1, la partie de la phrase qui indique avec clarté que le choix des moyens de communication qui seront utilisés lors d'un concours appartient au pouvoir adjudicateur.

En l'absence de cette partie de phrase, le texte donnerait aux participants la possibilité de choisir eux-mêmes le moyen de communication, avec les conséquences indiquées pour l'amendement 131.

(1) Arrêt du 18 octobre 2001 dans l'affaire C-19/00, Rec. 2001, p. I-7725.

L'amendement 103 introduit à l'article 61 un nouveau paragraphe 1 bis imposant l'utilisation des signatures électroniques avancées ainsi qu'un cryptage fiable lorsque les projets ou plans sont soumis par voie électronique dans le cadre des concours de service.

Voir motivations du rejet de l'amendement 73 et texte de l'article 61 concerné par l'amendement 104.

L'amendement 107 supprime certains pouvoirs délégués permettant à la Commission, après avis du Comité consultatif pour les marchés publics, de modifier des aspects de la directive qui sont nécessaires au bon fonctionnement de celle-ci. Ces pouvoirs délégués concernent les ajustements des seuils nécessaires pour tenir compte des fluctuations des parités DTS/euros, les modifications éventuelles des conditions d'établissement, de transmission et de publication des avis et des rapport statistiques et les modifications de l'annexe VIII, permettant de prendre en compte les développements technologiques ainsi que les modifications des nomenclatures contenues dans les annexes I et II.

En premier lieu, il y a lieu de noter que l'amendement supprime un nombre de compétences déjà déléguées à la Commission par la législation en vigueur. En ce qui concerne les nouveaux pouvoirs, ceux-ci sont limités aux domaines où l'évolution des technologies (utilisation des moyens électroniques) est telle que l'absence d'adaptation de la directive la rendrait rapidement obsolète, tout comme la procédure de codécision vu sa durée.

L'amendement 108 introduit un nouvel article afin d'obliger les États membres à établir des mécanismes efficaces, ouverts et transparents pour garantir l'application de la directive. Il précise ensuite que les États membres peuvent établir à cet effet des organes indépendants pour les marchés publics avec de larges pouvoirs, y compris le rejet et la réouverture des procédures de passation des marchés.

La directive 89/665/CEE exige déjà que les États membres offrent des moyens de recours efficaces au niveau national en ce qui concerne l'attribution de marchés, y inclus des mesures en référé, le pouvoir d'annuler des décisions illégales et d'accorder des dommages — intérêts. Les États membres peuvent s'acquitter de cette obligation soit en assurant que les juridictions nationales aient ces pouvoirs, soit en établissant des organes ayant les pouvoirs appropriés. L'obligation introduite par l'amendement fait donc déjà l'objet d'une législation communautaire en vigueur et ne doit pas être réitérée. En ce qui concerne la possibilité d'établir des organes indépendants, ceci est également possible selon la législation en vigueur et est explicitement rappelé dans le nouveau considérant 30 bis visé à l'amendement 13 qui est accepté par la Commission. Cette répétition est donc superflue.

L'amendement 111 vise à introduire l'obligation de fournir dans les avis de pré-information les coordonnées — y compris l'adresse électronique — des instances compétentes en matière de recours relatifs à l'attribution des marchés publics.

Bien qu'une transparence accrue concernant les recours soit souhaitable, les avis de pré-information ne sont pas l'instrument approprié.

L'amendement 115, selon la majorité des versions linguistiques, impose que les sites Internet du secteur public contenant des informations sur les procédures d'attribution soient conformes aux lignes directrices de l'Union sur l'accès à l'Internet. (Il convient de noter que la version linguistique FR est radicalement différente).

Il n'y a aucune raison de prévoir un régime juridique spécifique pour ce type de sites Internet. Un tel sujet doit être traité par les législations horizontales et non pas harmonisé via la directive «marchés publics».

L'amendement 117 introduit une nouvelle annexe visant à garantir que l'utilisation des moyens de communication élec-

troniques pour la présentation des offres ou des demandes de participation se fasse dans des conditions assurant la confidentialité de celles-ci.

Bien que les soucis à la base de ces amendements soient légitimes, la nouvelle annexe ne peut cependant être insérée en l'absence de toute référence dans le dispositif, tel qu'amendé, à une nouvelle annexe. Le régime juridique de celle-ci resterait donc indéterminé.

L'amendement 116 introduit une nouvelle annexe liée un nouveau point c) *bis* de l'article 54, deuxième alinéa, proposé par l'amendement 100. L'amendement 100 n'ayant pas été accepté, cet amendement également n'est pas accepté: voir commentaires à l'amendement 100 ci-dessus.

#### 3.4. Proposition modifiée

En vertu de l'article 250, paragraphe 2, du traité CE, la Commission modifie sa proposition dans les termes qui précèdent.

---