



Réponse à la consultation publique de la Commission sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics

18 avril 2011

L'April est enregistrée dans le registre des représentants d'intérêts auprès de la commission européenne sous le numéro 30399252478-91

Sommaire

Réponse de l'April à la consultation européenne.....	3
Favoriser des procédures les plus ouvertes possibles pour l'innovation	3
Paragraphe 2.1 Moderniser les procédures - Questions 19, 20, 21.....	3
Agir contre la structure anticoncurrentielle de certains marchés en assurant un meilleur accès à la commande publique.....	4
3.1 Améliorer l'accès des PME et des start-up aux marchés publics – Questions 46, 47, 53 et 54.....	4
3.2 Garantir une concurrence loyale et effective - Question 59.....	5
Agir contre la structure anticoncurrentielle en faisant des appels d'offres ouverts à l'innovation.....	5
4.1 « Comment acheter » : des obligations au service des objectifs de la stratégie Europe 2020 - Question 63.....	5
5.4 Prévention des avantages indus - Question 109.....	6
Réaffirmer les principes fondamentaux de concurrence ouverte et effective, privilégier les normes pour assurer l'accès de tous à la commande publique.....	6
Conclusion.....	7

Réponse de l'April à la consultation européenne

L'ouverture des marchés publics à tous les acteurs est cruciale, aussi bien pour l'utilisation optimale des fonds publics que pour susciter la concurrence et créer les conditions permettant l'émergence de nouveaux acteurs. Ainsi, dans un secteur innovant comme l'informatique, la question de l'ouverture de la commande publique est d'autant plus essentielle à l'innovation que la structure des marchés n'assure pas toujours la concurrence qui permettrait aux produits innovants de se développer.

En effet, les acteurs du Logiciel Libre, éditeurs et sociétés de services en tête, se heurtent à de nombreuses barrières à l'entrée de la commande publique. Ces barrières peuvent prendre plusieurs formes, comme des questions de procédures sans publicité préalable ou des formulations des appels d'offres qui ne leur permettent pas de répondre. Ainsi des entreprises européennes sont exclues de la commande publique, et ce qui limite l'innovation et le développement économique d'outils indispensables à la société de la connaissance.

À l'inverse, les marchés publics ont parmi leurs objectifs d'améliorer la concurrence et de permettre le développement de nouveaux acteurs : étant donné la présence de situations monopolistiques dans certains secteurs de l'informatique, la commande publique se doit d'ouvrir le marché et d'y permettre une concurrence effective. La plupart des entreprises européennes de Logiciels Libres étant des PME, mettre en place des règles qui leur permettent d'accéder à la commande publique permettrait donc d'atteindre cet objectif, essentiel pour la stratégie Europe 2020.

Notre réponse à la consultation s'axe donc sur ces grands principes : s'assurer de la mise en place de procédures les plus ouvertes possible pour permettre l'accès de tous à la commande publique et favoriser l'innovation, agir contre la structure anticoncurrentielle de certains marchés, et s'assurer d'une formulation des appels d'offres qui assurent l'égalité des chances entre les candidats.

Favoriser des procédures les plus ouvertes possibles pour l'innovation

Paragraphe 2.1 Moderniser les procédures - Questions 19, 20, 21

19. Vous paraît-il souhaitable d'autoriser un recours accru à la négociation dans le cadre des procédures de passation de marchés publics, et/ou de généraliser la procédure négociée sans publication préalable?

20. Dans ce dernier cas, cette possibilité devrait-elle exister pour tous les types de marchés/tous les types de pouvoirs adjudicateurs, ou seulement sous certaines conditions ?

21. Pensez-vous qu'un recours généralisé à la procédure négociée comporterait des risques d'abus ou de discrimination? Outre les garde-fous déjà prévus par les directives pour la procédure négociée, faudrait-il imposer des obligations supplémentaires en matière de transparence et de non-discrimination pour contrebalancer ce pouvoir discrétionnaire accru? Quelles pourraient-être ces obligations?

Le renouvellement des contrats publics concernant les logiciels présente souvent une structure dérogatoire à la procédure ouverte normale, ce qui pose une barrière à l'accès à la commande publique pour les éditeurs et revendeurs de logiciels libres. Ainsi, par exemple, la récente décision de passer par

un marché négocié¹ pour l'achat de licences pour les systèmes d'exploitation des postes de la Commission exclut d'emblée un grand nombre d'acteurs économiques européens du marché, sans possibilité de présenter simplement leur produit. Dans ce cadre, autoriser un « *recours accru à la négociation dans le cadre des procédures de passation de marchés publics et/ou de généraliser la procédure négociée sans publication préalable* » (question 19) représente un frein réel pour des acteurs économiques innovants, privés de ces marchés. C'est d'ailleurs ce que semble sous-entendre la question 21 lorsqu'elle demande si « *un recours généralisé à la procédure négociée comporterait des risques d'abus ou de discrimination* » : dans des domaines innovants comme l'informatique, de nombreux acheteurs publics sont tentés de ne pas passer de marchés par manque de connaissance du secteur et par difficulté d'appréhension de la diversité du marché. Mettre en place des procédures renforçant le pouvoir discrétionnaire des acheteurs publics représenterait donc des limitations importantes sur les marchés.

L'April s'oppose donc à un relâchement des normes actuelles, qui permettent déjà d'éviter des procédures publiques et peuvent dans certains cas renforcer l'opacité. À l'inverse, l'assurance de plus de transparence serait permise par un encadrement rigoureux de ces procédures, afin de s'assurer que tous les acteurs aient effectivement accès à la commande publique.

Agir contre la structure anticoncurrentielle de certains marchés en assurant un meilleur accès à la commande publique

3.1 Améliorer l'accès des PME et des start-up aux marchés publics – Questions 46, 47, 53 et 54

46. Estimez-vous que les règles et politiques de l'UE en matière de passation des marchés publics tiennent suffisamment compte des intérêts des PME? Ou bien pensez-vous que certaines règles de la directive devraient être révisées ou que des mesures supplémentaires devraient être introduites pour améliorer la participation des PME aux marchés publics? Motivez votre réponse.

47. Certaines des mesures définies dans le code de bonnes pratiques (telles que la subdivision en lots) devraient-elles être imposées aux pouvoirs adjudicateurs (sous certaines réserves)?

53. Pensez-vous que les marchés publics peuvent avoir d'importantes répercussions sur la structure des marchés et que les acheteurs devraient, dans toute la mesure du possible, chercher à ajuster leurs stratégies de passation de marchés pour lutter contre les structures de marché anticoncurrentielles?

54. Estimez-vous que les règles européennes en matière de passation des marchés publics devraient prévoir des instruments (facultatifs) pour encourager ce type de stratégies pro-concurrentielles sur ces marchés? Si oui, quels instruments?

L'April considère que l'accès des PME et starts-up aux marchés publics n'est actuellement pas assuré. Les PME européennes ne peuvent que très rarement accéder à la commande publique, qui revient presque toujours à quelques grandes entreprises américaines, notamment sur le marché logiciels. L'April appelle donc à une action volontariste de la part des institutions européennes pour faire évoluer cette situation, par la mise en place d'un "Small Business Act" contraignant qui permettrait notamment de réserver entre une partie non négligeable de l'achat public européen aux seules PME européennes. Ce système, appelé par de nombreuses entreprises européennes, aurait pour avantage de permettre le développement des PME et des jeunes pousses tout en préservant une certaine indépendance des achats publics.

1 Pour plus d'informations : <http://www.april.org/negotiations-microsoftcommission-europeenne-pour-lachat-de-licences-faites-ce-que-je-dis-pas-ce-que>

Ainsi, les nombreuses PME européennes spécialisées dans le logiciel pourrait accéder à la commande publique, ce qui permettrait de rendre les marchés plus concurrentiels et de fournir un contrepoids aux acteurs ultra-dominants actuellement présents sur le marché.

De même, la division des appels d'offres par lots tel que suggérés dans la question 47 serait un moyen de permettre à ses acteurs plus modestes de proposer leurs solutions. La limitation des exigences en termes de surface financière représenterait également un outil pertinent pour encourager des stratégies pro-concurrentielles. Plus que la participation de soumissionnaires d'autres États membres, diviser le marché de telle manière qu'il soit accessible à un plus grand nombre serait un moyen de rétablir la concurrence dans les marchés dominés par un acteur unique. L'April considère donc qu'un instrument intéressant pour encourager des stratégies pro-concurrentielles (question 54) serait des études de marchés s'assurant que la formulation des appels d'offres permettent à un nombre minimum d'entreprises de répondre, évitant donc le recours obligatoire à un fournisseur unique.

3.2 Garantir une concurrence loyale et effective - Question 59

59. Pensez-vous que des mesures renforcées contre les pratiques anticoncurrentielles dans les procédures d'appel d'offres devraient être introduites dans la réglementation de l'UE relative aux marchés publics? Dans l'affirmative, quels nouveaux instruments/dispositions proposeriez-vous?

Le livre vert de la Commission européenne souligne très justement que certains marchés présentent une structure anticoncurrentielle, comme notamment le marché des fournitures informatiques. L'April souscrit à l'analyse que « les décisions relatives aux marchés publics qui sont prises sans tenir compte des structures de marchés comportent le risque, même si elles sont parfaitement conformes aux règles des directives, que le caractère anticoncurrentiel de ces structures ne se consolident ou ne s'aggravent ». Ce type de difficultés est fréquemment rencontrée par les acteurs économiques du Logiciel Libre, car la structure du marché peut restreindre les possibilités qui s'offrent à eux.

Concernant la question 59, l'April considère donc que le contrôle des mesures anticoncurrentielles devrait être a minima renforcé, et des mesures réglementaires pourraient être utiles pour améliorer la concurrence dans certains secteurs du marché logiciel. Ces mesures devraient surtout permettre de prendre en compte les pratiques anticoncurrentielles dans les commandes publiques, afin de s'assurer de l'ouverture la plus large possible à des fournisseurs diversifiés, d'éviter l'enfermement technologique et de réduire le risque d'un fournisseur unique.

Agir contre la structure anticoncurrentielle en faisant des appels d'offres ouverts à l'innovation

4.1 « Comment acheter » : des obligations au service des objectifs de la stratégie Europe 2020 - Question 63

63. Partagez-vous l'avis selon lequel la possibilité de définir des spécifications techniques en termes de performance ou d'exigences fonctionnelles, plutôt que sous forme d'exigences techniques rigoureuses et détaillées, permettrait aux pouvoirs adjudicateurs d'atteindre plus facilement leurs objectifs politiques? Dans l'affirmative, préconiseriez-vous de rendre obligatoires, sous certaines conditions, ces exigences de performance ou ces exigences fonctionnelles?

La consultation mentionne très justement que les pouvoirs adjudicateurs doivent « établir des spécifications techniques qui n'aient pas pour effet de favoriser certaines entreprises ». Ce type de

pratique est cependant monnaie courante dans le cadre des marchés publics, avec la demande parfois de certaines technologies précises, alors même que cela exclut indûment de nombreux acteurs de la possibilité même de proposer leur solution.

Pour autant, les acheteurs publics doivent clairement identifier leurs besoins, notamment en termes de fonctionnalités, de possibilité de réutilisation, de possibilité de modifications et de transformations des biens et des services qu'ils acquièrent. Ainsi, demander d'avoir certaines conditions de licences pour des achats informatiques par exemple ne semble pas abusif du moment que ces conditions de licences sont justifiés par l'objet du marché et par la personne publique acheteuse ; l'April attire donc l'attention de la Commission sur cet enjeu de justification des exigences techniques détaillées, qui représente probablement l'enjeu le plus important pour les marchés publics informatiques (et non la différenciation entre exigences fonctionnelles et exigences techniques telles que détaillées dans la question 63).

5.4 Prévention des avantages indus - Question 109

109. Devrait-il exister au niveau de l'Union européenne des règles spécifiques pour traiter la question des avantages procurés à certains soumissionnaires par leur participation précédente à la conception du projet qui fait l'objet de l'appel d'offres? Quelles mesures proposeriez-vous?

De même, la prévention des avantages indus est essentielle pour assurer la concurrence et limiter les structures monopolistiques de marchés. Dans les marchés touchants aux TIC plus qu'ailleurs, la structure souvent monopolistique du marché et la technicité des enjeux abordés peuvent conduire les institutions à s'appuyer sur certains fournisseurs pour les services préparatoires aux appels d'offres ou pour la définition des spécifications techniques. Cette situation avantageuse est d'autant plus présente que le marché des systèmes d'exploitation présente une structure particulière, avec un fournisseur unique de l'administration qui est par ailleurs en situation hégémonique sur le marché.

Concernant la question 109, l'April estime donc qu'à minima une réflexion devrait être engagée sur la question de la compensation des avantages procurés à certains soumissionnaires par leur participation antérieure. Des mesures utiles pour le développement de la concurrence et de l'innovation seraient une publication claire des informations, ainsi que la prise en compte des avantages qu'ont certains concurrents dans le cadre des appels d'offres, afin de favoriser la diversification des fournisseurs de l'administration. Pour atteindre cet objectif, une formulation stricte des appels d'offres en termes de spécifications techniques ainsi que l'utilisation de standards ouverts² seraient deux premières étapes : les standards ouverts peuvent en effet être implémentés par l'ensemble des acteurs, car tous connaissent les spécifications.

Réaffirmer les principes fondamentaux de concurrence ouverte et effective, privilégier les normes pour assurer l'accès de tous à la commande publique.

Le marché du logiciel présente une structure particulière ; en constante et rapide évolution, subissant la présence d'acteurs hégémoniques sur certains produits comme les systèmes d'exploitation, il représente cependant une dépense publique importante et des enjeux cruciaux que la Commission ne peut ignorer. D'une certaine manière, il montre d'ailleurs la limite de l'application effective des principes des marchés publics à certains secteurs innovants : présence parfois d'un fournisseur unique, barrières à l'entrée pour les concurrents qui limitent la concurrence, dangers des procédures allégées pour la compétition et renforcement de monopoles par les achats publics.

² Les standards ouverts sont définis par la loi française comme « tout protocole de communication, d'interconnexion ou d'échange et tout format de données interopérable et dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en œuvre ». (loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour « la confiance dans l'économie numérique », article 4).

Dans ce cadre, il semble donc essentiel de s'assurer que les principes fondamentaux des marchés publics seront effectivement respectés pour l'ensemble des secteurs : alors que celui-ci n'est pas encore assuré actuellement, assouplir les règles tel que le propose la consultation pourrait causer des dommages importants à la concurrence dans le domaine du logiciel. L'April appelle donc avant tout à réaffirmer les objectifs et grands principes des marchés publics, pour assurer transparence, développement de l'innovation, rationalisation des procédures et utilisation optimale des fonds publics.

Conclusion

Le logiciel libre est essentiel pour l'économie européenne, l'indépendance technologique, la pérennité des données, la maîtrise et l'optimisation des finances publiques, le partage de la connaissance. Dans un marché principalement dominé par des acteurs extra-européens, donner la possibilité aux PME européennes que sont de nombreuses entreprises du Logiciel Libre d'accéder à la commande publique répond aux objectifs tant des marchés publics que de la stratégie Europe 2020.