

Attribution de contrats de concession

2011/0437(COD) - 20/12/2011 - Document de base législatif

OBJECTIF : renforcer la sécurité juridique et garantir à toutes les entreprises européennes un meilleur accès aux marchés des concessions.

ACTE PROPOSÉ : Directive du Parlement européen et du Conseil.

CONTEXTE : les marchés publics jouent un rôle essentiel dans la stratégie Europe 2020. L'attribution de concessions de travaux est actuellement soumise aux règles de base de la directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, tandis que l'attribution de concessions de services présentant un intérêt transnational est soumise aux principes du traité, et notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence.

Il existe un risque d'insécurité juridique lié aux différences d'interprétation des principes du traité par les législateurs nationaux, et un risque de fortes disparités entre les législations des États membres. Ces risques ont été confirmés par la vaste jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, mais celle-ci n'a traité que partiellement certains aspects de l'attribution de contrats de concessions.

L'absence, au niveau de l'Union, de règles claires régissant l'attribution de contrats de concession crée une insécurité juridique et des entraves à la libre prestation des services et provoque des distorsions dans le fonctionnement du marché intérieur. De ce fait, des opérateurs économiques, et notamment de petites et moyennes entreprises, sont privés de leurs droits au sein du marché intérieur et voient leur échapper d'importantes opportunités commerciales. Dès lors, pour éliminer des distorsions persistantes sur le marché intérieur, il apparaît nécessaire de concrétiser de manière uniforme les principes du traité dans l'ensemble des États membres et de mettre fin aux divergences dans leur interprétation au niveau de l'Union.

Dans sa communication du 13 avril 2011 intitulée «[L'Acte pour le marché unique - Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance](#)», la Commission a annoncé son intention d'adopter une initiative législative sur les concessions.

La proposition va de pair avec la [proposition de nouvelle directive sur les marchés publics](#) et la [proposition de directive sur la passation de marchés dans les secteurs des services d'utilité publique](#). Avec les deux propositions de révision des directives en vigueur sur les marchés publics (2004/17/CE et 2004/18/CE), elle vise à créer un cadre législatif moderne sur les marchés publics.

ANALYSE D'IMPACT : le rapport final d'analyse d'impact a confirmé la nécessité d'une nouvelle législation. Il dresse le constat selon lequel les opérateurs économiques sont confrontés à des conditions de concurrence inéquitables, qui leur font souvent rater des opportunités commerciales. La solution optimale identifiée est une législation fondée sur les dispositions en vigueur en matière de concessions de travaux publics, adéquatement ajustées et complétées par un certain nombre de dispositions spécifiques. Une approche plus restrictive, consistant à étendre aux concessions les dispositions applicables aux marchés publics, a été jugée contre-productive, dans la mesure où elle pourrait décourager les pouvoirs adjudicateurs de recourir aux concessions.

BASE JURIDIQUE : article 53, paragraphe 1, l'article 62 et l'article 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

CONTENU : la directive proposée devrait garantir la transparence, l'équité et la sécurité juridique lors de l'attribution des contrats de concession et contribuer ainsi à l'amélioration des opportunités d'investissement et, à terme, au développement et à une meilleure qualité des travaux et des services. Elle s'appliquera aux concessions attribuées après son entrée en vigueur, conformément aux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de modification des contrats.

1) Sécurité juridique : le principal objectif de la proposition est de préciser le cadre juridique applicable à l'attribution de concessions, mais aussi de délimiter clairement le champ d'application de ce cadre juridique.

- **Définition**: la proposition donne une définition plus précise de la notion de concession, en référence à la notion de risque opérationnel. Elle précise quels types de risques sont considérés comme des risques opérationnels et comment définir un risque significatif. Elle fait également référence à la durée maximale des concessions.
- **Incorporation des obligations du traité dans le droit dérivé**: la proposition prévoit : i) d'étendre la majorité des obligations actuellement applicables à l'attribution de concessions de travaux publics à toutes les concessions de services ; ii) l'application, à différents stades de la procédure d'attribution, d'un certain nombre de exigences concrètes et plus précises sur la base des principes du traité, telles qu'interprétées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ; iii) d'étendre l'application du droit dérivé à l'attribution de concessions dans le secteur des services d'utilité publique, qui n'y est actuellement pas soumise.
- **Coopération entre pouvoirs publics**: il existe une insécurité juridique considérable sur la mesure dans laquelle la coopération entre pouvoirs publics devrait être soumise aux règles relatives à la passation des marchés publics. La proposition précise dans quels cas les contrats conclus entre pouvoirs adjudicateurs ne sont pas soumis à l'application des règles relatives à l'attribution de concessions. Cette clarification est guidée par les principes établis par la jurisprudence pertinente de la Cour de justice.
- **Modifications**: une disposition spécifique de modification des concessions en cours reprend les solutions de base développées par la jurisprudence et prévoit une approche pragmatique pour faire face à des circonstances imprévues imposant d'adapter une concession en cours.

2) Meilleur accès aux marchés des concessions : la proposition vise à améliorer l'accès des opérateurs économiques aux marchés des concessions. Ses dispositions ont été conçues dans le but premier d'accroître la transparence et l'équité des procédures d'attribution, en limitant l'arbitraire des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices en ce qui concerne des aspects tels que les informations publiées avant et après, les garanties procédurales, les critères de sélection et d'attribution ou les délais imposés aux soumissionnaires. Elle prévoit, en outre, un meilleur accès à la justice en prévention ou en réparation des infractions à ses dispositions. Les nouvelles règles définissent aussi le socle minimum d'informations à communiquer aux soumissionnaires potentiels.

- Publication au Journal officiel: afin de garantir transparence et égalité de traitement à tous les opérateurs économiques, la proposition prévoit la publication obligatoire des contrats de concession d'une valeur égale ou supérieure à 5.000.000 EUR.
- Délais: la proposition fixe un délai minimum de 52 jours pour les manifestations d'intérêt pour toute procédure d'attribution de concession, comme c'est actuellement le cas pour les concessions de travaux publics. Un délai plus long que pour les marchés publics est prévu, compte tenu de la plus grande complexité qui caractérise généralement les contrats de concession.
- Critères de sélection et d'exclusion: les règles sont moins strictes que les dispositions similaires actuellement applicables aux marchés publics. Elles limitent toutefois les critères de sélection acceptables aux critères relatifs à la capacité économique, financière et technique du soumissionnaire, de même qu'elles restreignent l'étendue des critères d'exclusion acceptables.
- Critères d'attribution: la proposition prévoit l'obligation d'appliquer des critères objectifs qui soient liés à l'objet de la concession, qui assurent le respect des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement et qui garantissent l'appréciation des offres dans des conditions de concurrence effective, permettant au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice de déterminer l'avantage économique global qu'ils en retirent. Ces critères doivent être publiés par avance et listés par ordre d'importance décroissante. Les États membres, les pouvoirs adjudicateurs qui le souhaitent peuvent également prévoir ou appliquer le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse aux fins de l'attribution de concessions.
- Garanties procédurales: contrairement aux directives sur les marchés publics, la proposition ne prévoit pas un ensemble fixe de procédures d'attribution, ce qui donnera aux pouvoirs adjudicateurs la souplesse d'appliquer des procédures correspondant notamment à leurs traditions juridiques nationales et permettant d'organiser le processus d'attribution de la manière la plus efficace possible. Toutefois, la proposition prévoit aussi de soumettre l'attribution des concessions à un certain nombre de garanties procédurales claires, notamment durant les négociations. Ces garanties visent à assurer l'équité et la transparence de la procédure.
- Recours: la proposition prévoit une extension du champ d'application des directives sur les procédures de recours (directives 89/665/CEE et 92/13/CE, telles que modifiées par la directive 2007/66/CE) à tous les contrats de concession d'une valeur supérieure au seuil, afin de garantir l'existence de voies de recours judiciaires à l'égard des décisions d'attribution et d'imposer aux pouvoirs adjudicateurs ou aux entités adjudicatrices le respect de normes juridictionnelles minimales.

INCIDENCE BUDGÉTAIRE : la proposition n'a aucune incidence sur le budget de l'Union.

ACTES DÉLÉGUÉS : la proposition contient des dispositions habilitant la Commission à adopter des actes délégués conformément à l'article 290 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.