

FR

FR

FR



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles,
SEC(2007) 1514/3

DOCUMENT DE TRAVAIL DES SERVICES DE LA COMMISSION

**Questions-Réponses sur l'application des règles "marchés publics" aux services sociaux
d'intérêt général**

Document accompagnant la

**Communication intitulée "Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux
d'intérêt général: un nouvel engagement pour l'Europe"**

{COM(2007) 725 final}
{SEC(2007) 1515}
{SEC(2007) 1516}

DOCUMENT DE TRAVAIL DES SERVICES DE LA COMMISSION

Questions-Réponses sur l'application des règles "marchés publics" aux services sociaux d'intérêt général

Dans le cadre du processus de consultation lancé par la Communication de la Commission relatif aux Services Sociaux d'Intérêt Général (SSIG) d'avril 2006¹, la Commission a reçu un certain nombre de questions relatives à l'application des règles "marchés publics" aux services sociaux d'intérêt général (SSIG). Le présent document répond à ces questions, tout en clarifiant les obligations qui incombent aux autorités publiques lorsqu'elles achètent des services sociaux sur le marché. Dans la mesure du possible, les références à la jurisprudence ou aux dispositions des directives "marchés publics" ont été insérées, permettant ainsi aux lecteurs intéressés d'obtenir des renseignements complémentaires.

Ceci est un document de travail des services de la Commission qui vise à donner des éclaircissements de nature technique notamment sur base d'un résumé concis et souvent simplifié de la législation "marchés publics" et de la jurisprudence relative aux services d'intérêt économique général. Ce document n'engage pas la Commission européenne en tant qu'institution.

TABLE DES MATIERES

1.	Le SSIG est presté par l'autorité publique elle-même	5
1.1.	Dans quelle mesure une autorité publique peut-elle décider de presté elle-même un service social d'intérêt général (SSIG)? En d'autres termes, quelle est la marge de manœuvre dont dispose une autorité publique pour décider si un service doit être presté directement par elle-même ou confié à un tiers? Cette décision lui revient-elle entièrement?	5
1.2.	Les règles communautaires relatives à la sélection du prestataire ne s'appliquent normalement pas lorsque des autorités publiques prestent un service elles-mêmes ou au travers d'un prestataire interne (ce que l'on qualifie de situation d'"opération interne", ou encore "in-house"-dans la terminologie anglaise). Quelles sont les limites et la portée de l'exception d'"opération interne" ?	5
2.	La mission est confiée à un tiers	6
2.1.	Quel est le cadre juridique pertinent lorsqu'une autorité publique décide d'externaliser la gestion d'un SSIG ?	6
2.2.	Comment rédiger des spécifications précises dans le cas d'une procédure de passation de marché de services (i) qui sont adaptés aux besoins spécifiques des particuliers ; (ii) qui répondent aux besoins divers de ces usagers selon une approche holistique et (iii) dont la prestation doit être ajustée en fonction de situations évolutives en termes d'intensité, de nombre d'utilisateurs, etc.	7
2.3.	Comment éviter de faire peser une charge trop lourde sur les petits prestataires de services, qui sont souvent les mieux à-même de faire face dans un contexte à dimension locale marquée?	8
2.4.	Quelles obligations découlent des principes de transparence et de non-discrimination?	9
2.5.	Comment concilier des procédures de marchés publics, qui limitent le nombre de prestataires sélectionnés, avec le maintien d'un degré suffisant d'une liberté de choix suffisante pour les usagers d'un SSIG ?	10
2.6.	Est-il autorisé d'introduire comme critère pour la sélection d'un prestataire de services sa connaissance du contexte local, cet aspect étant souvent essentiel pour la réussite de la prestation d'un SSIG ?	10
2.7.	Est-il possible de limiter la sélection d'opérateurs aux seuls prestataires de services sans but lucratif?	11
2.8.	Les autorités publiques ont-elles encore la possibilité de négocier avec les prestataires de services durant la phase de sélection? Ceci est particulièrement important pour les SSGI dans la mesure où les autorités publiques ne sont pas toujours en mesure de définir précisément leurs besoins au début du processus. Une discussion avec les prestataires de service potentiels est parfois nécessaire pour aider les autorités publiques.	12

- 2.9. Dans quelle mesure les règles relatives aux marchés publics s'appliquent-elles à la coopération intercommunale? Cette coopération peut prendre différentes formes, par exemple une commune achetant un service auprès d'une autre, ou bien deux communes lançant ensemble un marché public ou créant une entité en vue de la prestation d'un SSIG, etc..... 12
- 2.10. Dans quelle mesure les règles "marchés publics" s'appliquent-elles aux partenariats public-privé (PPP)?..... 13
- 2.11. Comment les règles en matière de marchés publics et celles relatives aux aides d'Etat interagissent-elles ? Dans quels cas une autorité publique qui finance un prestataire de service conformément aux règles en matière d'aides d'Etat doit aussi se conformer aux règles relatives aux marchés publics et à la transparence?... 14

1. LE SSIG EST PRESTE PAR L'AUTORITE PUBLIQUE ELLE-MEME

1.1. Dans quelle mesure une autorité publique peut-elle décider de prester elle-même un service social d'intérêt général (SSIG)? En d'autres termes, quelle est la marge de manœuvre dont dispose une autorité publique pour décider si un service doit être presté directement par elle-même ou confié à un tiers? Cette décision lui revient-elle entièrement?

Il appartient entièrement aux autorités publiques de décider si elles ont l'intention de prester un service elles-mêmes ou de le confier à un tiers (externalisation). Les règles relatives aux marchés publics ne s'appliquent que si une autorité publique décide de confier une prestation de service à un tiers à titre onéreux.

1.2. Les règles communautaires relatives à la sélection du prestataire ne s'appliquent normalement pas lorsque des autorités publiques prestent un service elles-mêmes ou au travers d'un prestataire interne (ce que l'on qualifie de situation d'"opération interne", ou encore "in-house"-dans la terminologie anglaise). Quelles sont les limites et la portée de l'exception d'"opération interne" ?

L'exception dite d'"opération interne" vise à couvrir les cas où une autorité publique preste un service elle-même, mais au moyen d'une entité juridiquement distincte. Dans ce cas spécifique, tant l'autorité publique que l'entité qui preste le service sont considérées comme formant un seul tout. Une telle relation n'est couverte ni par les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination qui découlent du Traité CE, ni par la directive "marchés publics" 2004/18/CE (ci-après la Directive)².

Les conditions d'applicabilité du principe de l'exception d'"opération interne" sont les suivantes: A) le contrôle qui est exercé par l'autorité publique sur l'entité juridiquement distincte doit être analogue à celui que cette première exerce sur ses propres services et B) l'essentiel de l'activité de l'entité juridiquement distincte est réalisé avec l'autorité publique qui la contrôle³. La Cour de Justice a clairement établi que la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également l'autorité publique exclut de fait l'application du critère A), de telle sorte qu'il ne peut y être question d'"opération interne". Des renseignements complémentaires peuvent être trouvés dans les réponses aux questions 2.9 et 2.10.

² Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JO L 134, 30.4.2004, p 114.

³ Arrêt C-107/98 Teckal [1999] REC I-8121, paragraphe 50.

2. LA MISSION EST CONFIEE A UN TIERS

2.1. Quel est le cadre juridique pertinent lorsqu'une autorité publique décide d'externaliser la gestion d'un SSIG ?

Si l'autorité publique décide d'externaliser la gestion du service contre rémunération, elle doit suivre les règles du droit communautaire sur la passation des marchés publics de services ou des concessions de services.

On doit distinguer deux cas :

A) L'autorité publique conclut un marché public de services. Dans ce cas, l'autorité publique paie au prestataire de service une rémunération déterminée. Si les seuils pertinents sont atteints⁴, les marchés publics de services sont couverts par la Directive. Cependant, les marchés de services sociaux et de santé ne sont pas soumis à l'ensemble des règles détaillées de la Directive⁵. Il résulte de l'article 21 de la Directive que seules certaines règles spécifiques de celle-ci sont applicables à de tels services. Les spécifications techniques⁶ doivent être notamment définies au début de la procédure de passation de marché (voir réponse à la question 2.2), et le résultat de la procédure⁷ doit être publié. De plus, les principes essentiels du droit communautaire, tels que l'obligation de traiter les opérateurs économiques d'une manière égale et non-discriminatoire, doivent être respectés pour l'attribution des marchés de services de santé et sociaux présentant un intérêt transfrontalier⁸. Ces principes ne requièrent toutefois de se conformer qu'aux données fondamentales de la jurisprudence de la CJCE et non d'observer strictement le jeu complet des dispositions de la Directive 2004/18/CE. Par conséquent, lorsque des autorités publiques externalisent des services sociaux par un marché public de services, elles bénéficient déjà d'une plus grande marge de manœuvre que dans d'autres domaines.

On doit noter cependant que, dans le cas de marchés de services mixtes, comprenant à la fois un service social et un autre service entièrement couvert par les dispositions de la directive précitée⁹, tel que de transport, de recherche scientifique, de conseil ou de maintenance, la Directive s'appliquera seulement partiellement, comme expliqué ci-dessus, si la valeur du service social¹⁰ l'emporte sur celle de l'autre service.

⁴ Art. 7 de la directive 2004/18/CE.

⁵ Les services sociaux et de santé sont au nombre des services figurant sur la liste de l'annexe II B de la directive 2004/18/CE. Les marchés pour de tels services sont seulement soumis à certaines dispositions données de la directive (sur le distinguo entre les services énumérés aux annexes II A et II B, voir les articles 20 et 21 de la directive 2004/18/CE. L'annexe II B comporte également une référence expresse aux services sociaux et sanitaires. Les codes qui y sont indiqués peuvent être consultés sur le site de la DG Marché intérieur www.simap.europa.eu

⁶ Art. 21 lu avec l'art. 23 de la directive 2004/18/CE.

⁷ Art. 21 lu avec l'art. 35 (4) de la directive 2004/18/CE.

⁸ Voir l'arrêt du 13 novembre 2007 dans l'affaire C-507/03, Commission/Irlande.

⁹ Les services qui sont énumérés à l'annexe II A de la directive 2004/18/CE.

¹⁰ Art. 22 de la directive 2004/18/CE.

Les services ambulanciers comportent, par exemple, à la fois des composantes de service sanitaire et de service de transport. Si la valeur du service de transport est supérieure à celle du service de santé, toutes les dispositions de la Directive s'appliqueront. Si la valeur du service médical est supérieure, la Directive ne s'appliquera que partiellement, comme expliqué ci-dessus¹¹.

Si le marché à attribuer n'atteint pas la valeur du seuil d'application de la Directive, l'autorité publique doit néanmoins se conformer aux règles et principes essentiels du droit communautaire, tels que les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence. A l'égard du contenu exact de ces principes, on se reportera à la réponse à la question 2.4.

B) L'autorité publique octroie une concession de services. Dans ce cas, l'autorité publique ne paie pas pour le service, la rémunération consiste dans le droit d'exploiter économiquement celui-ci¹². Le concessionnaire assume le risque opérationnel résultant de l'exploitation du service en question¹³. Dans tous les cas, les autorités publiques passant une concession de services doivent se conformer aux règles et principes essentiels du droit communautaire et notamment, aux principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination¹⁴. A l'égard du contenu exact de ces principes, on se reportera à la réponse à la question 2.4.

2.2. Comment rédiger des spécifications précises dans le cas d'une procédure de passation de marché de services (i) qui sont adaptés aux besoins spécifiques des particuliers ; (ii) qui répondent aux besoins divers de ces usagers selon une approche holistique et (iii) dont la prestation doit être ajustée en fonction de situations évolutives en termes d'intensité, de nombre d'utilisateurs, etc..

La Directive offre un large éventail de possibilités pour déterminer les spécifications¹⁵. Il appartient aux autorités publiques de tirer tout le parti de ces possibilités en exigeant des candidats qu'ils mettent au point un concept de service sur mesure, prenant en compte leurs besoins propres de manière à offrir la meilleure prestation possible, avec le niveau de qualité requis. Les autorités publiques peuvent par exemple préciser que les candidats doivent répondre aux besoins spécifiques de groupes déterminés d'usagers, ou bien que le service proposé doit être compatible avec les structures qu'elles ont déjà mises en place. On peut également concevoir que l'autorité publique prescrive que le service sera exécuté et évalué d'une façon qui implique la participation des usagers. Dans tous les cas, la règle de base est que les spécifications doivent être définies d'une manière qui n'entraîne pas de discrimination ni ne prédétermine l'attribution dès le début de la procédure.

¹¹ Voir l'affaire C-76/97 Tögel [1998] REC I-5357, paragraphes 29-40.

¹² Voir l'article 1 (4) de la directive 2004/18/CE.

¹³ Voir l'article 17 de la directive 2004/18/CE.

¹⁴ Voir les affaires suivantes : C-324/98 Telaustria [2000] REC I-10745, paragraphe 62; C-231/03 Coname [2005] REC I-7287, paragraphes 16-19 et C-458/03 Parking Brixen [2005] REC I-8585, paragraphe 49.

¹⁵ Art. 23 de la directive 2004/18/CE, qui s'applique aussi aux services énumérés à l'annexe II B de cette directive, tels que les services sociaux.

Des adaptations sont possibles durant toute la phase d'exécution du contrat, pour autant qu'elles ne remettent pas en cause d'une manière substantielle les termes de la mise en concurrence initiale¹⁶. Ces adaptations ne doivent notamment pas être d'une importance telle que la procédure de mise en concurrence aurait pu connaître une issue différente si elles avaient été connues dès le début. Le cas se présente lorsque des candidats potentiels qui n'ont pas soumis d'offre auraient pu trouver de l'intérêt à participer à la mise en concurrence, s'ils avaient su que de tels changements interviendraient.

2.3. Comment éviter de faire peser une charge trop lourde sur les petits prestataires de services, qui sont souvent les mieux à-même de faire face dans un contexte à dimension locale marquée?

C'est à l'autorité publique qu'il revient d'organiser la mise en concurrence d'une manière qui laisse aux petits opérateurs économiques une chance de participer et de remporter le contrat. Plus l'ampleur du service demandé est large, et par conséquent les exigences de capacité économique et financière élevées, plus il sera difficile aux petits prestataires de services de participer. Dans le cas des plus gros marchés (par exemple pour une gamme de services différents, ou bien pour des services à exécuter en plusieurs endroits), le pouvoir adjudicateur peut envisager de diviser le marché en lots distincts qui seront plus accessibles aux PME. D'une manière générale, il est recommandé aux autorités publiques de rédiger les spécifications techniques en ayant les PME à l'esprit, et en limitant les conditions formelles au strict minimum.

Pour les marchés d'une valeur inférieure au seuil d'application de la Directive, les autorités publiques doivent d'une manière générale respecter les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination¹⁷. Toutefois, sous certaines conditions, de petits marchés de services à dimension locale peuvent même être attribués sans se conformer aux principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination au motif qu'ils n'ont pas d'incidence sur le fonctionnement du marché intérieur. Cela peut se produire quand, en considération de la valeur particulièrement modeste (bien en dessous du seuil d'application de la Directive, qui s'élève actuellement à 211.000 €) et des caractéristiques du service social, comme du segment de marché concerné, on ne peut pas présumer de l'existence d'un intérêt potentiel à la prestation de services en cause pour les opérateurs économiques des autres Etats membres¹⁸.

Par exemple, dans des affaires relatives à des marchés de services juridiques d'une valeur moyenne d'environ 5.000 €¹⁹ ou des services d'aménagement urbain entre 6.000 € et 26.500 €²⁰, en fonction de leur faible valeur (moins ou près de 10% du seuil d'application de la Directive) et des circonstances propres de ces

¹⁶ Affaire C-496/99 Commission/CAS Succhi di Frutta SpA [2004] REC I-3801, paragraphe 116.

¹⁷ Affaire C-59/00 Bent Moustén Vestergaard [2001] REC I-9505, paragraphe 20, affaire C-264/03, Commission/France, REC [2005] I-8831, paragraphes 32, 33, affaire C-6/05, Commission/Grèce, arrêt du 14 juin 2007, paragraphe 3

¹⁸ Voir l'affaire Coname, paragraphe 20, s'agissant des concessions de services.

¹⁹ Voir communiqué de presse IP/07/357 du 21 mars 2007.

²⁰ Voir communiqué de presse IP/06/1786 du 13 décembre 2006.

affaires, la Commission a estimé que les marchés en cause n'avaient pas de pertinence pour le marché intérieur.

C'est à l'autorité publique qu'il revient d'estimer au cas par cas l'intérêt potentiel du point de vue d'opérateurs économiques établis dans d'autres Etats membres, à moins que la loi nationale ne donne des indications spécifiques. Pour évaluer la pertinence pour le marché intérieur, les autorités publiques peuvent se reporter à la communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics»²¹. Cette communication appréhende les marchés qui sont seulement partiellement soumis aux dispositions des directives, tels que les marchés de services de santé et sociaux²². Dans la mesure où la Communication comporte une interprétation générale de l'intérêt pour le marché intérieur en application du traité CE, elle peut également servir d'orientation pour les concessions.

2.4. Quelles obligations découlent des principes de transparence et de non-discrimination?

Selon la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination nécessitent une publicité appropriée de l'intention de l'autorité publique de conclure un marché public ou une concession. La publicité peut être limitée à une courte description des caractéristiques essentielles du marché à passer et de la procédure de passation ainsi que d'une invitation à contacter l'autorité publique. Il est essentiel que tous les prestataires de services potentiellement intéressés aient la possibilité d'exprimer leur intérêt à soumissionner pour le marché.

L'autorité publique peut alors sélectionner d'une manière non discriminatoire et impartiale les participants invités à soumettre une offre et, le cas échéant, à négocier les termes du marché ou de la concession. Pendant ces négociations, tous les opérateurs économiques devraient être placés sur un pied d'égalité et recevoir les mêmes informations de l'autorité publique.

Conformément à la jurisprudence de la CJCE sur la protection juridictionnelle effective²³, au moins les décisions affectant de manière défavorable une personne ayant ou ayant eu un intérêt à l'obtention du contrat, telle qu'une décision d'éliminer un soumissionnaire, devraient faire l'objet d'un examen pour violation éventuelle des normes de base dérivant du droit communautaire primaire.

Lorsqu'elles appliquent ces principes, les autorités publiques peuvent s'inspirer de la Communication interprétative de la Commission relative au droit

²¹ JO 2006, C 179, p. 2.

²² Mentionnés à l'annexe II B de la directive 2004/18/CE.

²³ Voir l'affaire c-50/00 P Union de Pequeños Agricultores, paragraphe 39, et affaire 222/86 Heylens, paragraphe 14.

²⁴ Mentionné à l'annexe II B de la directive 2004/18/CE.

communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics». Comme signalé plus haut, cette Communication traite également de marchés seulement partiellement couverts par les directives, tels que les services de santé et les services sociaux²⁴. Dans la mesure où la Communication contient une interprétation générale des principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination, elle peut également servir d'orientation pour l'attribution de concessions, tout en conservant à l'esprit que ces dernières sont généralement d'un montant bien supérieur aux seuils des directives "marchés publics" et donc exigent normalement une publicité dans un media doté d'une large couverture européenne.

2.5. Comment concilier des procédures de marchés publics, qui limitent le nombre de prestataires sélectionnés, avec le maintien d'un degré suffisant d'une liberté de choix suffisante pour les usagers d'un SSIG ?

Les procédures de marchés publics ne visent pas à limiter le nombre de prestataires de services sélectionnés. Les pouvoirs adjudicateurs ont la liberté pleine et entière de choisir un ou plusieurs opérateurs pour satisfaire leurs besoins. Les autorités publiques peuvent, par exemple, confier la même concession de services à plusieurs opérateurs, si cela est faisable pratiquement, garantissant ainsi un plus vaste éventail de choix pour les usagers dudit service.

2.6. Est-il autorisé d'introduire comme critère pour la sélection d'un prestataire de services sa connaissance du contexte local, cet aspect étant souvent essentiel pour la réussite de la prestation d'un SSIG ?

Les règles "marchés publics" de la CE visent à assurer une concurrence loyale parmi les opérateurs, et ce à travers l'Europe, afin de fournir un meilleur rapport qualité/prix au pouvoir public. Une exigence de connaissance du contexte local pourrait conduire à une discrimination illégale à l'encontre de prestataires de services étrangers. Dans le même temps, une telle exigence risque de réduire le choix de l'autorité publique à un petit nombre d'opérateurs locaux, et donc de diminuer l'effet bénéfique d'une concurrence à l'échelle européenne.

Néanmoins, certaines exigences liées au contexte local peuvent être acceptables si elles peuvent être justifiées par les particularités du service à fournir (le type de service et/ou des catégories d'usagers) et sont strictement liées à l'exécution du contrat.

Exemples:

- Une autorité publique peut, par exemple, exiger que l'adjudicataire établisse une structure locale telle qu'un bureau ou un atelier ou installe un équipement spécifique sur le lieu d'exécution si cela est nécessaire à la prestation du service.
- Une municipalité souhaitant mettre en place un refuge pour les femmes en difficulté, principalement pour des femmes d'une minorité culturelle spécifique, peut spécifier dans l'appel d'offres que le prestataire de services doit avoir une expérience préalable de ce type de services dans un

environnement présentant des caractéristiques sociales et économiques similaires, et que les employés qui seront en contact avec et/ou répondront aux besoins des femmes en difficulté doivent être suffisamment familiarisés avec le contexte culturel et linguistique de ces femmes en difficulté.

- Une autorité publique qui entend mettre en place un service de placement de personnel à destination de jeunes adultes provenant de zones défavorisées et traitant les difficultés spécifiques rencontrées par les usagers de ce service de manière intégrée (par exemple des problèmes de santé mentale, de toxicomanies ou d'abus d'alcool, de logement social et d'endettement) pourrait spécifier que le prestataire de services doit avoir une expérience préalable de ce type de services pour le même type de cibles. L'autorité publique peut également indiquer que le prestataire de services doit veiller à ce que, dès le début de la prestation de service, les employés s'occupant des usagers aient une connaissance des réseaux existants d'acteurs sociaux avec lesquels ils devront communiquer pour répondre de manière intégrée aux besoins des jeunes adultes sans emploi.

En tout état de cause, une restriction de ce type ne doit pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour assurer une prestation appropriée du service. La CJCE a jugé, par exemple, que dans le cadre de l'attribution d'un marché public de services sanitaires de traitements respiratoires à domicile un pouvoir public ne peut pas exiger que le soumissionnaire potentiel ait, au moment où l'offre est soumise, un bureau ouvert dans la capitale de la province où le service doit être presté.²⁵

Il appartient à l'autorité publique de s'assurer que de telles conditions sont objectivement justifiées et n'aboutissent pas à un traitement discriminatoire en favorisant indûment certaines catégories de soumissionnaires, notamment les entreprises locales ou les prestataires de services en exercice.

La question de l'attribution directe de marchés de faibles montants à des petits prestataires locaux de services a déjà été évoquée au point 2.3.

2.7. Est-il possible de limiter la sélection d'opérateurs aux seuls prestataires de services sans but lucratif?

Deux situations doivent être distinguées.

Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas décider d'eux-mêmes de limiter la participation à une procédure de passation de marchés aux seuls prestataires de services sans but lucratif. La directive "marchés publics" est basée sur le principe que tous les opérateurs économiques sont traités de manière équitable et non discriminatoire²⁶. Il n'est pas donc possible en vertu de la Directive de

²⁵ Affaire c-234/03 Contse [2005] CRE i-9315, paragraphe 79.

²⁶ Art. 2 de la directive 2004/18/CE.

²⁷ C'est pourquoi une exception spécifique a dû être introduite dans la directive pour permettre aux États membres de réserver des contrats à une catégorie particulière d'entreprises, à savoir les ateliers protégés où la plupart des employés concernés sont des personnes handicapées, voir art. 19 de la directive 2004/18/CE.

réserver des marchés à des catégories spécifiques d'entreprises²⁷ telles que des organismes sans but lucratif. Les dispositions mentionnées dans ce paragraphe s'appliquent à tous les services, y compris ceux seulement partiellement couverts par la Directive, telle que les services sociaux²⁸.

Néanmoins, le droit interne réglementant une activité particulière pourrait, dans des cas exceptionnels, prévoir un accès restreint à certains services au profit des organismes sans but lucratif. Dans ce cas, les autorités publiques seraient autorisées à limiter la participation à une procédure de passation de marchés à de tels organismes sans but lucratif, pour autant que le droit interne soit conforme au droit communautaire. Néanmoins, ce droit interne constituerait une restriction aux articles 43 et 49 du traité CE, sur la liberté d'établissement et la libre circulation des services, et devrait être justifié au cas par cas. Sur base de la jurisprudence de la Cour de justice, cette restriction pourrait être justifiée, notamment, si elle est nécessaire et proportionnée en raison de l'accomplissement de certains objectifs sociaux poursuivis par le système national de sécurité sociale.²⁹

2.8. Les autorités publiques ont-elles encore la possibilité de négocier avec les prestataires de services durant la phase de sélection? Ceci est particulièrement important pour les SSGI dans la mesure où les autorités publiques ne sont pas toujours en mesure de définir précisément leurs besoins au début du processus. Une discussion avec les prestataires de service potentiels est parfois nécessaire pour aider les autorités publiques.

Comme mentionné dans les réponses aux questions 2.2 et 2.4, les procédures négociées peuvent être utilisées pour l'achat de services de santé ou de services sociaux, que ce soit par le biais d'un marché public ou d'une concession. Toutefois, l'autorité publique doit s'assurer que les opérateurs invités à participer à une procédure négociée soient traités de la même manière.

2.9. Dans quelle mesure les règles relatives aux marchés publics s'appliquent-elles à la coopération intercommunale? Cette coopération peut prendre différentes formes, par exemple une commune achetant un service auprès d'une autre, ou bien deux communes lançant ensemble un marché public ou créant une entité en vue de la prestation d'un SSIG, etc...

Les règles relatives aux marchés publics s'appliquent dès lors qu'une autorité publique a l'intention de conclure un marché public de service avec un tiers³⁰ contre rémunération. Que le tiers soit un opérateur privé ou une autorité publique ne fait aucune différence.

Toutefois, comme les exemples suivants le démontrent, il existe des situations dans lesquelles des autorités publiques confient des activités économiques à

²⁸ La distinction entre les services de l'annexe IIA ou IIB est seulement appropriée à partir de l'article 20.

²⁹ Voir l'affaire c-70/95 Sodemare [1997] REC i-3395.

³⁰ Voir les arrêts C-107/98 Teckal [1999] Rec I-8121, paragraphe 51, C-94/99 ARGE [2000] Rec I-11037, paragraphe 40, C-220/05 Auroux [2007] I-389, paragraphe 62.

³¹ Voir l'article 11 de la directive 2004/18/CE sur les centrales d'achats.

d'autres autorités publiques, ou exercent conjointement ces activités avec d'autres autorités publiques sans être tenues d'appliquer les règles communautaires en matière de marchés publics.

Par exemple, des autorités publiques comme des communes ont bien sûr la possibilité d'organiser ensemble un marché public. Une autorité publique peut ainsi lancer une procédure pour elle-même et pour une autre autorité publique³¹ à la condition que ceci soit annoncé au début de la procédure.

De plus, plusieurs autorités publiques peuvent créer une nouvelle entité telle qu'une association à laquelle elles transfèrent complètement une tâche spécifique. Dans ce cas, les autorités publiques ne conservent aucun contrôle sur le service exercé, qui est presté par la nouvelle entité en toute indépendance sous sa seule responsabilité. Dans cette hypothèse, aucun service n'est presté et par conséquent ni le traité CE ni les directives ne s'appliquent³².

En outre, si des autorités publiques mettent en place des structures d'assistance mutuelle et de coopération sans rémunération, il n'y a pas de prestation de services au sens du Traité et le droit communautaire n'est pas d'application.

2.10. Dans quelle mesure les règles "marchés publics" s'appliquent-elles aux partenariats public-privé (PPP)?

Comme indiqué dans la réponse à la question 1.2, il n'y a pas de relation "opération interne" entre une autorité publique et une entité publique-privée dans laquelle une autorité publique participe conjointement avec une entité privée. Il en résulte que des services confiés à une entité publique-privée doivent être attribués conformément aux règles "marchés publics" du Traité ou des directives "marchés publics".

Quand une autorité publique lance une procédure de marché public pour sélectionner un partenaire privé qui va exécuter le contrat de service ou bénéficier de la concession de service conjointement avec une autorité publique dans le cadre d'une entité mixte publique-privée, il n'est pas nécessaire d'organiser une procédure de marché pour la prestation de ce service. Toutefois, tout changement substantiel dans les paramètres concernant la prestation du service non prévu dans la procédure de marché d'origine exigerait le lancement d'une nouvelle procédure. Une Communication de la Commission sur les PPP institutionnalisés qui explique concrètement comment organiser une telle procédure est en cours de finalisation. Elle devrait être adoptée avant la fin de l'année³³.

³² Voir le communiqué de presse de la Commission IP/07/357 du 21.3.2007 qui déclare que selon la Commission, le transfert complet d'une tâche de caractère public d'un pouvoir public à un autre, dans la mesure où la tâche sera effectuée par le pouvoir public auquel elle a été transférée en toute indépendance et sous sa seule responsabilité, ne constitue pas une fourniture de service contre rémunération au sens de l'article 49 du Traité. Un tel transfert de tâche à caractère public relève de l'organisation interne de l'administration publique de l'Etat Membre en question. En tant que tel, il n'est pas soumis au Traité CE et à ses libertés fondamentales.

³³ Pour de plus amples informations à ce sujet, voir le Livre vert sur les Partenariats Publics Privés et le droit communautaire sur les marchés publics et les concessions COM(2004) 327.

2.11. Comment les règles en matière de marchés publics et celles relatives aux aides d'Etat interagissent-elles ? Dans quels cas une autorité publique qui finance un prestataire de service conformément aux règles en matière d'aides d'Etat doit aussi se conformer aux règles relatives aux marchés publics et à la transparence?

Les règles relatives aux marchés publics, y compris celles applicables aux concessions, et les règles en matière d'aides d'Etat constituent en principe deux corps de règles distincts. Les règles en matière de marchés publics visent à assurer la concurrence la plus large en Europe au meilleur rapport qualité-prix. Les règles en matière d'aides d'Etat empêchent des distorsions de concurrence causées par des financements émanant de l'Etat ou des avantages similaires.

Les règles en matière de marchés publics s'appliquent dès qu'il existe une obligation de prester un service contre rémunération. A l'inverse, le simple financement d'une activité, potentiellement couplée avec une obligation de remboursement des fonds si ceux-ci ne sont pas utilisés dans le but auxquels ils étaient destinés, ne sera normalement pas couvert par les règles en matière de marchés publics. Il y a une présomption de contrat de service public ou de concession quand le type d'activité concernée relève de la compétence de l'autorité publique, les caractéristiques du service sont déterminées en détail par l'autorité publique et la prestation de service est rémunérée par l'autorité publique. Cependant, ces critères ne sont pas décisifs en eux-mêmes: ils servent d'indices afin de déterminer si l'objet du contrat réside bien dans la prestation d'un service.

Il existe également des situations pour lesquelles les deux corps de règles peuvent s'appliquer. En particulier, une procédure de marché qui garantit une concurrence pleine et entière peut être considérée comme indiquant que les services confiés par le biais d'un marché public ou d'une concession sont prestés au prix du marché et qu'il n'y a pas d'aide d'Etat. La conformité avec les règles en matière de marchés publics aidera aussi dans ces cas à assurer le respect des règles en matière d'aides d'Etat.