

Considérations sur l'utilité des partenariats public-privé (PPP) pour améliorer le fonctionnement et l'efficacité des directives sur les marchés publics



Exposé de Michael Burnett* devant la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen – "L'examen du fonctionnement et de l'efficacité des directives sur les marchés publics", Bruxelles, le 20 avril 2006

29

COMMENT

RESUME

Ce document définit les PPP, explique pour quelles raisons il est important que la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs les étudie et décrit de quelle manière ils s'inscrivent dans le régime européen des marchés publics.

Il identifie deux domaines essentiels dans lesquels on peut améliorer le cadre juridique des PPP et donc permettre de les utiliser plus efficacement dans les cas où on les retient comme les moyens les plus indiqués de prestation de service. Il s'agit de la nécessité d'améliorer la certitude juridique et de clarifier l'obligation d'assurer un processus transparent et concurrentiel pour la passation des marchés publics.

Le document souligne trois questions essentielles auxquelles il convient de trouver une solution au niveau européen, soit l'incohérence entre les procédures d'attribution des marchés publics et des concessions, la nécessité d'une application efficace des règles relatives aux procédures de passation des marchés publics et la véritable mise en œuvre du dialogue compétitif, nouvelle procédure de passation de marchés introduite par le dernier paquet législatif sur les marchés publics.

Il présente ainsi trois propositions pour tenter de trouver une solution à ces problèmes et qui sont:

- La normalisation des modes de passation à tous les PPP, qu'ils soient classés comme marchés publics ou comme concessions;
- La prochaine révision des directives "recours" sur les marchés publics devrait déboucher sur une approche plus normative au niveau européen, afin de réduire la diversité des procédures et des recours disponibles.
- La commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs devrait envisager de demander à la Commission européenne d'approfondir les orientations sur la mise en œuvre pratique du dialogue compétitif (en particulier pour la période qui suit l'appel d'offre) et devrait lui offrir son soutien politique pour recueillir l'approbation concernant l'application de ces orientations dans la pratique.

Ces propositions s'inscrivent dans le prolongement du thème d'une meilleure mise en œuvre et application, qui figure dans la consultation que la Commission a récemment publiée sur l'avenir du marché intérieur.

Ce document n'entend pas essayer de trouver une réponse à la question de savoir si les PPP sont ou non politiquement souhaitables ou s'ils constituent ou non la solution la plus indiquée dans une affaire spécifique. Il est destiné à trouver les moyens de créer un cadre juridique plus efficace pour les PPP (qui sont une forme de marchés publics) et donc à les accepter comme une option viable, que les pouvoirs publics peuvent utiliser en fonction des besoins.

Que sont les PPP?

PPP est devenu un terme largement utilisé pour décrire différents types d'accord contractuel. C'est un terme qui se distingue par le nombre élevé d'acronymes et de titres¹. Toutefois, comme l'a reconnu le Fonds Monétaire International², il n'y a pas d'accord clair sur ce que constitue un PPP.

Une bonne description des PPP vient dès lors des caractéristiques d'une telle transaction, soit:

- La création et/ou le renouvellement d'une infrastructure par le fournisseur du secteur privé. Il peut s'agir par exemple d'une route, d'un pont, d'une école ou d'un hôpital, pour lequel on utilise souvent un terrain et/ou des bâtiments qui appartiennent aux pouvoirs publics avant le PPP.
- L'utilisation par le même fournisseur du secteur privé de l'infrastructure créée ou renouvelée en vue de fournir au public un service nouveau ou existant pendant une période définie. Cette période est souvent plus longue – elle peut s'étendre sur 30 ans ou plus – que la période habituelle pour d'autres marchés publics.
- Le paiement par l'entité publique de frais périodiques au fournisseur pour la prestation du service qui utilise l'infrastructure. Les frais périodiques peuvent varier en fonction du volume de service fourni.
- L'absence d'engagement par l'entité publique à acquitter des frais périodiques jusqu'à et à condition que l'infrastructure soit utilisée pour la prestation du service.
- Le partage des risques et des avantages financiers du résultat du projet par les deux partenaires.

Cette description des caractéristiques ne couvre pas toutes les variations des PPP et les nouvelles qui continuent à apparaître. Il y a plusieurs modèles différents de financement et de propriété des infrastructures. Les concessions sont en outre désignées par la Commission³ comme une forme de PPP, de sorte que le terme peut également être utilisé pour décrire l'exploitation par le fournisseur du secteur privé d'un droit à prester un service pour lequel des paiements sont effectués directement par le public comme client. Ces paiements peuvent ou non être partiellement subventionnés par un pouvoir public.

Les quatre premières caractéristiques décrites ci-dessus sont des traits distinctifs des PPP par rapport aux marchés publics traditionnels, la cinquième étant partagée par la plupart des marchés publics.

La Commission envisage le PPP essentiellement comme un partenariat entre les secteurs public et privé pour offrir un service public⁴.

Pourquoi est-il important que cette commission étudie les PPP?

- **Les PPP sont importants pour la mise en œuvre des politiques européennes et ils le seront dans un avenir prévisible** parce qu'ils comblent l'écart entre le financement nécessaire pour mettre en œuvre les politiques et les fonds publics disponibles qui sont limités. Le financement de cet écart revêtira une importance particulière dans les nouveaux États membres pour les aider à se conformer par exemple à la législation européenne en matière de protection environnementale.
- **Les PPP sont souvent des transactions très visibles sur le plan politique** (projets transports et énergie, nouveaux moyens d'assurer l'éducation et les services de santé,

nouveaux réseaux informatiques pour supporter les services publics etc.). Les PPP impliquent aussi souvent des **transactions complexes, dont le processus de sélection est long et qui aboutit souvent un contrat à long terme/de grande valeur**, de sorte que les possibilités et les risques sont proportionnellement plus élevés que pour les autres marchés publics. Toute réduction du risque induite par une action au niveau européen serait une contribution utile à leur mise en œuvre.

- **Les PPP représentent un domaine d'activité dynamique.** Il y a de fortes pressions à la fois dans les anciens et dans les nouveaux États membres qui poussent les pouvoirs publics à utiliser les PPP comme un moyen d'assurer les services publics, par exemple les pressions budgétaires, les pressions liées au respect de la législation et les pressions des citoyens-consommateurs dont les attentes en matière de services sont toujours plus élevées. Les PPP ont été largement utilisés au Royaume-Uni, en Irlande, en Italie, en France, en Allemagne et en Espagne dans plusieurs secteurs et d'autres États membres augmentent également leurs niveaux d'activité. La liste des services pour lesquels les PPP ont été utilisés continue à s'allonger.

L'emploi des PPP n'est pas indiqué en toute circonstance et il devrait être évalué au cas par cas. Cependant, étant donné qu'ils sont utilisés en pratique pour la prestation de services publics, il est utile d'envisager de supprimer les obstacles à leur utilisation comme option viable par les pouvoirs publics.

Comment les PPP s'inscrivent-ils dans le régime des marchés publics?

En ce qui concerne le cadre juridique européen, les PPP sont une forme de marchés publics, de sorte que le régime des marchés publics s'y applique. Les PPP peuvent être soit des marchés publics, soit des concessions. Dès lors, la réforme du fonctionnement et de l'efficacité du régime des marchés publics encouragera l'utilisation efficace des PPP, quand ils sont considérés comme la solution adéquate à un besoin spécifique de service.

Différentes procédures de passation s'appliquent aux marchés publics et aux concessions. Dans la nouvelle directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics⁵, les concessions de travaux sont soumises à des conditions de concurrence moins formelles que les contrats de travaux publics et les concessions de service restent entièrement exclues du champ d'application de la directive et sont régies uniquement par la nécessité d'appliquer les principes du Traité européen⁶.

La nouvelle directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services a introduit des mesures destinées à faciliter le recours aux PPP, dont une nouvelle procédure de passation de marchés connue sous l'appellation Dialogue compétitif. Elle entend permettre à une entité publique qui n'arrive pas à établir laquelle de plusieurs solutions possibles serait la plus à même de répondre à ses besoins de discuter en confiance avec les candidats sélectionnés durant la phase de dialogue du processus d'appel d'offre, avant le lancement de l'appel d'offre final au terme duquel il ne devrait pas y avoir d'autres négociations⁷.

Le dialogue compétitif est destiné à être utilisé plus souvent et à être plus facile à justifier que la procédure négociée de la directive existante sur les marchés publics. Il est probable que les PPP correspondent souvent aux circonstances propices à l'application du dialogue compétitif.

La Commission considère que⁸ le dialogue compétitif, en donnant clairement aux organismes publics la liberté de négocier les aspects techniques, juridiques et financiers des marchés, est particulièrement bien adapté aux PPP et apportera la certitude juridique nécessaire, qui est très importante pour la confiance à l'égard des contrats à long terme de type PPP. Cet avis contraste avec l'opinion plus arrêtée qu'elle défend sur les utilisations acceptables de la procédure négociée, c'est-à-dire que les négociations autorisées concernent principalement les aspects techniques du contrat et non les aspects juridiques et financiers.⁹

Quels sont les principaux domaines où le cadre juridique des PPP pourrait être amélioré?

Les deux domaines essentiels où le cadre juridique pourrait être amélioré et ainsi permettre aux PPP d'être utilisés plus efficacement, sont une plus grande certitude juridique pour les parties à la transaction et une plus grande clarté sur l'obligation de mener un processus transparent et concurrentiel de passation de marché.

La **certitude juridique**¹⁰ est particulièrement importante pour susciter l'intérêt pour les contrats à long terme et de grande valeur comme les PPP, qui exigent souvent des fournisseurs de service des niveaux élevés d'investissement et des engagements financiers à long terme de la part des pouvoirs adjudicateurs.

La nécessité de **procédures de passation de marchés transparentes et concurrentielles** vient des pressions exercées sur les pouvoirs publics. Ils doivent assurer l'aménagement d'infrastructures importantes le plus rapidement possible pour se conformer à la législation européenne et pour répondre aux attentes des citoyens-consommateurs en matière de services, qui sont toujours plus élevées. Quand ils sont également confrontés à des pressions budgétaires énormes, il est particulièrement important de garantir que le rapport qualité/prix¹¹ est obtenu par une passation de marché transparente et compétitive.

Quels sont les problèmes spécifiques essentiels à résoudre pour satisfaire ces besoins et de quelle manière faut-il les résoudre?

Il y a trois problèmes essentiels à résoudre actuellement pour améliorer la certitude juridique et pour promouvoir des procédures transparentes et compétitives de passation de marchés.

1. La nécessité de normaliser le mode de passation des marchés publics et des concessions dans la directive européenne sur les marchés publics.

Comme cela est noté ci-dessus, les modes de passation pour les PPP qui sont classés comme marchés publics dans la directive sur les marchés publics sont différents de ceux qui sont classés comme concessions. Les concessions de travaux publics sont soumises à des conditions de concurrence moins formelles que les contrats de travaux

publics. Dans la passation des concessions de travaux, les pouvoirs adjudicateurs sont seulement tenus de se conformer à certaines règles concernant la publicité, les délais et les sous-traitants, les conditions prévues quand le concessionnaire confie le marché à des tierces parties. Les concessions de service sont spécifiquement exclues du champ d'application actuel de la directive sur les marchés publics.

Cela peut-il encore se justifier?

Du point de vue des principes du Traité, ou pour encourager le rapport qualité/prix, il y a peu de raisons pour traiter différemment les marchés publics et les concessions. L'existence potentielle de risque supplémentaire pour le fournisseur dans une concession (ce qui la différencie d'un marché public) n'est pas suffisante en soi. Dans sa récente communication sur les PPP et les concessions dans le droit communautaire, la Commission déclare que "il est difficile de comprendre pourquoi les concessions de services qui sont souvent utilisées pour des projets complexes et de grande valeur sont entièrement exclues de la législation communautaire secondaire."¹²

Pour quelle raison est-ce important?

La Commission a souligné le fait que dans certaines transactions, il n'a pas été facile au début d'une procédure de passation de marchés d'être sûr qu'il fallait les traiter comme un marché public ou comme une concession et que l'évaluation initiale des risques acceptés par le fournisseur pouvait changer suite aux négociations pendant la procédure de passation de marchés¹³. Cela crée une **incertitude juridique**, c'est-à-dire le risque de problème dérivant de l'utilisation de la mauvaise procédure de passation de marché, en particulier vu le nombre grandissant de cas traités par la CEJ dans le domaine des marchés publics.

L'existence de procédures différentes crée des **occasions d'éviter la transparence et la concurrence dans les marchés publics**, dans la façon dont le contrat est structuré, notamment parce que de nombreux PPP peuvent être classés comme concessions de service. Ce manque de transparence et de concurrence pourrait avoir un impact sur la capacité des pouvoirs publics à assurer l'aménagement d'infrastructures dans les délais souhaités et à un prix abordable.

2. Garantir l'amélioration de l'applicabilité des recours pour infraction aux directives sur les marchés publics, dans la révision des directives sur les recours en matière de marchés publics, qui a été proposée par la Commission en mai 2006.

Les directives actuelles sur les recours en matière de marchés publics datent de 1989 pour le secteur des marchés publics et de 1992 pour le secteur des réseaux. Elles expliquent comment les personnes mécontentes de la conduite d'un exercice de passation de marché public peuvent obtenir réparation. Plusieurs affaires portées devant la CEJ et autres procédures d'infraction de la Commission contre les États membres ont souligné les nombreux aspects de la diversité de pratiques entre les systèmes juridiques nationaux de l'Union, ce qui peut rendre la situation des soumissionnaires mécontents plus difficile pour obtenir réparation en cas de problème¹⁴.

Une directive plus normative sur les recours en matière de marchés publics, qui réduirait la diversité des procédures de recours et la disponibilité de recours spécifiques, supprimerait un obstacle potentiel aux adjudications transfrontières et serait un atout contre la fragmentation du marché intérieur. Elle peut avoir un impact significatif sur les PPP, qui étant de grande valeur, offrent l'avantage d'attirer une concurrence à l'échelle européenne.¹⁵

3. La nécessité de promouvoir l'application de la nouvelle procédure de passation de marchés incluse dans la directive sur les marchés publics (dialogue compétitif), de façon à améliorer la compétitivité pour les contrats importants tels que les PPP.

L'essentiel pour obtenir un bon rapport qualité/prix dans les contrats importants est de maintenir la concurrence le plus possible jusqu'à la signature du contrat. Une bonne pratique, pas toujours suivie, a généralement été de ne pas sélectionner le soumissionnaire avant d'arrêter toutes les conditions importantes touchant au prix et à la réalisation d'un projet, alors qu'il y avait toujours concurrence.

On constate que certains praticiens pourraient interpréter que la procédure autorise la continuation de la pratique actuelle de négociations importantes avec le commissionnaire dans un environnement où il n'y a qu'une seule offre.

La Commission a récemment produit une Fiche explicative utile sur l'application du dialogue compétitif¹⁶, mais qui pourrait également être complétée par des conseils pratiques pour limiter encore davantage les démarches autorisées dans la période qui suit l'offre, en définissant plus précisément les termes "précisions, clarifications, perfectionnements" et la condition "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"¹⁷.

Ces conseils supplémentaires renforceraient l'intention du dialogue compétitif, qui est de sauvegarder la bonne pratique actuelle et de minimiser l'importance des changements apportés au contrat après la remise des offres et ce, plus encore après la sélection du soumissionnaire ayant remis l'offre la plus avantageuse.

NOTES

- * Michael Burnett, Maître de conférences – IEAP Maastricht
- ¹ Par exemple, le *Private Finance Initiative* (PFI) britannique est une forme de PPP, tout comme l'est le *Betreibermodell* en Allemagne.
- ² "Partenariats public-privé", Département des affaires fiscales du FMI, mars 2004, p. 6.
- ³ Voir "Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions" COM (2004) 327, Commission européenne, avril 2004, p. 9.
- ⁴ Par exemple dans "Guidelines for successful Public-Private Partnerships", Commission européenne, Direction générale de la politique régionale, mars 2003, p. 16.
- ⁵ Directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.
- ⁶ Pour les contrats de service, il y a une distinction entre les services entièrement réglementés (ce qu'il est convenu d'appeler les services Partie A) et les services moins réglementés (les services Partie B). La distinction repose sur l'importance potentielle d'intérêt transfrontière et donc sur l'impact significatif sur le marché intérieur. Les conditions relatives à la concurrence pour les services Partie B sont moins formelles. Par exemple, les directives sur les marchés publics n'exigent pas l'annonce du contrat dans le Journal officiel de l'Union européenne. Comme cela est indiqué à l'annexe 19 de la directive sur les marchés publics, ces services sont potentiellement sujets à la reclassification comme services entièrement réglementés, mais sans délai particulier. Parmi ceux-ci: l'éducation, la santé et les services de loisirs pour lesquels les PPP sont à présent utilisés dans certains États membres.
- ⁷ Voir directive 2004/18/CE, article 29. Il pourra être utilisé

pour les "marchés particulièrement complexes", où le pouvoir adjudicateur – le terme utilisé pour les pouvoirs publics soumis à la directive – estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte (nécessitant des spécifications prédéterminées) ne permettra pas d'attribuer le marché. Contrairement à la procédure négociée, qui est le mode de passation généralement utilisé jusqu'à présent dans de telles situations, il n'y a pas nécessairement lieu que cette procédure soit utilisée seulement dans des cas exceptionnels. La directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services envisage que le dialogue compétitif soit, par exemple, utilisé pour confier des marchés de 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.

- ⁸ "Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions" COM (2004) 327, Commission européenne, avril 2004, p. 10.
- ⁹ "Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions" COM (2004) 327, Commission européenne, avril 2004, p. 9.
- ¹⁰ Définie à cette fin comme l'assurance que le processus, s'il est mené selon des règles connues et bien définies, aboutira à un résultat probablement inégalable.
- ¹¹ Défini par exemple par le Trésor public au Royaume-Uni comme "la combinaison optimale de coût complet et de qualité (ou aptitude à l'emploi) pour répondre au besoin de l'utilisateur".
- ¹² Communication de la Commission au Parlement européen,

au Conseil et au Comité des régions concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM (2005) 569, Commission européenne, novembre 2005, p. 8. Selon l'auteur, la Commission a développé une bonne analyse des problèmes, mais a ensuite conclu dans la Communication (voir p. 5) que les parties prenantes étaient assez opposées à un régime réglementaire couvrant l'ensemble des PPP contractuels, sans distinction selon leur qualification de marchés publics ou de concessions. Par conséquent, la Commission n'envisage pas de les soumettre à des procédures d'attribution identiques." Or, l'opposition des parties prenantes ne devrait pas nécessairement être une raison suffisante pour ne pas adopter un moyen plus transparent de réagir à la nécessité de certitude juridique.

¹³ "Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions" COM (2004) 327, Commission européenne, avril 2004, p. 12.

¹⁴ Quand elle a lancé la consultation sur les changements éventuels à apporter à la directive sur les recours en matière de marchés publics, la Commission a déclaré que "la situation insatisfaisante résultant en particulier du fonctionnement

très variable des procédures nationales de recours d'un État membre à l'autre, ainsi que les développements jurisprudentiels récents, appellent une clarification voire une précision du cadre législatif existant, afin d'assurer une sanction effective, proportionnée et dissuasive des violations du droit communautaire des marchés publics, en particulier des violations les plus graves (attribution directe de contrats sans publicité préalable)".

¹⁵ Accomplir le changement nécessitera l'impulsion de la commission. Quand elle a lancé la consultation, la Commission a déclaré que "les modifications envisagées ne devraient viser qu'à adapter et améliorer certaines dispositions des directives recours sans changer la philosophie et les principes qui ont inspiré leur adoption. Ainsi, le principe de l'autonomie procédurale des États membres ne sera-t-il pas remis en cause. Les États membres conserveront notamment la possibilité de fixer la juridiction ou l'autorité indépendante compétente selon leur droit procédural national pour connaître des recours relevant du droit communautaire des marchés publics."

¹⁶ Fiche explicative–Dialogue compétitif–Directive classique, DG marché intérieur, Janvier 2006.

¹⁷ Voir article 29 de la directive sur les marchés publics.