

Les marchés publics en Allemagne

Actualisation en Avril 2005

MINEFI – DGTPPE

Prestation réalisée sous système de management de la qualité certifié AFAQ ISO 9001

Définitions

Le cadre général de l'achat public en Allemagne

Contrats conclus par le Ministère fédéral de l'intérieur par catégories

Total : 1759

Textile	207
Matériel de bureau/ meubles	304
Télécommunications	313
Véhicules automobiles et accessoires	
Sécurité/ outils	149
Armement	108
Techniques d'information	109
Appareils médicaux	43
Services	110
Appareils de navigation/ alarmes	122
Appareils de nettoyage	37
Equipement maritime	7

Source : Centrale d'achat du Ministère de l'Intérieur, 2003 (2004 n.d.)

- Projet de décret sur les appels d'offres publics (Vergabeverordnung) du Ministère Fédéral de l'Economie (BMWA)

<http://www.bmwa.bund.de/Redaktion/Inhalte/Pdf/entwurf-einer-verordnung-ueber-vergabe-oeffentlicher-auftraege.property=pdf.pdf>

Un quart du volume des marchés publics de l'Union européenne

Le volume de contrats conclus par l'administration publique allemande, Etat fédéral, Länder et communes confondus, s'élève à 250 milliards d'Euros par an. Ce marché, souvent considéré difficile et complexe par les entreprises françaises, présente pourtant des perspectives intéressantes.

En effet, la centrale d'achat du Ministère de l'intérieur signe plus de 3 000 contrats par an avec des fournisseurs nationaux ou étrangers soit un volume d'achat de 507 Mio d'EUR en 2004. Aussi, les dépenses du Ministère de l'économie allemand devraient représenter 34,3 Mrd d'Euros en 2005.

Régis par des Directives Européennes, les marchés publics allemands présentent néanmoins des spécificités et sont fortement réglementés au niveau juridique. Une bonne connaissance de la législation est donc incontournable pour aborder ce marché.

La coexistence de deux législations

Le cadre juridique de l'achat public n'est pas unique mais se compose de législations au niveau national et européen. L'Union Européenne vise à l'harmonisation des cadres juridiques nationaux ceci afin d'assurer en parfaite transparence la libre concurrence européenne et un accès égalitaire aux appels d'offres publics pour tous les fournisseurs sur le territoire de l'Union Européenne.

Depuis mai 2004, le gouvernement allemand a engagé la réflexion sur la transposition en droit national allemand de la dernière Directive en la matière (Directives 2004/17/CE et 2004/18/CE). Le projet d'une loi et d'un décret présentés par le Ministère de l'Economie devraient introduire par exemple un registre central de corruption, la révision des seuils à la hausse et l'introduction d'une nouvelle forme de procédure d'enchères descendantes (*elektronisches Auktionsverfahren*). Il est prévu que la nouvelle réglementation entre en vigueur début 2006.

Le cadre légal de l'achat public en Allemagne n'est pas le même selon que l'on se trouve en deçà ou au-delà des valeurs-seuils définies par la législation européenne. Les procédures d'attribution des marchés applicables, mais également les possibilités de recours en dépendent. Il est donc très important de faire attention au droit applicable à une offre de marché publique.

- projet de réforme de loi sur les marchés publics

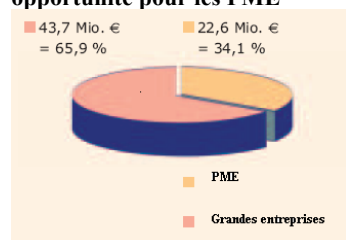
<http://www.bmwa.bund.de/Redaktion/Inhalte/Pdf/entwurf-eines-gesetzes-zur-neuregelung-des-vergaberechts.property=pdf.pdf>

NB: La valeur d'un marché est toujours estimée hors TVA.

Les seuils européens

Domaine	Seuils applicables
Marchés publics de services et de fournitures dans les domaines de l'eau potable, de l'énergie, des transports et services postaux	400.000 Euros
Marchés publics de services et de fournitures pour les instances fédérales hors dépenses de recherche et de développement et services énumérés dans l'annexe 1B de la directive 92/50/CEE modifiée par la directive 97/52/CE. Pour les dépenses dans le secteur de la défense, cela n'est valable que pour les livraisons de marchandises citées dans l'annexe II de la directive 93/36/CEE CEE modifiée par la directive 97/52/CE.	130.000 Euros
Autres marchés publics de services et de fournitures	200.000 Euros
Marchés publics de travaux	5 millions d'Euros

Volume des marchés publics par taille d'entreprise : une opportunité pour les PME



Source : Centrale d'achat du Ministère de l'Intérieur, 2003 (2004 n.d.)

Afin d'éviter que les adjudicateurs de marchés publics ne soustraient une commande au droit européen en la divisant en lots, la législation prévoit des seuils spéciaux pour les marchés divisés en lots. Ainsi pour les marchés de services, le seuil est ramené à 80.000 Euros pour chaque lot. Pour les lots dont la valeur est inférieure à 80.000 Euros, la législation européenne s'applique dès lors que la valeur additionnée de l'ensemble des lots atteint 20% de la valeur totale de la commande. Ces seuils spéciaux ne sont pas applicables aux prestations de service dans les domaines de l'eau potable, de l'énergie et des transports.

Pour les marchés de travaux, le seuil est ramené à 1 million d'Euros pour chaque lot. Pour les lots dont la valeur est inférieure à 1 million d'Euros, la législation européenne s'applique dès lors que la valeur additionnée de l'ensemble des lots atteint 20% de la valeur totale de la commande.

Déroulement

Les procédures d'attributions des marchés

Procédures à l'échelle européenne et leur équivalent à l'échelle nationale
Procédure ouverte (<i>offenes Verfahren</i>) = Appel d'offres ouvert (<i>öffentliche Ausschreibung</i>)
Procédure restreinte (<i>nicht offenes Verfahren</i>) = Appel d'offres restreint (<i>beschränkte Ausschreibung</i>)
Procédure négociée (<i>Verhandlungsverfahren</i>) = Attribution libre (<i>freihändige Vergabe</i>)

Le choix de la procédure

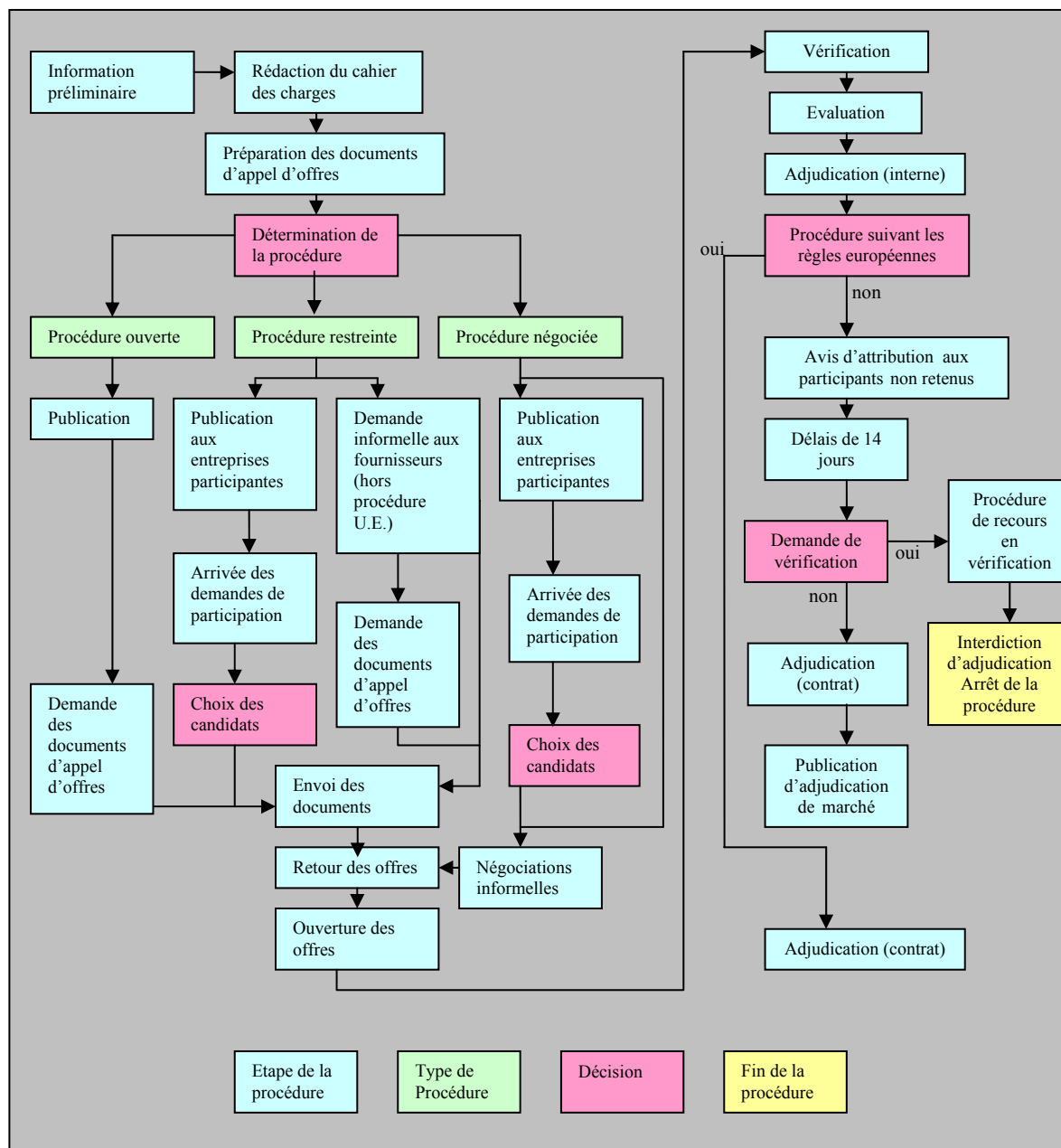
La procédure normale est la procédure ouverte. L'usage de la procédure restreinte ou de la procédure négociée n'est possible que dans certaines conditions particulières et doit être justifiée par le donneur d'ordres. Cependant, dans un souci d'allègement de la procédure, les organismes publics privilégient de plus en plus la procédure restreinte ceci afin d'éviter d'avoir à traiter trop de dossiers.

Cas particuliers

Les donneurs d'ordres privés intervenant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (*private Sektorenauftraggeber* - § 98-4 du GWB) ont la possibilité de choisir librement parmi les 3 procédures existantes à condition d'avoir fait préalablement appel à la concurrence dans un certain nombre de cas. Ils peuvent également avoir recours à une quatrième procédure, la procédure de préqualification (*Präqualifikationsverfahren*). Les entreprises choisies sont alors qualifiées pour toute une série d'appels d'offres, sur la base d'un contrôle de leur aptitude à répondre aux commandes de façon satisfaisante.

Enfin, les procédures relatives à des prestations intellectuelles, dès lors

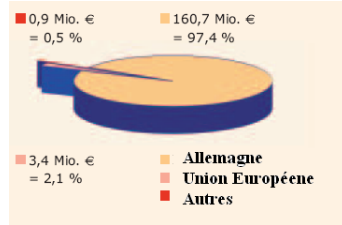
qu'elles dépassent le seuil européen, font l'objet d'une procédure négociée après que la demande de prestation ait été rendue publique, c'est à dire d'un concours de projets.



Source : Schéma réalisé à partir des informations de la Centrale d'achat du Ministère Fédéral de l'Intérieur

Les critères non-économiques dans l'attribution du marché

Parmi les objectifs non-économiques intégrés au droit de la commande publique, on trouve avant tout la « déclaration de respect des conventions collectives » (*Tariftreueerklärung*). Celle-ci interdit aux donneurs d'ordre de solliciter les services d'entreprises qui ne rémunèrent pas leurs employés au niveau fixé par les conventions collectives locales. La concurrence des entreprises d'autres régions de l'Union européenne qui bénéficient d'une main d'œuvre bon marché est ainsi limitée, notamment dans le secteur du bâtiment. **Cependant, la nationalité de l'entreprise n'est en aucun cas un motif valable de discrimination.**

Provenance des fournisseurs en 2003 : prédominance de fournisseurs nationaux

Source : Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Innern

De telles dispositions existent aujourd'hui dans les Länder de Bavière, de Berlin, de Basse-Saxe, de Sarre, de Rhénanie du Nord-Westphalie et de Brème. Un projet fédéral de ce type a échoué en juillet 2002, suite à son rejet par le Bundesrat. D'autres dispositions au bénéfice des entreprises qui favorisent la parité homme/femme (Frauenförderung), respectent l'environnement ou forment des apprentis existent, notamment en Basse-Saxe. Mais elles sont secondaires et les pénalités sont très faibles.

Protection juridique**Une demande de recours en vérification doit inclure les informations suivantes :**

- 1- le marché n'a pas encore été attribué.
- 2- les seuils européens sont franchis
- 3- le nom de la Vergabekammer auprès de laquelle la plainte est déposée
- 4- motifs de la plainte
- 5- l'avertissement immédiat adressé au donneur d'ordre avant le dépôt de la requête et sa position
- 6- la preuve que si le non-respect de la procédure a une réelle incidence négative pour l'entreprise (c'est à dire, qu'elle a réellement des chances d'obtenir le marché)

Les possibilités de recours**Deux types de recours différents**

La législation allemande prévoit deux types de recours. Le premier type, introduit dans le droit allemand par le biais de la législation européenne, n'existe en principe que **lorsque les seuils européens sont franchis**. Il repose sur les « droits subjectifs » du requérant au respect de la procédure prévue par la loi et aboutit au blocage ou à l'annulation de la procédure d'adjudication du marché.

Le second type de recours, plus restreint, repose sur le droit de l'entreprise lésée à obtenir des dommages et intérêts en cas de perte du marché suite à son attribution illégale à une autre entreprise, mais ne lui permet pas de récupérer le marché à l'issue de la procédure.

Au-dessus des seuils européens

L'entreprise lésée dispose d'une procédure de contrôle en deux étapes d'abord devant la *Vergabekammer* puis devant le *Vergabesenat* de l'*Oberlandesgericht*, lui permettant de faire valoir ses droits subjectifs au respect de la procédure d'attribution des marchés publics.

- **Le recours en vérification (*Nachprüfungsantrag*)**

La demande de recours en vérification (article 107 et suivants du GWB) doit être déposée dès la constatation de l'erreur de procédure (au plus tard dans les 14 jours) et avant la signature du contrat d'attribution du marché. Après signature, le contrat est inattaquable et il n'y a plus de possibilité de recours.

La plainte doit être déposée auprès de la *Vergabekammer* (auprès de la *Vergabekammer* localisée auprès de l'autorité fédérale de régulation de la concurrence pour les marchés attribués par l'Etat fédéral, auprès des *Vergabekammer* des Länder pour les marchés attribués par les Länder ou les communes) qui rend sa décision dans les 5 semaines qui suivent la réception de la plainte. La décision est rendue sous la forme d'un acte administratif.

- **La procédure d'appel auprès de la cour d'appel du Land (*sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht*)**

Le recours en appel doit intervenir dans les deux semaines qui suivent la décision de la *Vergabekammer*. La procédure dure souvent plusieurs mois. La décision rendue par la cour d'appel du Land est inattaquable.

Organes de publication des offres publiques :**• Au niveau national :**

- Plateforme électronique des offres publiques de l'Etat fédéral, des Länder et des communes (service gratuit) : <http://www.evergabe-online.de> (cf également : www.bescha.bund.de administration fédérale chargée de la gestion des achats pour 26 administrations publiques, dont la police par ex.).

- Bulletin officiel des offres publiques fédérales « Bundes-ausschreibungsblatt » (service payant) : <http://www.bundesausschreibungsblatt.de>

• Au niveau européen

Site sur lequel les avis de marchés publics européens sont recensés (accès gratuit aux offres publiques allemandes en langue française) : <http://ted.publications.eu.int>

Au-dessous des seuils européens

Seules deux procédures sont possibles: la saisine des *Vergabeprüchstellen* et la demande de dommages et intérêts.

▪ Saisine des autorités de vérification des marchés publics

En cas de pratique concurrentielle discriminatoire de la part d'un donneur d'ordres public ayant une position dominante sur le marché, l'entreprise lésée peut, au titre de l'article 103 du GWB, saisir les autorités de vérification (*Vergabeprüfstelle*). Ces autorités ne peuvent interrompre la procédure d'attribution mais peuvent constater l'illégalité et concilier les parties.

▪ Les demandes de dommages et intérêts (*Schadenersatzansprüche*)

Les entreprises ayant répondu à l'appel d'offre peuvent demander des dommages et intérêts lorsque la procédure prescrite par le droit de la commande publique n'a pas été respectée. Elle peut notamment exiger le remboursement des frais engagés pour répondre à la demande du donneur d'ordre auprès des tribunaux compétents.

Pour faire valoir ce droit, l'entreprise doit prouver que sans la faute du donneur d'ordre, elle aurait eu de vraies chances d'obtenir le marché. Elle doit remplir tous les critères de sélection qui ont mené à la sélection des quelques « finalistes ». Seuls les frais engagés pour répondre à l'appel d'offre sont alors indemnisés. Les gains potentiels liés à l'obtention du marché ne sont indemnisés que si le non-respect de la procédure par le donneur d'ordres fait l'objet d'une appréciation délictueuse (*culpa in contrahendo*).

Les entreprises, qui font un mauvais usage des possibilités de recours qui leur sont offertes doivent également s'acquitter de dommages et intérêts vis à vis des autres participants à la procédure. C'est notamment le cas, quand:

- le motif de suspension de la procédure d'attribution du marché a été obtenu au moyen de fausses informations,
- la suspension de la procédure a été demandée dans le but de gêner la procédure ou de nuire aux concurrents,
- Une demande de suspension a été déposée dans le but, d'obtenir de l'argent ou d'autres avantages (et non le marché lui-même).