

**COMMENTS ON SPECIFIC ASPECTS OF THE EU REVISED DRAFT
LEGISLATIVE PACKAGE ON PUBLIC PROCUREMENT
(COUNCIL SECRETARIAT DOCUMENT DATED 11 MAY 2001)**

1. General comments

UNICE has taken notice of the fact that, in contact with the Swedish Presidency, the European Commission has worked out a revised version of the Legislative Package on public procurement, dated 9 May 2001. UNICE has received a text version of the Council Secretariat, dated 11 May (document for the Council Working Group on 16 May 2001, ref. SN 2325/01 (MAP) – hereinafter: “revised version”).

UNICE has received information that the Commission has revised several provisions in line with earlier UNICE recommendations, especially concerning regulation on competitive dialogue and electronic procurement. Welcoming these amendments, UNICE takes the opportunity to comment on some specific aspects of the revised version of the legislative package.

In general, UNICE would like to remind the European legislator that, from the beginning, simplification of the legal framework has been one of the basic targets of the revision of the Directives. UNICE urges that the target of simplifying the Directives should be defended against any amendments making the text more complex, as for example is the case in Art. 43 a para 1 and 5: in Art. 43 a para 1 the text is unreadable as a result of many references to other provisions. In Art. 43 para 5 it is unclear what is meant by the last words “and minimum levels of selection criteria”.

2. Main items

2.1 Social criteria

Recital 22 should be deleted. Any explicit authorisation of the contract performance conditions aimed at taking into account social aspects in the course of the procurement procedure will create the danger of severe distortions of competition in public procurement. UNICE has addressed these dangers in more detail in its position paper “Comments on the inclusion of social aspects in the revised EU-Directives on public procurement” (see reference of the UNICE position paper under point 4 below).

2.2 Competitive dialogue (Art. 30)

In general, UNICE welcomes the revision of the provisions on competitive dialogue in the new text version. Nevertheless, UNICE calls for the competitive dialogue procedure to be restricted to *complex* contracts, as in the previous version of the Legislative Package. Otherwise the procedure could be misused in cases of simple procurements where it is neither needed or appropriate.

UNICE welcomes the intention expressed in the revised draft that a contracting authority shall not be entitled to mix different bidders' proposals ("cherry picking").

In general, UNICE welcomes the provision on confidential information in Art. 30 para 3 subpara 2. With a view to the crucial importance of safeguarding confidentiality in the competitive dialogue procedure, the word "may" should be replaced by "must".

Furthermore UNICE has realised that the revised version no longer contains any provision on financial compensation for participants' proposals made in the course of the competitive dialogue procedure, while UNICE has repeatedly asked for mandatory compensation. UNICE maintains this position even now that the "outline solution" is no longer part of the procedure.

In the area of competitive dialogue focusing on complex contracts, however, not only the presentation of a formal "outline solution" but also bidders' contributions within the dialogue procedure may generate many costs due to personnel and financial efforts on the bidders' side. These costs as a rule will be much higher than the costs for bids in other procurement procedures. It should be borne in mind that participants' contributions in the competitive dialogue procedure may well be of much benefit for the contracting authority even if a participant does not finally win the award. UNICE would therefore recommend that further thought is given to a provision on compensation for participants' contributions within the competitive dialogue procedure, at least on an optional basis.

2.3 Framework agreements (Art. 32)

Potentially, framework agreements may maintain the scope for SME participation in public sector markets. On the other hand, UNICE points out that framework agreements could be misused to create unfair competitive disadvantages for SME participants. Such concerns are derived from the analysis of procurement practices which to some extent already use procedures similar to the envisaged framework agreements. According to these experiences, contracting authorities obviously in many cases tend to prefer large companies as partners for such agreements. Such de facto exclusion of SMEs from framework agreements would not only be disadvantageous for these companies but also for the structure of the procurement market and the long-term interests of contracting authorities since, on a long-term basis the latter would lose potential suppliers from the SME sector and would become more dependent on a limited number of very large companies. The legislation should definitely guard against that danger. UNICE therefore proposes an amendment to Art. 32 para 1, last subparagraph, as follows:

"Contracting authorities must not use framework agreements in such a way as to restrict or distort competition, especially not to discriminate unfairly against small and medium-sized enterprises."

2.4 Electronic procurement (Art. 42 and 61)

UNICE is pleased that, in the revised version (Art. 42 para 3), the Commission extends the obligation to safeguard confidentiality also with a view to the storage of electronic data in line with UNICE's proposals.

Concerning Art. 61 there is no reason why para 1 of this Article refers only to Art. 42 para 1 and 3. Art. 61 should refer to *all* provisions of Art. 42. The basic rules for electronic tendering should govern the whole area covered by the EU Directives on Public Procurement.

3. Additional items

3.1 Reference to "recognised bodies" (Art. 24 para 4, 5, 7)

In Art. 24 para 4 subpara 2 and Art. 24 para 5 subpara 3 the word "recognised" should be deleted as the reference to test reports should not be limited to reports by recognised bodies, i.e. test reports by recognised third parties. Rather, other test reports, for example reports by manufacturers, should also be allowed. For the reasons stated above Art. 24 para 7 should be deleted in its entirety.

3.2 Relying on capacities of other entities (Art. 48 para 2)

The provision of Art. 48 para 2 may harm the capability of an economic operator to deliver goods or services successfully in cases where the operator lacks any experience in the relevant area. Inclusion of this provision in the Directive should therefore be reconsidered.

4. Reference to earlier UNICE comments on the Legislative Package

The comments set out above refer exclusively to items resulting from the recent revision of the Commission's proposals for revised Directives on public procurement. Additionally, UNICE refers to its earlier position papers on the Legislative Package, which are attached:

- ♦ Comment and proposals for changes to the draft revised public purchasing classical (COM (2000) 275 final) and Utilities (COM (2000) 276 final) Directives (both dated 10 May 2000), UNICE position dated 14/11/2000, see **annex 1**.
 - ♦ Competitive Dialogue – revised draft COM (2000) 275 final/2, Council 5083/01, dated 12 January 2001, UNICE position dated 15/2/2001, see **annex 2**.
 - ♦ Comments on the inclusion of social aspects in the revised EU Directives on public procurement, UNICE position dated 3/4/2001, see **annex 3**.
-

14/11/2000

**UNICE COMMENT ON AND PROPOSALS FOR CHANGES TO THE DRAFT
REVISED PUBLIC PURCHASING CLASSICAL [COM(2000) 275 FINAL]
AND UTILITIES [COM(2000) 276 FINAL] DIRECTIVES
[BOTH DATED 10 MAY 2000]**

1. UNICE welcomes the proposed revision of the classical sector directives. The elimination of unnecessarily ambiguous wording, the logical structure, the addition of titles, and the introduction of provisions aiming to permit Contracting Authorities to conduct their purchasing in line with the best of modern commercial practice, are especially applauded. UNICE wishes to pay tribute to all who have contributed to the content of the new draft over the two years since the publication of the Commission's Communication.
2. That being said, UNICE believes that there are some areas where the new draft Classical directive can be improved, and one in particular - complex contracts - where modification is essential for the directive to function as it is intended.
3. UNICE also welcomes the revisions to the Utilities directive, especially the provisions for exclusion of those that are subject to a fully competitive environment. Once again, however, there are areas where improvement is possible and, in some cases, most desirable for the directive to function as intended.
4. Two main areas are discussed in detail later in this paper:
 - Complex contracts – Classical sector *Section 9*
 - Electronic tendering – both sectors *Section 10*
5. Two areas not discussed here in detail will be the subject of future UNICE papers:
 - 5.1 **Public-Private Partnerships (PPPs)** – both sectors
The use of Public-Private Partnerships is growing throughout Europe, injecting private skill and capital into a variety of activities. The EU public purchasing framework needs to be updated to some extent in order to take this evolution into consideration.
 - 5.2 **Affiliated undertakings** – both sectors *Classical Article 78 (2); Utilities Article 26*
Economic operators which are themselves controlled by public authorities are free to compete in public procurement. That raises a number of concerns, some of which go beyond the scope of public procurement.
6. Utilities Article 26 (“*Service contracts awarded to an affiliated undertaking or to a contracting entity forming part of a joint venture*”) has not been changed despite representations from various quarters. UNICE recognises the difficulties but recommends strongly that this area should be revisited in consultation with all parties.

7. UNICE proposes some minor improvements to six other areas:

7.1 Framework agreements – Classical sector *Article 32*

UNICE has concerns that false pricing in the first stage may distort the market; that dominant contracting authorities may exert undue price pressure in the second stage; and that the concept of effectively two award procedures for one contract is not satisfactory. UNICE, having considered the working document prepared by the French Presidency (SN 4075/00 [MAP] OF 19 OCTOBER 2000) follows with interest the further drafting of Art.32. UNICE supports the intention to introduce framework agreements into the classical sectors. We strongly recommend that the EU simply adopts the provisions on framework agreements in the existing utilities directive (Art.1 para 5 and Art.5.) The huge advantage of importing the rules from the utilities sector into the classical sector is that we know they will work. Purchasers and suppliers have good experience of operating under these rules and indeed the Commission is clearly satisfied that they are effective since it has incorporated them unchanged into the new Utilities directive.

7.2 Exclusion of Utilities – Utilities sector *Articles 2(3) and 29*

The provisions of Article 29 are most welcome; they should help substantially in achieving the objectives of the directive. There is, however, concern that the process may take too long and thought should be given to a mechanism whereby a Utility could initiate the procedure if it believed that it would qualify.

7.3 Use of standards – both sectors *Classical Article 24; Utilities Article 34*

The possibility that a specification can contain a mixture of functional requirements and standards – contemplated in the Explanatory Memorandum – should be made clear. Where safety considerations are involved, a contracting entity should be permitted to insist that specific standards be met. Any such mandatory standards must be identified in the call for tenders and accompanied by a brief explanation of the reasons therefore.

7.4 Purchase of primary fuels - Utilities sector *Article 27*

The old directive exempted the purchase of primary fuel and water from the directive; the new version exempts only primary water.

The principle is sound: with competitive sellers in the fuel market, the directive should apply. But the need to publish information about future plans could play into the hands of the fuel cartels. There is a balance to be struck between a sound principle and harsh reality.

UNICE recommends that primary fuel should continue to be included in Article 27.

7.5. Social aspects – both sectors *Classical Recital 22; Utilities Recital 32*

Whilst UNICE endorses social measures, it is convinced that the public purchasing directives are the wrong place to pursue them. Social aspects unrelated to economic value to the purchaser can all too easily distort competition and become tools for discriminatory purchasing.

7.6 Nomination of subcontractors – both sectors *Classical Article 26; Utilities Article 37*

Past experience has shown that a requirement to nominate subcontractors is, except in special cases, unsatisfactory, and does nothing to help SMEs. The circumstances in which it is of benefit relate to crucial elements of the work, when it is reasonable that the contracting entity will want to know who will be responsible for it. UNICE recommends that the directives should restrict nomination to such justifiable elements.

8. It would be of benefit - especially to SMEs - if the plethora of timescales could be simplified without, of course, reducing them. UNICE has presently not addressed this point in its suggested amendments to the text of the directive.

Detailed discussions

Being in agreement with most of the text, UNICE has concentrated in this paper on those parts where there are issues of substance. Each section in the rest of this paper consists of an explanation followed by suggested amendments to the text of the directive.

9. **Complex contracts** - Classical sector *Article 30*

- 9.1 UNICE supports the intention to permit negotiation between a contracting authority and candidates in complex contracts. But some aspects of the procedure make UNICE's support for the proposal in its present form impossible. Those aspects are the present proposals for outline solutions prior to selection and those implied for the final stage: neither of them will work. UNICE feels that the complexity, cost – both for the contracting authority and for the candidates – and skill required in negotiating complex contracts have been underestimated.
- 9.2 The structure and wording of Article 30 make it difficult to understand; a clearer text may remove the unsatisfactory aspects. Furthermore, the Explanatory Memorandum (paragraph 3.8) is not wholly consistent with the wording of the directive itself and needs to be changed; some of the concerns expressed in this paper flow from that inconsistency.
- 9.3 The directive contemplates a call for expressions of interest followed by a selection process to reduce the candidates to a manageable number. As part of that process, a contracting authority can seek outline solutions before preparing the short-list of selected candidates. The cost of preparing an outline solution can be significant, and it is generally unrealistic to ask candidates to incur that expense as a preliminary to selection. Such work must be reserved for the negotiation phase after selection, thereby maintaining the separation between criteria for selection and those for contract award.
- 9.4 The directive – and, in particular, the Explanatory Memorandum - then contemplates that, once all the technical and commercial proposals have been submitted, the contracting authority will produce a final requirement specification based on one - or an amalgam of - the submitted proposals, before asking the candidates to quote against that.
- 9.5 That will not work.
- 9.6 There are two reasons why not:
- 9.6.1 in complex projects, it is unrealistic to expect one supplier to quote for a solution based on another's techniques. Such a tactic is, in any case, already prevented in other procedures by the prohibition of specifications which include proprietary products.
- 9.6.2 candidates submit their technical and commercial proposals under conditions of confidentiality, prohibiting their disclosure in whole or in part without the candidate's express consent.

- 9.7 Although not explicitly provided in Article 30, any suggestion (see the Explanatory Memorandum section 3.8, last paragraph but two) that proprietary parts of candidates' solutions should be combined or used as a basis for tenders by other participants must be expressly excluded. Performance-based requirement specifications are the way in which that is achieved.
- 9.8 If a contracting authority is genuinely unable to state its requirements with sufficient clarity to permit relevant proposals to be formulated, then it should carry out appropriate studies – at its own expense - so that it can do so. By the same token, contracting authorities should provide adequate compensation to the selected candidates for the additional costs involved in this procedure.
- 9.9 UNICE is aware of the misgivings of the construction industry.
- 9.10 UNICE's concept for the procedure can be summarised thus:
- Step 1: The contracting authority sets out its requirements clearly so that candidates will be able, with the aid of the negotiations, to respond technically and commercially. The contracting authority should aim for clarity, not detail. At the same time it sets out the selection and award criteria.
- Step 2: A limited number of candidates for the negotiation phase is selected using the selection criteria already established, but without the imposition of a requirement for costly outline solutions. A two-stage selection process for limiting the number of candidates may be used if necessary.
- Step 3: The selected candidates work up their technical and commercial proposals, negotiating with the contracting authority as required to be sure that their proposals would in principle be acceptable.
- Step 4: The contracting authority confirms the original award criteria or, if it has become apparent that changes are necessary, advises the candidates accordingly, giving the reasons for the changes, and affording them adequate opportunity to revise their proposals in the light of those changes
- Step 5: All the participants in the negotiation phase – but no others – are invited to submit a formal "best and final" offers based on their own proposals at the end of that phase.
- 9.11 Once the best and final offers have been invited, there must be no more negotiation – on price or on any material matter.
- 9.12 Absolute confidentiality must be maintained throughout the procedure and afterwards; no candidate's or tenderer's (as the case may be) technical or commercial information may ever be disclosed, in whole or in part, to anyone else without the candidate's or tenderer's express consent. Information which must be disclosed by law is, of course, an exception to this rule.

<u>PROPOSED TEXT REVISIONS TO PROPOSAL COM (2000) 275 FINAL/2 OF 30.8.2000</u>	
EXISTING TEXT <i>Deleted words are <u>underlined</u></i>	UNICE PROPOSAL <i>New words are <u>bold underlined</u></i>
<i>Article 30</i>	<i>Article 30</i>
<i>Specific rules on particularly complex public contracts</i>	<i>Specific rules on particularly complex public contracts</i>
<p>1. In the cases referred to in point (b) of Article 29(1), the contracting authorities shall publish a contract notice, <u>choose</u> the candidates and negotiate with them the means and the solutions best suited to meeting their needs. They shall <u>then draw up the contract documents, check that the candidates' capacity is appropriate to the retained technical solution and</u> invite all the candidates <u>or a restricted number thereof</u> to submit <u>a tender</u> and they shall assess the tenders, without negotiation, on the basis of the criteria established to determine the most economically advantageous tender.</p>	<p>1. In the cases referred to in point (b) of Article 29(1), the contracting authorities shall publish a contract notice, <u>setting out their requirements as clearly as possible, select</u> the candidates and negotiate with them the means and the solutions best suited to meeting their needs. <u>Finally, they shall invite all the candidates which participated in the negotiation to submit their best and final offers on the basis of their own proposals developed during the negotiation phase.</u> They shall assess the tenders, without negotiation, on the basis of the criteria <u>normally</u> established <u>at the outset</u> to determine the most economically advantageous tender.</p>
<p>2. The contracting authorities shall state in the contract notice all the conditions which the economic operators must fulfil in order to be admitted to the award procedure. These conditions shall consist</p>	<p>2. The contracting authorities shall state in the contract notice all the conditions which the economic operators must fulfil in order to be admitted to the award procedure. These conditions shall consist</p>
<p>(a) <u>either</u> of <u>only</u> the information specified in accordance with the provisions of Article 44 and those on qualitative selection criteria referred to in Articles 46 to 52</p>	<p>of the information specified in accordance with the provisions of Article 44 and those on qualitative selection criteria referred to in Articles 46 to 52</p>
<p>(b) <u>or of this information and the obligation to present an outline solution and, if necessary, an estimate of the costs of its implementation.</u></p>	
<p>The <u>qualitative</u> selection criteria defined in the contract notice shall remain unchanged throughout the award procedure.</p>	<p>The selection criteria defined in the contract notice shall remain unchanged throughout the award procedure.</p>
<p>Under Article 45(2) the contracting authorities may decide to invite a restricted number of candidates meeting the selection criteria to negotiate. In this case, they shall announce this in the contract notice and reduce the number of invited candidates objectively on the basis of <u>the</u> selection criteria set out in the same notice.</p>	<p>Under Article 45(2) the contracting authorities may decide to invite a restricted number of candidates meeting the selection criteria to negotiate. In this case, they shall announce this in the contract notice and reduce the number of invited candidates objectively on the basis of selection criteria set out in the same notice.</p>

<p><u>When an outline solution is requested, the contracting authorities may define their requirements concerning the economic operators' financial and economic standing, as provided for in Article 48, in terms of percentages of the estimated value of the outline solutions to be presented by the various candidates, and the requirements concerning their technical capability and experience, as provided for in Article 49, according to the skills and experience required to compile the outline solutions.</u></p>	<p><u>No outline solution may be required from the candidates prior to their selection for participation in the negotiation phase.</u></p>
<p>3. Contracting authorities shall set out their needs and requirements in terms of objectives to be achieved and, if necessary, in terms of performance or functional requirements. These needs shall be set out <u>in the most detailed manner possible.</u></p>	<p>3. Contracting authorities shall set out their needs and requirements in terms of objectives to be achieved and, if necessary, in terms of performance or functional requirements. These needs shall be set out <u>as clearly as possible.</u></p>
<p>The requirements thus defined shall serve as a basis <u>for the formulation of the outline solutions and the cost estimates, where requested, and for the negotiation.</u></p>	<p>The requirements thus defined shall serve as a basis for the negotiation.</p>
	<p><u>If, exceptionally, the contracting authority intends that there should be any matters to be negotiated after selection of a preferred candidate or after the award of the contract, the contracting authority shall negotiate agreement on the list of such matters with all the selected candidates immediately after their selection.</u></p>
	<p><u>The candidates shall work up their technical proposals, negotiating with the contracting authority as required to be sure that their proposals would be, in principle, acceptable, and, separately from these negotiations, their commercial proposals.</u></p>
<p>4. The award criteria shall be established in accordance with point (b) of Article 29(1) and with Article 53, and may not be amended in the course of the procedure <u>unless they</u> are no longer appropriate to the subject-matter of the contract as defined in the contract documents <u>after the negotiation phase.</u> Article 54 concerning abnormally low tenders shall be applicable.</p>	<p>4. The award criteria shall be established in accordance with point (b) of Article 29(1) and with Article 53, and may, <u>as a general rule,</u> not be amended in the course of the procedure.</p> <p><u>If, in very exceptional cases the award criteria</u> are no longer wholly appropriate to the subject-matter of the contract as defined in the contract documents, <u>then the contracting authority shall advise all participants in the negotiation phase accordingly, giving the reasons for the amendments and affording the candidates adequate opportunity to revise their proposals</u> Article 54 concerning abnormally low tenders shall be applicable.</p>

<p><u>The conditions shall be set out in the contract notice or in the document specifying the authority's requirements; however, if an outline solution is not required, they may be specified in the invitations to participate in the negotiation phase.</u></p>	
<p>5. <u>Contracting authorities which have not required the request to participate to be accompanied by an outline solution may, in the invitations to be negotiated, ask that an outline solution be submitted. The time-limit for this submission shall be appropriate to the complexity of the needs which outline solutions are invited to meet and, in any case, may not be less than 25 days from the date of dispatch of the invitations.</u></p>	
<p>6. The purpose of negotiation with the selected candidates shall be solely to discuss and define the means best suited to meeting the needs of the contracting authority.</p>	<p>6. The purpose of negotiation with the selected candidates shall be solely to discuss and define the means best suited to meeting the needs of the contracting authority.</p>
<p><u>During negotiation, the contracting authorities may not disclose to the other participants the solutions proposed or any other confidential information given by a participant.</u></p>	<p>The contracting authorities may not at any time disclose to the other participants or elsewhere, except to such minimum extent as may be required by law, the solutions proposed or any other confidential information given by a participant without the express consent in writing of that participant.</p>
<p>7. <u>After announcing the end of negotiations and informing all the participants thereof, the contracting authorities shall check, by applying the selection criteria already set in accordance with paragraph 2, whether the candidates' economic, financial and technical capacity is appropriate to the technical solution specified in the final contract documents. Where the economic, financial or technical capacity of one or more candidates, as proven at the request to participate in negotiations, is not appropriate to the technical solution, contracting authorities shall make a written request to the candidates concerned to present the necessary documentation to allow a check to be carried out, on the basis of the above mentioned criteria, as to whether they have the capacity adapted to the retained technical solution. Article 44(5) shall apply.</u></p>	<p>7. After announcing the end of negotiations and informing all the participants thereof, the contracting authorities shall send out invitations to all the selected participants, but to no others, to submit tenders</p>
<p>The invitations to submit a tender shall be drawn up in accordance with Article 40 and sent in writing. <u>They shall be accompanied by the definitive contract documents setting out the technical specifications in accordance with Article 24.</u></p>	<p>The invitations to submit a tender shall be drawn up in accordance with Article 40 and sent in writing.</p> <p><i>[UNICE note: Article 40 may need to be amended.</i></p>

<p>In accordance with Article 45(2), the number of candidates invited to <u>submit bids</u> may not be less than three, provided that there is a sufficient number of suitable candidates meeting the selection criteria specified by the contracting authority.</p>	<p>In accordance with Article 45(2), the number of candidates invited to negotiate may not be less than three, provided that there is a sufficient number of suitable candidates meeting the selection criteria specified by the contracting authority.</p>
<p>8. Time periods for receipt of tenders shall be fixed in accordance with Article 37.</p>	<p>8. Time periods for receipt of tenders shall be fixed in accordance with Article 37.</p>
<p>9. The contracting authorities <u>may</u> specify prices and payments to the participants. Such prices and payments shall be taken into consideration for the application of Article 8.</p>	<p>9. The contracting authorities shall specify prices and payments to the participants <u>in respect of their work in participating in the negotiation and preparing proposals</u> Such prices and payments shall be taken into consideration for the application of Article 8.</p>

9.13. UNICE is aware of the Commission's new proposal for complex contracts annexed to this paper (see Annex I). This proposal widely meets the requests under para 9.1 to 9.12 above. UNICE would therefore support to further discuss the rules for complex contracts on the basis of this new proposal.

10 **Electronic tendering** – Both sectors *Classical Articles 37, 42 and 61; Utilities Articles 44, 47 and 62*

- 10.1 Clearly, electronic procurement is rapidly becoming a reality. Public authorities, public utilities and their suppliers must not be left out, and the proposals in the directive are welcome. Once the necessary legal provisions are in place to permit contracts without a hand-written signature but carrying the same level of authentication, the market will provide the infrastructure to carry out the processes without the need for EU or state assistance.
- 10.2 There is an urgency about this; the legal provisions and legislation enabling electronic public purchasing need to be introduced without waiting for the whole directive.
- 10.3 The techniques and practices of electronic procurement will no doubt continue to develop and the regime provided by the directives must be capable of adapting accordingly.
- 10.4 But UNICE is seriously concerned over confidentiality where electronic procurement procedures are used. There are two areas of vulnerability:
- 10.4.1 transmission
- 10.4.2 storage.
- 10.5 The underlying principle is that all information must at all times be safeguarded by appropriate means.
- 10.6 Transmission can be protected by encryption – provided that member and other states permit “strong” encryption – and concerns over the timing of tender opening can be addressed with time locks (electronic transmission) or escrow arrangements (fax transmission). That, whilst not trivial, can well be handled by technical or operational means.

10.7 The greater area of concern is storage of electronic information once it is in the possession of the public authority. Whilst most public authorities and utilities doubtless have well tried procedures to safeguard paper-based information, that stored in computers has proven to be much more vulnerable.

Suppliers must have confidence in the ability of public authorities to protect the confidentiality of their information .

10.8 UNICE proposes that there should be an express obligation, with provision for proof of effectiveness, on the contracting authority to protect information stored electronically at all times.

10.9 UNICE is also concerned over the use of the time saved by the use of electronic procurement. Whilst it may justifiably be said that, if all the benefit goes to the purchaser, the candidate is no worse off, there have been and remain concerns that the time limits are sometimes unduly short. Granted, there is an obligation on contracting authorities to provide sufficient time, but all too often the minimum becomes the norm.

10.10 UNICE therefore proposes that the time saving should be shared fairly between the candidates and the contracting authority

<u>PROPOSED TEXT REVISIONS</u>	
<i>Only the Classical sector directive is shown; the Utilities directive should be amended in the same way</i>	
<i>EXISTING TEXT</i>	<i>UNICE PROPOSAL</i>
<i>Deleted words are <u>underlined</u></i>	<i>New words are <u>bold underlined</u></i>
<p><i>Communication</i></p> <p><i>Article 42</i></p> <p><i>Means of communication</i></p> <p>2. Communication and information exchange shall be carried out in such a way as to ensure that the integrity of data and the confidentiality of tenders and of all information supplied by economic operators are preserved, and that the contracting authorities only examine the content of tenders after the time-limit set for submitting them has expired.</p>	<p><i>Communication</i></p> <p><i>Article 42</i></p> <p><i>Means of communication</i></p> <p>2. <u>Communication and information exchange as well as storage of data</u> shall be carried out in <u>such a way as to ensure that the integrity of data and the confidentiality of tenders and of all information supplied by economic operators are at all times preserved, and that the contracting authorities only examine the content of tenders after the time-limit set for submitting them has expired.</u></p>
	<i>./..</i>

<p>4. Whichever means is chosen for submitting tenders may not have the effect of hampering the proper functioning of the internal market.</p> <p style="text-align: center;"><i>Time-limits</i></p> <p style="text-align: center;"><i>Article 37</i></p> <p style="text-align: center;"><i>Requests to participate and receipt of tenders</i></p> <p>5. Where notices are drawn up and transmitted by electronic means in accordance with Annex VIII, the time-limits for the receipt of tenders referred to in paragraph 2 and in the first subparagraph of paragraph 4 in open procedures, and the time-limit for the receipt of the requests to participate referred to in the first phrase of point (a) of paragraph 3, in restricted and negotiated procedures, may be shortened by <u>seven</u> days.</p> <p>6. The time-limits for receipt of tenders in open, restricted and negotiated procedures referred to in paragraph 2, point (b) of paragraph 3 and paragraph 4 may be reduced by <u>five</u> days where the contracting authority offers free direct access to the entire contract documents and any supporting documents by electronic means as from the date on which the notice is sent, in accordance with Annex VIII.</p> <p>This reduction may be aggregated with the reduction referred to in paragraph 5.</p>	<p><u>4. Contracting authorities shall provide to tenders on request a certificate from an accredited third party certifying that they have in place adequate measures to safeguard the confidentiality of tenders' information during transmission and after receipt.</u></p> <p>5. Whichever means is chosen for submitting tenders may not have the effect of hampering the proper functioning of the internal market.</p> <p style="text-align: center;"><i>Time-limits</i></p> <p style="text-align: center;"><i>Article 37</i></p> <p style="text-align: center;"><i>Requests to participate and receipt of tenders</i></p> <p>5. Where notices are drawn up and transmitted by electronic means in accordance with Annex VIII, the time-limits for the receipt of tenders referred to in paragraph 2 and in the first subparagraph of paragraph 4 in open procedures, and the time-limit for the receipt of the requests to participate referred to in the first phrase of point (a) of paragraph 3, in restricted and negotiated procedures, may be shortened by <u>four</u> days.</p> <p>6. The time-limits for receipt of tenders in open, restricted and negotiated procedures referred to in paragraph 2, point (b) of paragraph 3 and paragraph 4 may be reduced by <u>three</u> days where the contracting authority offers free direct access to the entire contract documents and any supporting documents by electronic means as from the date on which the notice is sent, in accordance with Annex VIII.</p> <p>This reduction may be aggregated with the reduction referred to in paragraph 5.</p>
---	---

11 Agenda for further discussion

	<u>Ref</u>
1. Public-Private Partnerships (PPPs) – forthcoming UNICE paper	5.1
2. Affiliated undertakings/In-house procurement – forthcoming UNICE paper	5.2

ANNEX I

**PROPOSALS SUBMITTED BY THE COMMISSION ON 9.10.2000
REGARDING THE ISSUE OF COMPLEX CONTRACTS**

Recital 18

For certain particularly complex contracts, such as contracts relating to the creation of important integrated transport infrastructure projects, or creation of large computer networks, or creation of large projects involving particular technical, financial or legal constraints, contracting authorities may find it objectively impossible to define the tools likely to meet their needs or assess what the contract can offer in terms of technical or financial solutions without this being attributable to a lack of information or deficiencies on their part. Provision should therefore be made for a negotiated procedure, with a call for competition which is sufficiently flexible to deal with these situations. In these cases, the sole aim of consultation should be to permit the contracting authority, through dialogue with the candidates, to explain its requirements and define them with the necessary precision so that tenders can be formulated and assessed objectively so as to ascertain the most advantageous tender in economic terms. This consultation should therefore be limited to the phase of the procedure which ends with the drawing-up of the definitive contract documents: tenders drawn up on the basis of those contract documents cannot therefore be open to negotiation. Contracting authorities may not use this procedure improperly or in such a way as to restrict or distort competition.

Article 29

Cases justifying use of the negotiated procedure with publication of contract notice

Contracting authorities may award their public contracts by negotiated procedure after publication of a contract notice, in the following cases:

- 1) In respect of public supply contracts, public service contracts and public works contracts:
 - (a) ...
 - (b) where the contracting authority is not objectively able to define the technical or other means of meeting its requirements, or is not objectively in a position to assess what the market can offer in terms of technical or financial solutions.
- 2) ...
- 3) ...
- 4) ...

Article 30

Specific rules on public contracts referred to in Article 29 point 1 b

1. Contracting authorities shall consult the selected candidates in conformity with the provisions of sections 1 and 2 of Chapter VII. The sole purpose of the consultation is to discuss and define appropriate ways of best satisfying the contracting authority's requirements so as to allow it to draw up the contract documents.

During the consultation, contracting authorities may not disclose to other participants, proposed solutions or other confidential information provided by a participant.

2. Once contracting authorities have declared the consultation at an end and have informed the participants of this, they shall invite all candidates who have proposed a solution during the consultation to submit tenders based on contract documents produced in conformity with Article 23 (1) first sub paragraph and transmitted to those candidates. Contracting authorities shall evaluate the tenders without negotiation according to criteria fixed to determine the most economically advantageous tender.
 3. Contracting authorities may provide for prizes and payments to candidates. Such prizes and payments shall be taken into account to determine the thresholds in conformity with Article 8.
-

ANNEXE 1 A LA PRISE DE POSITION DE L'UNICE DU 17/07/01

Le 14 novembre 2000

**PROPOSITIONS DE DIRECTIVES PORTANT COORDINATION DES PROCEDURES DE
PASSATION DES MARCHES PUBLICS DE FOURNITURES, DE SERVICES ET DE
TRAVAUX [COM(2000) 275 FINAL DU 30 AOUT 2000]
ET DANS LES SECTEURS DE L'EAU, DE L'ENERGIE ET DES TRANSPORTS
[COM(2000) 276 FINAL DU 30 AOUT 2000]**

Commentaires et propositions rédactionnelles de l'UNICE

1. L'UNICE accueille favorablement la révision envisagée de la directive sur les marchés publics de fournitures, de services et de travaux (ci-après directive "classique"). Elle se réjouit particulièrement de constater la suppression d'énoncés inutilement ambigus, la structure plus logique, l'ajout de titres et l'introduction de dispositions permettant aux pouvoirs adjudicateurs d'utiliser pour leurs marchés publics les meilleures des pratiques commerciales modernes. L'UNICE tient à remercier ici tous ceux qui ont contribué au contenu de la nouvelle proposition au cours des deux années écoulées depuis la publication de la communication de la Commission.
2. Ceci étant, l'UNICE estime que la nouvelle proposition de directive "classique" peut être améliorée sur certains aspects. Pour l'un d'eux en particulier – les marchés particulièrement complexes – une modification s'impose si la directive doit fonctionner selon la finalité qui est la sienne.
3. L'UNICE accueille également favorablement la révision envisagée de la directive sur la passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports (ci-après directive "secteurs d'utilité publique"), et plus particulièrement les dispositions visant à exclure les activités pleinement exposées à la concurrence. En l'occurrence également, certains aspects peuvent toutefois être améliorés et, dans certains cas, cette amélioration est vivement recommandée pour un bon fonctionnement de la directive.
4. Le présent document abordera plus en détail deux grands points:
 - les marchés particulièrement complexes (directive "classique") *voir section 9;*
 - les moyens de communication électroniques (deux textes) *voir section 10.*

5. Deux autres aspects ne sont pas détaillés ici, mais feront l'objet de positions ultérieures de l'UNICE.

5.1. **Partenariats public-privé (PPP)** – les deux projets de directives

Il est de plus en plus fait appel, dans toute l'Europe, aux partenariats public-privé. Ces PPP injectent le savoir-faire et les capitaux privés dans tout un éventail d'activités. Le cadre communautaire des marchés publics doit être quelque peu mis à jour, de manière à intégrer cette évolution.

5.2. **Entreprises liées** – article 78.2 de la directive "classique"; article 26 de la directive "secteurs d'utilité publique"

Les opérateurs économiques contrôlés par les pouvoirs publics sont libres de concourir pour un marché public. Ceci suscite diverses préoccupations, dont certaines vont au-delà des marchés publics.

6. L'article 26 de la directive "secteurs d'utilité publique" ("*Marchés de services attribués à une entreprise liée ou à une entité adjudicatrice faisant partie d'une co-entreprise*") n'a pas été modifié, en dépit des demandes des représentants de divers milieux. L'UNICE reconnaît les difficultés de la tâche, mais recommande vivement que cet aspect soit revu, en concertation avec toutes les parties concernées.

7. Par ailleurs, l'UNICE suggère des améliorations mineures sur six points.

7.1. **Les accords-cadres** – article 32 de la directive "classique"

Si elle ne rejette pas les principes des accords-cadres, l'UNICE est préoccupée par le risque qu'un prix mal déterminé durant la première phase entraîne des distorsions de marché; que des pouvoirs adjudicateurs dominants exercent une pression indue sur les prix durant la deuxième phase; et que le concept de "deux procédures d'adjudication pour un marché" ne soit pas satisfaisant. Ayant pris note du document de travail de la présidence française (SN 4075/00 [MAP] du 19 octobre 2000), l'UNICE suit avec intérêt la rédaction de l'article 32. L'UNICE appuie l'intention d'introduire les accords cadres dans la directive "Secteurs classiques". Elle recommande fortement que l'UE adopte simplement les dispositions relatives aux accords cadres inscrites dans l'actuelle directive "Secteurs d'utilité publique" (article 1.5 et 5). Incorporer les règles des secteurs d'utilité publique dans les secteurs "classiques" présente un énorme avantage: les entreprises, fortes de leur expérience, savent que ces règles fonctionneront. Acheteurs et fournisseurs ont une bonne expérience du fonctionnement de ces règles. La Commission est également clairement satisfaite de leur efficacité puisqu'elle les a intégrées sans modification dans la nouvelle directive "Secteurs d'utilité publique".

7.2. **Référence aux normes** – article 24 de la directive "classique"; article 34 de la directive "secteurs d'utilité publique"

Il convient de préciser clairement la possibilité que des spécifications mentionnent une combinaison d'exigences fonctionnelles et de normes, ainsi que l'envisage l'exposé des motifs. Si les spécifications comprennent des considérations de sécurité, l'entité adjudicatrice doit pouvoir insister sur la satisfaction de normes données. Toute norme contraignante doit être inscrite dans l'appel d'offres et s'accompagner d'un bref justificatif de son inclusion.

7.3. **Marchés passés pour l'achat de combustibles primaires** – article 27 de la directive "secteurs d'utilité publique"

Alors que l'ancienne directive exemptait les achats de combustible primaire et d'eau, la nouvelle version n'exempte que les achats d'eau.

Ce principe est sain: avec des vendeurs soumis à la concurrence sur le marché des combustibles, la directive est d'application. Toutefois, la nécessité de publier des informations sur les projets à venir pourrait faire le jeu des cartels des carburants. Un équilibre doit être trouvé entre un principe sain et une dure réalité.

L'UNICE recommande que l'article 27 continue à couvrir les achats de combustibles primaires.

7.4. **Aspects sociaux** – considérant 22 de la directive "classique"; considérant 32 de la directive "secteurs d'utilité publique"

L'UNICE approuve les mesures sociales, mais est convaincue que les directives "marchés publics" ne sont pas des instruments propres à leur poursuite. Les aspects sociaux n'ayant, pour l'acquéreur, pas de rapport avec la valeur économique peuvent trop aisément fausser la concurrence et être prétexte à discriminations.

7.5. **Désignation des sous-traitants** – article 26 de la directive "classique"; article 37 de la directive "secteurs d'utilité publique"

L'expérience montre qu'imposer la désignation des sous-traitants est, sauf cas exceptionnel, peu satisfaisant et que cela n'aide guère les PME. Les conditions dans lesquelles cette exigence est profitable concernent des aspects cardinaux des travaux, lorsqu'il est raisonnable pour l'entité adjudicatrice de vouloir connaître qui en sera chargé. L'UNICE recommande que les deux directives limitent la désignation à ces éléments justifiables.

8. Il serait avantageux – surtout pour les PME – de simplifier la multiplicité des calendriers, naturellement sans les réduire pour autant. L'UNICE n'évoque pas ce point dans ses propositions rédactionnelles ci-dessous.

Commentaires détaillés

Pouvant accepter la grande partie des textes proposés, l'UNICE se borne ici à commenter les parties qui posent des problèmes de fond. Pour le reste du présent document, chaque partie comporte une explication, suivie de propositions rédactionnelles modifiant le texte de la directive.

9. **Marchés particulièrement complexes** – article 30 de la directive "classique"

- 9.1. L'UNICE accueille favorablement l'intention d'autoriser la négociation entre l'entité adjudicatrice et les candidats en cas de marchés particulièrement complexes. Cependant, elle ne peut aucunement appuyer la proposition sous sa forme actuelle en raison de certains aspects, à savoir les propositions actuelles relatives à des esquisses de solutions préalables à la sélection, ainsi que celles relatives à la phase finale. En effet, aucune de ces propositions ne fonctionnera. L'UNICE est d'avis que la complexité, le coût – aussi bien pour le pouvoir adjudicateur que pour les candidats – et les compétences requises par la négociation de marchés complexes ont été sous-estimés.
- 9.2. La structure et l'énoncé de l'article 30 en rendent la compréhension difficile. Un texte plus clair supprimerait les aspects insatisfaisants. En outre, l'exposé des motifs (point 3.8) n'est pas entièrement cohérent par rapport à la formulation du texte de la directive; celui-ci doit donc être adapté. Certaines des préoccupations exprimées ici découlent de ce manque d'uniformité.
- 9.3. La directive envisage un avis de marché (appel à manifestation d'intérêt), suivi d'une sélection destinée à ramener les candidats à un nombre gérable. Dans le cadre de ce processus, un pouvoir adjudicateur peut demander une esquisse de solution avant de dresser la liste restreinte des candidats retenus. Or, le coût de préparation d'une telle esquisse peut être substantiel, et il est généralement irréaliste d'infliger cette dépense aux candidats comme condition préalable à la sélection. Cet effort doit être réservé à la phase de négociation qui suit la sélection, de manière à maintenir la distinction entre les critères de sélection et les critères d'attribution.
- 9.4. La directive – et plus particulièrement l'exposé des motifs – envisage ensuite qu'après avoir reçu toutes les offres techniques et commerciales, le pouvoir adjudicateur définit les spécifications finales, sur la base d'une des solutions présentées ou d'une combinaison entre plusieurs des solutions présentées. Il invite enfin les participants à soumettre une offre.
- 9.5. Cette procédure ne fonctionnera pas.

- 9.6. Deux raisons motivent cette affirmation.
- 9.6.1. En cas de projet complexe, il est irréaliste d'attendre d'un fournisseur qu'il soumette une offre basée sur la solution présentée par un autre candidat. En tout état de cause, une telle tactique est déjà exclue dans d'autres procédures, par l'interdiction de spécifications incluant des produits exclusifs.
- 9.6.2. Les candidats présentent leurs solutions techniques et commerciales dans des conditions de confidentialité, ce qui interdit leur divulgation, en tout ou en partie, sans le consentement exprès du candidat.
- 9.7. Bien que l'article 30 ne le spécifie pas, il faut exclure expressément toute suggestion (voir exposé des motifs, point 3.8, antépénultième paragraphe) selon laquelle certaines parties des solutions avancées par certains candidats (parties leur appartenant en propre) devraient être combinées ou utilisées comme base pour les soumissions d'autres participants. Les spécifications exprimées en termes d'impératifs de performance permettent d'atteindre cet objectif.
- 9.8. Si un pouvoir adjudicateur s'avère incapable de formuler ses exigences avec une clarté suffisante pour permettre l'élaboration de propositions pertinentes, il devrait commander des études adéquates – à ses frais – afin d'être en mesure de le faire. Dans le même ordre d'idée, les pouvoirs adjudicateurs devraient offrir une indemnité appropriée aux candidats sélectionnés pour les coûts supplémentaires générés par la procédure.
- 9.9. L'UNICE est consciente des appréhensions éprouvées par l'industrie de la construction.
- 9.10. Les idées de l'UNICE pour une procédure améliorée peuvent être résumées comme suit.

- Phase 1 Le pouvoir adjudicateur définit clairement ses exigences de manière à permettre aux candidats, avec l'aide des négociations, d'y répondre sur les plans technique et commercial. Le pouvoir adjudicateur recherche la clarté, non le détail. Il fixe simultanément les critères de sélection et les critères d'attribution.
- Phase 2 Un nombre limité de candidats est retenu pour la phase de négociation, à travers l'application des critères de sélection pré-établis, mais sans qu'il leur soit imposé de fournir une esquisse de solution coûteuse. Si nécessaire, il peut être fait appel à une sélection en deux étapes, afin de limiter le nombre des candidats.
- Phase 3 Les candidats sélectionnés élaborent leurs propositions techniques et commerciales, en négociant avec le pouvoir adjudicateur en tant que de besoin pour s'assurer que leurs propositions seront, en principe, acceptables.
- Phase 4 Le pouvoir adjudicateur confirme les critères d'attribution initiaux ou, s'il s'avère que des modifications sont nécessaires, il en informe les candidats en conséquence, en justifiant ces changements et en accordant aux candidats la possibilité de revoir leurs propositions à la lumière des changements.
- Phase 5 A l'issue de la phase de négociation, tous les participants à cette phase – à l'exclusion de tout autre – sont invités à soumettre chacun une offre "optimale et finale", fondée sur leurs propositions de départ.

- 9.11. Dès que l'appel aux offres optimales et finales est lancé, il ne peut plus y avoir de négociation quelconque – ni sur le prix, ni sur de quelconques questions matérielles.
- 9.12. Une confidentialité absolue doit être assurée tout au long de la procédure et au-delà. Nulle information technique ou commerciale du candidat ou soumissionnaire ne peut être révélée, en tout ou en partie, à un tiers sans le consentement exprès du candidat ou soumissionnaire. L'information qui doit être révélée par respect de la législation constitue naturellement une exception à cette règle.

<i>Propositions rédactionnelles - PROPOSITION COM(2000) 275 FINALE DU 30 AOUT 2000</i>	
<i>Texte actuel de la directive</i>	<i>Proposition de l'UNICE</i>
Les mots à supprimer sont <u>soulignés</u>	Les mots à insérer sont indiqués en gras
<u>Article 30</u> <i>Règles spécifiques applicables aux marchés publics particulièrement complexes</i>	<u>Article 30</u> <i>Règles spécifiques applicables aux marchés publics particulièrement complexes</i>
1. Dans les cas visés à l'article 29, point 1) b), les pouvoirs adjudicateurs publient un avis de marché, sélectionnent les candidats et négocient avec eux les moyens et les solutions aptes à satisfaire à leurs besoins. <u>Ensuite, ils rédigent le cahier des charges, vérifient que les capacités des candidats soient appropriées à la solution technique retenue, invitent tous les candidats ou un nombre restreint de ceux-ci à présenter une offre et ils évaluent les offres, sans les négocier, sur la base des critères fixés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.</u>	1. Dans les cas visés à l'article 29, point 1) b), les pouvoirs adjudicateurs publient un avis de marché spécifiant leurs exigences le plus clairement possible , sélectionnent les candidats et négocient avec eux les moyens et les solutions aptes à satisfaire à leurs besoins. Enfin , ils invitent tous les candidats ayant participé à la négociation à présenter une offre optimale et finale, basée sur les propositions qu'ils ont développées durant la phase de négociation . Ils évaluent les offres, sans les négocier, sur la base des critères fixés au départ pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.
2. Les pouvoirs adjudicateurs précisent dans l'avis de marché toutes les conditions que les opérateurs économiques doivent remplir en vue de leur admission à la procédure d'adjudication. Ces conditions sont constituées:	2. Les pouvoirs adjudicateurs précisent dans l'avis de marché toutes les conditions que les opérateurs économiques doivent remplir en vue de leur admission à la procédure d'adjudication. Ces conditions sont constituées:
a) <u>soit uniquement</u> par des informations fixées conformément aux dispositions de l'article 44 et à celles sur les critères de sélection qualitative visées aux articles 46 à 52.	a) par des informations fixées conformément aux dispositions de l'article 44 et à celles sur les critères de sélection qualitative visées aux articles 46 à 52.
b) <u>soit par ces informations et l'obligation de présenter une esquisse de solution et, le cas échéant, une estimation des coûts inhérents à sa réalisation.</u>	
Les critères de sélection <u>qualitative</u> définis dans l'avis de marché restent inchangés tout	Les critères de sélection définis dans l'avis de marché restent inchangés tout au long de la

au long de la procédure d'adjudication.	procédure d'adjudication.
Les pouvoirs adjudicateurs peuvent, conformément à l'article 45, paragraphe 2, décider d'inviter à négocier un nombre restreint de candidats satisfaisant aux critères de sélection. Dans ce cas ils l'indiquent dans l'avis de marché et effectuent la réduction du nombre d'invités de manière objective sur la base des seuls critères de sélection fixés dans ce même avis.	Les pouvoirs adjudicateurs peuvent, conformément à l'article 45, paragraphe 2, décider d'inviter à négocier un nombre restreint de candidats satisfaisant aux critères de sélection. Dans ce cas ils l'indiquent dans l'avis de marché et effectuent la réduction du nombre d'invités de manière objective sur la base des seuls critères de sélection fixés dans ce même avis.
<u>Lorsqu'une esquisse de solution est demandée, les pouvoirs adjudicateurs peuvent définir leurs exigences concernant la situation financière et économique des opérateurs économiques, prévue à l'article 48, en termes de pourcentages de la valeur estimée des esquisses de solutions à présenter par les différents candidats, et les exigences concernant la capacité et l'expérience techniques, prévues à l'article 49, en fonction des compétences et de l'expérience requises pour la réalisation des esquisses de solutions.</u>	Aucune esquisse de solution ne peut être exigée des candidats avant leur sélection pour la phase de négociation.
3. Les pouvoirs adjudicateurs font connaître leurs besoins et exigences en termes d'objectifs à atteindre et, le cas échéant, en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Ces besoins sont annoncés de manière aussi <u>précise</u> que possible.	3. Les pouvoirs adjudicateurs font connaître leurs besoins et exigences en termes d'objectifs à atteindre et, le cas échéant, en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Ces besoins sont annoncés de manière aussi claire que possible.
Les besoins ainsi définis servent de base aux fins <u>de la formulation des esquisses de solution et de l'estimation des coûts, lorsqu'elles sont demandées, ainsi qu'aux fins</u> de la négociation.	Les besoins ainsi définis servent de base aux fins de la négociation.
	<p>Si, à titre exceptionnel, le pouvoir adjudicateur compte négocier certaines questions après la sélection d'un candidat privilégié ou après l'adjudication, il négocie un accord sur la liste de ces questions avec tous les candidats sélectionnés, immédiatement après leur sélection.</p> <p>Les candidats approfondissent leurs propositions techniques, en négociant avec le pouvoir adjudicateur en tant que de besoin pour s'assurer que leurs propositions seront, en principe, acceptables. Indépendamment de ces négociations, ils développent également leurs propositions commerciales.</p>

<p>4. Les critères d'attribution sont établis conformément à l'article 29, point 1) b) et à l'article 53 et ne peuvent pas être modifiés en cours de procédure <u>à moins qu'ils ne soient plus appropriés à l'objet du marché tel que défini dans le cahier des charges après la phase de négociation.</u> L'article 54 concernant les offres anormalement basses est d'application.</p>	<p>4. Les critères d'attribution sont établis conformément à l'article 29, point 1) b) et à l'article 53 et, en règle générale, ne peuvent pas être modifiés en cours de procédure. Si, dans des cas très exceptionnels, les critères d'attribution ne sont plus appropriés à l'objet du marché tel que défini dans le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur en informe en conséquence tous les participants à la phase de négociation, en leur fournissant les motifs justifiant ces modifications et en leur offrant la possibilité appropriée de revoir leurs propositions. L'article 54 concernant les offres anormalement basses est d'application.</p>
<p><u>Ces critères sont précisés dans l'avis de marché ou dans le document indiquant les besoins du pouvoir adjudicateur; toutefois, lorsqu'une esquisse de solution n'est pas requise, ils peuvent être précisés dans les invitations à participer à la phase de négociation.</u></p>	
<p>5. <u>Les pouvoirs adjudicateurs n'ayant pas exigé que la demande de participation soit accompagnée d'une esquisse de solution peuvent, dans les invitations à négocier, demander la présentation d'une telle esquisse. Le délai imposé pour cette présentation doit être approprié à la complexité des besoins auxquels les esquisses de solution sont appelées à répondre et, en tout cas, ne peut être inférieur à 25 jours à compter de l'envoi des invitations.</u></p>	
<p>6. La négociation avec les candidats sélectionnés a pour seul objet la discussion et la définition des moyens aptes à satisfaire au mieux les besoins du pouvoir adjudicateur.</p>	<p>6. La négociation avec les candidats sélectionnés a pour seul objet la discussion et la définition des moyens aptes à satisfaire au mieux les besoins du pouvoir adjudicateur.</p>
<p><u>Pendant la négociation,</u> les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent révéler aux autres participants les solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un participant.</p>	<p>Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent à aucun moment révéler aux autres participants ou à des tiers, sinon dans la mesure minimale requise par la législation, les solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un participant sans le consentement exprès et écrit de celui-ci.</p>

<p>7. Les pouvoirs adjudicateurs, après avoir déclaré la conclusion de la négociation et en avoir informé tous les participants, <u>vérifient, en appliquant les critères de sélection déjà fixés conformément au paragraphe 2, si les capacités économiques, financières et techniques des candidats sont appropriées à la solution technique spécifiée dans le cahier des charges définitif. Au cas où les capacités économiques, financières ou techniques d'un ou plusieurs candidats, telles que prouvées lors de la demande de participation à la négociation, ne seraient pas appropriées à cette solution technique, les pouvoirs adjudicateurs invitent par écrit les candidats concernés à présenter la documentation nécessaire afin de vérifier, sur la base des critères précités, s'ils possèdent les capacités adaptées à la solution technique retenue. L'article 44, paragraphe 5, est d'application.</u></p>	<p>7. Les pouvoirs adjudicateurs, après avoir déclaré la conclusion de la négociation et en avoir informé tous les participants, invitent tous les participants sélectionnés, à l'exclusion de tout autre, à présenter une offre.</p>
<p>Les invitations à présenter une offre sont rédigées conformément à l'article 40 et sont transmises par écrit. <u>Elles sont accompagnées du cahier des charges définitif spécifiant les exigences techniques conformément à l'article 24.</u></p>	<p>Les invitations à présenter une offre sont rédigées conformément à l'article 40 et sont transmises par écrit.</p> <p><i>[Note de l'UNICE: l'article 40 pourrait devoir être modifié.]</i></p>
<p>Conformément à l'article 45, paragraphe 2, le nombre des candidats invités à <u>présenter des offres</u> ne peut être inférieur à trois dans la mesure où il y a un nombre suffisant de candidats satisfaisant aux critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur.</p>	<p>Conformément à l'article 45, paragraphe 2, le nombre des candidats invités à négoier ne peut être inférieur à trois dans la mesure où il y a un nombre suffisant de candidats satisfaisant aux critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur.</p>
<p>8. Le délai pour la réception des offres est fixé conformément à l'article 37.</p>	<p>8. Le délai pour la réception des offres est fixé conformément à l'article 37.</p>
<p>9. Les pouvoirs adjudicateurs <u>peuvent prévoir</u> des prix et des paiements aux participants. De tels prix et paiements sont pris en compte pour l'application de l'article 8.</p>	<p>9. Les pouvoirs adjudicateurs prévoient des prix et des paiements aux participants pour les travaux qu'ils ont réalisés en participant à la négociation et en préparant leurs propositions. De tels prix et paiements sont pris en compte pour l'application de l'article 8.</p>

9.13. L'UNICE a pris connaissance de la nouvelle proposition de la Commission relative aux marchés complexes (ci-jointe, en annexe I). Cette proposition rencontre largement les attentes exprimées aux points 9.1 à 9.12 ci-dessus, et l'UNICE souhaiterait par conséquent discuter plus avant des règles régissant les marchés complexes, sur la base de cette nouvelle proposition.

10. Moyens de communication électroniques – articles 37, 42 et 61 de la directive "classique"; articles 44, 47 et 62 de la directive "secteurs d'utilité publique"

10.1. Il est clair que les marchés publics électroniques deviennent rapidement une réalité. Les pouvoirs publics, les secteurs d'utilité publique et leurs fournisseurs ne peuvent être laissés en dehors, et les propositions de la directive sont donc les bienvenues. Dès la mise en place des dispositions juridiques nécessaires à des contrats sans signature manuscrite, mais revêtant le même niveau

d'authenticité, le marché fournira les infrastructures pour mener à bien les diverses procédures sans qu'il soit besoin d'une assistance au niveau de l'UE ou des États membres.

- 10.2. Il y a urgence: les dispositions juridiques et la législation permettant des marchés publics électroniques doivent être introduites sans attendre le reste de la directive.
- 10.3. Les techniques et pratiques des marchés publics électroniques poursuivront sans aucun doute leur développement, et le régime prescrit par les directives doit être en mesure de s'y adapter en conséquence.
- 10.4. Par contre, l'UNICE est gravement préoccupée par la confidentialité en cas de procédures électroniques. Elle voit deux raisons à cette vulnérabilité:
 - 10.4.1. la transmission;
 - 10.4.2. le stockage.
- 10.5. Le principe sous-jacent est de protéger l'ensemble des informations à tout moment, par des moyens adéquats.
- 10.6. La transmission peut être protégée par cryptage – pour autant que les États, membres et autres, autorisent un cryptage profond – et les préoccupations relatives au calendrier d'ouverture des offres peuvent être rencontrées par des sas temporels (blocage des transmissions électroniques selon des dates précises) ou des dépôts conditionnels (pour les transmissions par télécopie). Bien que ces solutions ne soient pas usuelles, elles peuvent être gérées par des moyens techniques ou fonctionnels.
- 10.7. Le principal souci concerne le stockage des informations électroniques dès leur réception par le pouvoir public. Si la plupart des pouvoirs publics et pouvoirs adjudicateurs appliquent indubitablement des procédures bien rodées pour protéger les informations sur support papier, les informations stockées dans des ordinateurs s'avèrent beaucoup plus vulnérables. Les fournisseurs doivent avoir confiance dans la capacité des pouvoirs publics à protéger la confidentialité des informations qu'ils leur communiquent.
- 10.8. L'UNICE propose que la directive impose au pouvoir adjudicateur, qui devra fournir une preuve d'efficacité, l'obligation expresse de protéger à tout moment les informations stockées sur un support numérique.
- 10.9. L'UNICE est préoccupée également par l'usage qui sera fait du temps épargné grâce aux marchés publics électroniques. Il est peut-être justifiable de soutenir que, même si tout l'avantage revient aux adjudicateurs, le candidat ne s'en trouve pas plus mal. Pourtant, des préoccupations ont été et sont encore exprimées, selon lesquelles les délais sont parfois excessivement courts. Certes, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de laisser un délai suffisant, mais le minimum est trop souvent la règle dans ce domaine.
- 10.10. Par conséquent, l'UNICE propose que le temps gagné soit partagé équitablement entre les candidats et le pouvoir adjudicateur.

<i>Propositions rédactionnelles</i> <i>Seul le texte pertinent de la directive "classique" est repris ici. Le texte de la directive "secteurs d'utilité publique" devrait recevoir les mêmes modifications.</i>	
<i>Texte actuel de la directive</i> <i>Les mots à supprimer sont <u>soulignés</u>.</i>	<i>Proposition de l'UNICE</i> <i>Les mots à insérer sont indiqués en gras.</i>
<u>Section 4</u> <u>Communications</u> <i>Article 42</i> <u>Les moyens de communication</u>	<u>Section 4</u> <u>Communications</u> <i>Article 42</i> <u>Les moyens de communication</u>
2. Les communications et les échanges d'informations sont faits de manière à assurer que l'intégrité des données et la confidentialité des offres et de toute information transmise par les opérateurs économiques soient préservées et que les pouvoirs adjudicateurs ne prennent connaissance du contenu des offres qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de celles-ci.	2. Les communications et les échanges d'informations, de même que le stockage des données , sont faits de manière à assurer que l'intégrité des données et la confidentialité des offres et de toute information transmise par les opérateurs économiques soient préservées à tout moment et que les pouvoirs adjudicateurs ne prennent connaissance du contenu des offres qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de celles-ci.
	4. Les pouvoirs adjudicateurs fournissent au soumissionnaire qui en fait la demande un certificat, délivré par un organisme de certification agréé et indépendant, garantissant qu'ils ont mis en place les moyens appropriés pour protéger la confidentialité des informations communiquées par le soumissionnaire, aussi bien durant leur transmission qu'après leur réception.
<u>4.</u> Le moyen choisi pour la transmission des offres, quel qu'il soit, ne peut avoir pour effet de provoquer des entraves au bon fonctionnement du marché intérieur.	5. Le moyen choisi pour la transmission des offres, quel qu'il soit, ne peut avoir pour effet de provoquer des entraves au bon fonctionnement du marché intérieur.
<u>Section 2</u> <i>Les délais</i> <i>Article 37</i> <i>Demandes de participation et réception des offres</i>	<u>Section 2</u> <i>Les délais</i> <i>Article 37</i> <i>Demandes de participation et réception des offres</i>
5. Lorsque les avis sont préparés et envoyés par des moyens électroniques conformément à l'annexe VIII, les délais de réception des offres visés aux paragraphes 2 et 4, deuxième alinéa, dans les procédures ouvertes, et le délai de réception des demandes de participation visé au paragraphe 3, point a), premier membre de phrase, dans les procédures restreintes et négociées, peuvent être raccourcis de <u>7</u> jours.	5. Lorsque les avis sont préparés et envoyés par des moyens électroniques conformément à l'annexe VIII, les délais de réception des offres visés aux paragraphes 2 et 4, deuxième alinéa, dans les procédures ouvertes, et le délai de réception des demandes de participation visé au paragraphe 3, point a), premier membre de phrase, dans les procédures restreintes et négociées, peuvent être raccourcis de quatre jours.

<p>6. Une réduction de <u>5</u> jours des délais de réception des offres dans les procédures ouvertes, restreintes et négociées, visés au paragraphe 2, au paragraphe 3, point b), et au paragraphe 4, est possible lorsque le pouvoir adjudicateur offre, dès la date d'envoi de l'avis, l'accès libre et direct par moyen électronique à l'intégralité du cahier des charges et aux documents complémentaires éventuels conformément à l'annexe VIII.</p> <p>Cette réduction est cumulable avec celle prévue au paragraphe 5.</p>	<p>6. Une réduction de trois jours des délais de réception des offres dans les procédures ouvertes, restreintes et négociées, visés au paragraphe 2, au paragraphe 3, point b), et au paragraphe 4, est possible lorsque le pouvoir adjudicateur offre, dès la date d'envoi de l'avis, l'accès libre et direct par moyen électronique à l'intégralité du cahier des charges et aux documents complémentaires éventuels conformément à l'annexe VIII.</p> <p>Cette réduction est cumulable avec celle prévue au paragraphe 5.</p>
---	---

11. Agenda proposé pour la poursuite des discussions

Point

- | | |
|--|------|
| 1. Partenariats public-privé (PPP) – prise de position de l'UNICE à venir | 5.1. |
| 2. Entreprises liées et marchés internes ("In-house procurement") prise de position de l'UNICE à venir | 5.2. |

**PROPOSALS SUBMITTED BY THE COMMISSION ON 9.10.2000
REGARDING THE ISSUE OF COMPLEX CONTRACTS**

Recital 18

For certain particularly complex contracts, such as contracts relating to the creation of important integrated transport infrastructure projects, or creation of large computer networks, or creation of large projects involving particular technical, financial or legal constraints, contracting authorities may find it objectively impossible to define the tools likely to meet their needs or assess what the contract can offer in terms of technical or financial solutions without this being attributable to a lack of information or deficiencies on their part. Provision should therefore be made for a negotiated procedure, with a call for competition which is sufficiently flexible to deal with these situations. In these cases, the sole aim of consultation should be to permit the contracting authority, through dialogue with the candidates, to explain its requirements and define them with the necessary precision so that tenders can be formulated and assessed objectively so as to ascertain the most advantageous tender in economic terms. This consultation should therefore be limited to the phase of the procedure which ends with the drawing-up of the definitive contract documents: tenders drawn up on the basis of those contract documents cannot therefore be open to negotiation. Contracting authorities may not use this procedure improperly or in such a way as to restrict or distort competition.

Article 29

Cases justifying use of the negotiated procedure with publication of contract notice

Contracting authorities may award their public contracts by negotiated procedure after publication of a contract notice, in the following cases:

1) In respect of public supply contracts, public service contracts and public works contracts:

- (a) ...
- (b) where the contracting authority is not objectively able to define the technical or other means of meeting its requirements, or is not objectively in a position to assess what the market can offer in terms of technical or financial solutions.

2)...

3)...

4)...

Article 30

Specific rules on public contracts referred to in Article 29 point 1 b

1. Contracting authorities shall consult the selected candidates in conformity with the provisions of sections 1 and 2 of Chapter VII. The sole purpose of the consultation is to discuss and define appropriate ways of best satisfying the contracting authority's requirements so as to allow it to draw up the contract documents.

During the consultation, contracting authorities may not disclose to other participants, proposed solutions or other confidential information provided by a participant.

2. Once contracting authorities have declared the consultation at an end and have informed the participants of this, they shall invite all candidates who have proposed a solution during the consultation to submit tenders based on contract documents produced in conformity with Article 23 (1) first sub paragraph and transmitted to those candidates. Contracting authorities shall evaluate the tenders without negotiation according to criteria fixed to determine the most economically advantageous tender.
3. Contracting authorities may provide for prizes and payments to candidates. Such prizes and payments shall be taken into account to determine the thresholds in conformity with Article 8.

ANNEX 2 TO UNICE POSITION PAPER OF 17/07/01

15 February 2001

**COMPETITIVE DIALOGUE
REVISED DRAFT COM (2000) 275 FINAL/2, COUNCIL 5083/01
DATED 12 JANUARY 2001
UNICE POSITION**

UNICE again confirms its support for the intention to permit competitive dialogue between contracting authority and candidates in particularly complex contracts provided that UNICE's basic positions on such procedural provisions* were recognised.

In the revised wording of Article 30 in Document COM (2000) 275 final/2, UNICE's positions have to some extent been taken into consideration. But, as it stands, Article 30 still conveys the impression that the proposed procedure can serve as "fishing expedition" which could be used by contracting authorities aiming at avoiding their obligation to define their own needs clearly *prior* to a procurement procedure. Thus, UNICE sets out the following basic elements which will have to be incorporated if competitive dialogue is to work in practice and not be misused for purposes beyond objectively complex contracts:

- The contracting authority, whilst it cannot identify the solution to its needs, has to define the *needs* themselves *very clearly*.
- The award criteria must be set out clearly at the outset.
- The mixing of ideas/solutions of participants of the dialogue procedure must be expressly excluded.
- The disclosure of participants' solutions and other confidential information, already prohibited to other participants, must also be prohibited to any third parties at any time during and after the procedures.
- Each participant in the dialogue will submit its (best and final) offer on the basis of its own proposals.
- Compensation for costs incurred in participating in the dialogue should be mandatory.

Should the possibility of combining, or of seeking bids based on, solutions from different participants not be clearly excluded, UNICE will definitively be unable to continue to support the Competitive dialogue procedure.

In order to meet UNICE's essential points for the procedure of competitive dialogue set out above, the following amendments of Article 30 would be needed:

* See previous UNICE Comment on the revised Public Purchasing Directives, dated 14 November 2000 page 3-9, especially page 5.

Article. 30
Competitive Dialogue

1. ...
 2. The **contracting** authorities shall publish a contract notice **clearly** setting out their needs and requirements, which they shall define in a descriptive document in terms of objectives to be achieved and, if appropriate, in terms of performance or functional requirements. **At the same time the contracting authority shall set out the selection and award criteria.**
 3. Contracting authorities shall open, with the candidates selected in accordance with Articles 43 a to 52, consultation. the sole aim of which shall be to identify ~~and define~~ the means best likely to satisfy the needs of the contracting authority. ~~so that it can draw up the contract document. The contracting authority shall continue such consultation until it can identify solutions, if need be after comparing them, capable of meeting its needs.~~ **If, in exceptional cases, the contracting authority becomes aware during the course of the procedure that aspects of the definition of its requirements need amendment, it shall forthwith advise, subject always to sub-clause 4 hereof. all the participants accordingly.**
 4. Contracting authorities **shall** not reveal to the other participants **or to any other third party** solutions proposed or other confidential information communicated by a participant without the latter's agreement.
 - 4.5. Having declared that the consultation is concluded, **and** having so informed the participants ~~and having drawn up the contract document~~, contracting authorities shall ask all candidates who have proposed solutions during the consultation to submit a tender on the basis **of their own** proposals. Contracting authorities shall assess the tenders on the basis of the award criteria laid down and shall choose the most advantageous tender in economic terms. Where the conditions laid down in Article 29 are met, tenders may be negotiated in accordance with that Article.
 - 5.6. Contracting authorities **shall** specify prizes and payments to the participants **in respect of their work in participating in the consultation and preparing proposals**. Such prizes and payments shall be taken into account in estimating the thresholds in accordance with Article 8.
-

3 April 2001

**COMMENTS ON THE INCLUSION OF SOCIAL ASPECTS IN THE REVISED EU
DIRECTIVES ON PUBLIC PROCUREMENT**

UNICE recognises that social policy plays an important role in promoting a high level of employment and social protection in the EU and the EEA. Nevertheless, UNICE is deeply concerned about a broad set of proposals now being discussed to include social aspects into the Directives on Public Procurement. UNICE is convinced that public procurement regulation is not an appropriate instrument for the pursuit of social policy. Compliance with social and labour law is already subject to the existing far-reaching framework of social and labour law, both national and European. It is the role of public procurement to open the market and to pursue the commercially most advantageous solution, not to enforce social and labour law or to promote social and labour policies.

Any further linking of the EU rules on the procurement procedure with aspects on social and labour law would be both unnecessary and counterproductive. It would be unnecessary because the existing legal provisions on social and labour law already provide an elaborate legal framework. Even more important, making procurement law dependant on the fulfilment of social aspects would be counter-productive, as in practice it would undermine the well-established core principles of European Public procurement . This would equally be true if the Directives were expressly to allow for a consideration of the fulfilment of certain social aspects as award criteria, or to oblige the contracting authority to examine whether every bid is in compliance with social and labour law.

Introduction of social and labour law provisions into public procurement would in practice lead to

(1) newly arising barriers to trade, especially in cross-border procurement, thereby closing markets

Referencing specific national or regional social provisions could be misused to favour those national or regional bidders which the contracting authority would like to be the winner of the contract. Even provisions stating that the referenced national or regional provisions should be in compliance with European law will not be of help: almost certainly it would be extremely difficult to examine whether those conditions were indeed compliant, especially given the fact that time for the examination of compliance is very short for bidders. While cross-border procurement has repeatedly been deemed insufficient until now, referencing specific national or regional labour law provisions would obviously weaken cross border procurement and in practice lead to the closing up of markets.

(2) creation of far-reaching bureaucratic burdens both for contracting authorities and for suppliers

References to social and labour law provisions would put unacceptable bureaucratic burdens on contracting authorities. This would especially be true in view of the proposals which would oblige contracting authorities to establish whether all bids are compliant with social and labour law. Given the multitude and complexity of

provisions on social and labour law, such obligations would put inappropriate burdens on the contracting authority. The central obligation of a contracting authority is to select works, products and services best suited to fulfil the tasks in the public interest, but not to examine private enterprises' entire compliance with a multitude of provisions on social and labour law.

(3) dangers to the effectiveness of the procurement of works, goods and services for public needs because of strongly increased risks of cancellation by legal review procedures

As already mentioned under (2), public procurement would become extremely vulnerable to a further increase of legal review procedures. Competitors of the successful bidder could very easily stop procurement procedures if they merely pointed out that the successful bidder does not comply with one single provision within a multitude of social and labour law regulations.

(4) strongly increased risks concerning public and private investments for public purposes

The strongly increased vulnerability of procurement procedures would increase uncertainties about public and private investments in public procurement. This would potentially lead to a decrease of interest of bidders in public procurement markets.

(5) particular disadvantages for small and medium sized enterprises (SMEs)

The problems mentioned above would have a particular negative impact on small and medium sized enterprises (SMEs). Especially for SMEs throughout Europe it will hardly be possible to react on a complex set of provisions of national and regional social and labour law. Thus, potentially they would be forced to withdraw from participation in public procurement.

For all the reasons mentioned above, European Industry urges that the European legislator should abstain from introducing the proposals for social aspects into the Public Procurement Directives. Otherwise the well established core principles of public procurement which the legislation has set up with a lot of effort during recent years would unnecessarily be sacrificed. Public Procurement would then suffer from enormous legal and practical uncertainties which would be most harmful to the good functioning of the procurement of works, supplies and services in the public interest.

* See previous UNICE Comment on the revised Public Purchasing Directives, dated 14 November 2000 page 3-9, especially page 5.