

ius
PUBLICUM NETWORK REVIEW

N.1
2017



ISSN 2039-2540



Index

Articles

1. Rémy Schwartz - Une revolution
2. Cristina Fraenkel-Haeberle - Le role du Bundesrat allemand dans la articulation du pouvoir législatif : une analyse comparée du cumul des mandats
3. Antony Taillefait - Groupements de commandes et centrales d'achat publics en France après la transposition des Directives Européennes de 2014
4. Frédérique Lecocq - Fonction publique - L'honneur et les honneurs
5. Patricia Valcárcel Fernández - The relevance of promoting collaborative and joint cross border public procurement for buying innovative solutions
6. Flaminia Aperio Bella - The powers of the Italian anti-corruption authority in public procurement: new tools to pursue good administration?

UNE REVOLUTION

Rémy SCHWARTZ¹

INDEX

1. LE DROIT TRADITIONNEL DES CONTRATS

1.1. La jurisprudence a exclu très tôt la possibilité d'un recours des tiers contre le contrat

1.2. Un juge du contrat aux pouvoirs redoutables

2. DES ÉVOLUTIONS SOURCE DE COMPLEXITÉ

2.1. Le juge de l'excès de pouvoir, juge de l'annulation des actes administratifs, a étendu la portée de son action aux contrats eux-mêmes

2.2. Le pouvoir d'injonction donné par la loi au juge administratif a ébréché les frontières entre les contentieux

3. LE DROIT NOUVEAU DES CONTRATS PUBLICS

3.1. Un juge du contrat ouvert au tiers

3.2. Un principe de loyauté des relations contractuelles dans l'exécution du contrat

¹ Conseiller d'Etat, Président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'Etat, Professeur associé à l'Université Panthéon-Sorbonne.

Le droit des contrats publics en France a reposé pendant près d'un siècle sur des règles claires et solides posées par le Conseil d'Etat. Les professeurs de droit ont pu enseigner au fil des générations un même corpus juridique issu de la jurisprudence. Mais en 7 ans, entre 2007 et 2014, ce corpus juridique a littéralement explosé. Un nouveau droit des contrats publics a été façonné en quelques années par le Conseil d'Etat.

Cette révolution juridique a néanmoins été préparée par des évolutions jurisprudentielles ponctuelles qui avait rendu de plus en plus complexes la compréhension et le maniement de ce droit des contrats. Au fil du temps les esprits avaient évolué et le juge était prêt à bouleverser ces règles.

1. LE DROIT TRADITIONNEL DES CONTRATS

La jurisprudence s'est construite à la fin du XIXème siècle et au tout début du XXème siècle autour de deux axes principaux.

1.1. La jurisprudence a exclu très tôt la possibilité d'un recours des tiers contre le contrat.

Si dans les années 1860 le Conseil d'Etat avait admis que la validité d'un contrat puisse être contestée devant lui², il a ensuite très vite fermé cette voie. Construisant le contentieux autour du recours pour excès de pouvoir contre un acte, il a exclu, dès la fin de ce XIX siècle, la faculté pour un tiers de contester devant lui la légalité d'un contrat. Seuls les juges judiciaires et les conseils de préfectures, ancêtres des tribunaux administratifs, pouvaient connaître des contentieux contractuels. Et ces contentieux n'étaient pas ouverts aux tiers devant ces juridictions. Les juges du contrat

² CE 30 avril 1863 Ville de Boulogne recueil p405.

excluaient de leur contentieux les tiers. Seules les parties au contrat pouvaient saisir ce juge pour régler leurs différends.

Soucieux néanmoins de faire respecter la légalité par l'administration, y compris lorsqu'elle décidait d'intervenir par le voie contractuelle, le Conseil d'Etat, par des décisions du 11 décembre 1903 Commune de Gorre et surtout du 4 août 1905 Martin, a construit la théorie de l'acte détachable. Il a admis le recours pour excès de pouvoir, recours en annulation contre des décisions administratives, contre les actes supports du contrat, pour l'essentiel les délibérations des assemblées locales autorisant l'exécutif à signer le contrat ou les délibérations des établissements publics autorisant cette signature. Plus tard il a admis le recours, en l'absence de telles délibérations formelles, contre la décision de signer le contrat révélée par cette signature. La notion d'acte détachable susceptible de recours pour excès de pouvoir a ensuite été étendue à la décision de signer un avenant et même au refus de résilier un contrat.

Ce recours pouvait conduire à l'annulation de l'acte détachable laquelle était sans incidence directe sur le contrat lui même, que cette annulation soit prononcée en raison d'un vice propre à l'acte (modalités de délibération de l'assemblée locale autorisant la conclusion du contrat par exemple) ou en raison de l'illégalité du contrat.

Une telle annulation à l'initiative d'un tiers laissait en effet intact le contrat. Elle avait simplement "un effet platonique". Le requérant devait se contenter de la satisfaction morale d'avoir obtenu l'annulation de l'acte détachable. Cette annulation était un rappel à la légalité pour l'administration, invitée ainsi à ne pas réitérer son erreur. Mais le contrat continuait sa vie en dépit de la disparition de son acte détachable, son support juridique.

Les contrats des personnes publiques étaient ainsi à l'abri des contestations des tiers, quelle qu'ait pu être la légalité de ces contrats.

1.2. Un juge du contrat aux pouvoirs redoutables

Seules les parties au contrat pouvaient saisir le juge du contrat et elles ne le

faisaient que pour régler leurs différents contractuels. Le juge compétent pour connaître des contrats publics est bien évidemment le juge administratif. Celui-ci peut revêtir plusieurs casquettes : celle du juge de l'excès de pouvoir, juge de l'annulation des actes administratifs, ou celle du juge des contrats. Dans l'un et l'autre cas son office est distinct.

Si le juge de l'excès de pouvoir est un juge objectif de la légalité des actes administratifs, le juge du contrat est amené à déterminer les droits subjectifs des parties au contrat. Il doit apprécier quels sont les droits des parties et déterminer les sommes dues à l'une ou à l'autre.

Mais une fois saisi par une partie et quel que puisse être le différent, le juge du contrat disposait d'une totale plénitude d'action. Dès lors qu'il constatait un vice affectant la légalité du contrat, il le relevait même d'office pour refuser d'appliquer le contrat. Il en constatait alors la nullité.

Et le juge du contrat avait en réalité une conception très large du moyen "d'ordre public", c'est-à-dire susceptible d'être relevé d'office par lui sans que les parties l'aient soulevé. En réalité, quasiment tout vice affectant le contrat était regardé comme affectant sa légalité et donc susceptible d'être relevé d'office. Si le juge de l'excès de pouvoir avait annulé l'acte détachable, le juge du contrat saisi ensuite d'un litige entre les parties à ce contrat, le déclarait nul quand bien même l'acte détachable avait été annulé simplement en raison d'un vice propre à cet acte, sans que le contrat soit en lui-même illégal.

Et même si l'acte détachable n'avait pas été annulé, le juge du contrat pouvait d'office relever une irrégularité pour le déclarer nul, qu'il s'agisse d'une illégalité propre uniquement à l'acte détachable, d'un simple vice de passation du contrat ou d'une illégalité interne de ce contrat.

En saisissant le juge du contrat, les parties courraient toujours le risque que celui-ci découvre une irrégularité et donc une nullité du contrat pour en écarter l'application.

Une partie pouvait d'ailleurs tourner à son profit ce large pouvoir du juge du contrat. Bien qu'ayant signé en toute connaissance de cause un contrat alors que, par exemple, la procédure de passation n'avait pas été pleinement régulière, irrégularité dont elle avait bénéficié, une partie pouvait plus tard se délier sans risque de son engagement. Il lui suffisait de saisir le juge du contrat d'un quelconque différent pour que celui-ci relève cette irrégularité et déclare nul le contrat....Peu importe que la partie ait été à l'origine de l'irrégularité et en ait profité en toute connaissance de cause, le juge du contrat déclarait nul le contrat à raison de cette irrégularité que cette partie pouvait même invoquer devant lui.

Les conséquences pour une entreprise pouvaient être lourdes. En cas de différent dans l'exécution du contrat, la personne publique pouvait à tout moment invoquer une irrégularité dont elle était pourtant à l'origine, vice dans la délibération de son conseil par exemple, pour que le juge déclare nul le contrat. La personne publique se trouvait alors déliée de ses engagements contractuels et le cocontractant n'avait droit à être indemnisé qu'au seul titre des dépenses utilement exposées pour la personne publique (lesquelles excluaient évidemment la marge de l'entreprise).

Le droit des contrats était ainsi ordonné autour de ces deux axes jurisprudentiels: accès au contrat fermé au tiers qui ne pouvaient obtenir que la satisfaction essentiellement morale d'une annulation de l'acte détachable d'une part; juge du contrat, accessible aux seules parties à ce contrat, disposant d'une redoutable plénitude d'appréciation et d'action d'autre part. Ces deux axes ordonneront pendant près d'un siècle le contentieux contractuel en dépit des évolutions que connaîtra ce contentieux.

2. DES ÉVOLUTIONS SOURCE DE COMPLEXITÉ

La jurisprudence a évolué au fil des décennies. En réalité plusieurs courants jurisprudentiels distincts ont pris leur essor, rendant plus complexe le droit des contrats. La complexité est née des voies qui ont été ouvertes aux tiers pour contester et remettre en cause des contrats ou des clauses directement ou indirectement.

2.1. Le juge de l'excès de pouvoir, juge de l'annulation des actes administratifs, a étendu la portée de son action aux contrats eux-mêmes.

a) le Conseil d'Etat a tout d'abord accepté de connaître de recours pour excès de pouvoir contre certains « contrats ».

Il s'agissait en réalité de « faux » contrats. L'administration peut en effet décider d'accompagner son pouvoir d'action unilatérale d'un habillage contractuel.

C'est ainsi que l'administration pouvait autoriser l'occupation de son domaine public par décision unilatérale ou par contrat. Pour éviter de traiter différemment la contestation de ces autorisations d'occupation selon qu'elles étaient accordées par acte unilatéral ou contrat, le Conseil d'Etat a admis le recours pour excès de pouvoir des tiers contre les unes et les autres. D'une façon plus générale, toutes les conventions autorisant l'occupation du domaine public, comme le domaine public « aérien » ou « hertzien » pouvaient être contestées devant le juge de l'excès de pouvoir³.

Et dans le contentieux des agents publics contractuels, le juge administratif a admis l'intervention du juge de pouvoir. Les contrats de recrutement des agents publics ont toujours été de « faux » contrats et de « vrais » décisions unilatérales. Les agents publics, même contractuels, sont depuis longtemps dans un cadre réglementaire. Il n'y a rien de « contractuel » dans leur situation. Tout est déterminé unilatéralement par l'employeur public. Le Conseil d'Etat avait ainsi admis que des agents publics puissent former des recours pour excès de pouvoir contre des mesures d'exécution de leur contrat⁴. Il a été conduit ainsi à admettre le recours pour excès de pouvoir de tiers contre

³ voir CE Assemblée 8 avril 1998 Société SERC Fun radio, recueil p 138.

⁴ par exemple CE 25 mai 1979 Mme Rabut recueil p231.

les contrats de recrutement d'agents publics⁵.

Dans l'univers des contrats, le Conseil d'Etat a ainsi fait un sort particulier aux quasi-actes unilatéraux que sont les contrats portant occupation du domaine public ou les contrats de recrutement d'agents publics.

b) La voie d'action contre des clauses réglementaires des contrats a été ouverte

La personne publique peut être amenée à insérer dans des contrats des clauses qui normalement relèvent de son pouvoir réglementaire.

C'est tout particulièrement le cas s'agissant des contrats portant délégation de service public. Lorsque l'administration confie par contrat à une personne l'exécution d'un service public, elle insère très généralement dans le contrat des clauses intéressant les usagers : clauses de prix ou mesures d'organisation du service public. De telle clauses ont un objet général et impersonnel et concernent les usagers. Elles ont une nature réglementaire et le Conseil d'Etat a en conséquence admis qu'elles puissent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir⁶.

Un usager du service public, tiers au contrat, ne peut en contester directement la validité. Il ne peut saisir le juge du contrat ni former un recours pour excès de pouvoir contre ce contrat. Par contre, il peut former un recours pour excès de pouvoir contre ses seules clauses réglementaires, par nature divisibles.

c) Le législateur a ouvert une voie d'action générale aux préfets contre tous les contrats des collectivités locales.

⁵ CE 30 octobre 1998 Ville de Lisieux recueil p 375.

⁶ CE Assemblée 10 juillet 1996 Cayzele recueil p 274.

La loi du 3 mai 1982 portant décentralisation de la République a supprimé la tutelle de l'Etat sur les collectivités territoriales. Mais le législateur a dû prévoir un contrôle de légalité sur leurs actes, assuré par les préfets dans les départements et régions. Ceux-ci peuvent déférer les actes des collectivités territoriales qu'ils estiment contraires à la légalité au juge administratif. Et le législateur a également permis aux préfets de contester la légalité des contrats de ces collectivités locales devant le juge administratif. Cette action s'exerce dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir⁷.

Au fil du temps les contrats se sont ouverts à la contestation de tiers : d'une façon générale pour ce qui concerne les préfets dans le cadre de leur contrôle de légalité des actes et contrats des collectivités locales ; d'une façon parcellaire pour ce qui concerne les tiers susceptibles de contester devant le juge de l'excès de pouvoir les « faux » contrats ou les clauses réglementaires des contrats.

2.2. Le pouvoir d'injonction donné par la loi au juge administratif a ébréché les frontières entre les contentieux

Par une loi du 16 Juillet 1980, le législateur a confié un pouvoir d'astreinte au Conseil d'Etat en vue d'assurer l'exécution d'une décision rendue par une juridiction administrative. La Haute Assemblée, saisie par une requérant de difficultés rencontrées pour assurer l'exécution d'une décision de justice, avait ainsi le pouvoir d'enjoindre sous astreinte à l'administration de prendre les mesures nécessaires pour assurer cette exécution.

Cette voie pour faire respecter la chose jugée avait été longtemps ignorée par les requérants ayant obtenu l'annulation d'un acte détachable du contrat.

Nous avons vu que cette annulation restait sans effet direct sur le contrat qui continuait sa vie. Jusqu'au jour où des requérants ont saisi le Conseil d'Etat d'une

⁷ CE 26 juillet 1991 Commune de Sainte Marie recueil p 302.

demande en vue de prononcer une astreinte contre une commune afin que soit exécuté le jugement par lequel un tribunal administratif avait annulé la délibération de son conseil municipal autorisant la signature d'un contrat de vente d'un bien du domaine privé de la commune. Et par sa décision du 7 octobre 1994⁸ le Conseil d'Etat a fait droit à leur demande et a ordonné à la commune sous astreinte journalière de saisir le juge du contrat, juge judiciaire en l'espèce, pour que soient tirées les conséquences de cette annulation et que soit obtenu le retour dans le domaine de la commune du bien illégalement cédé. Une voie nouvelle était ainsi ouverte pour que soit tirées les conséquences de l'annulation de l'acte détachable sur le contrat lui-même.

Puis le juge administratif a été doté par la loi d'un pouvoir d'injonction sous astreinte. Désormais, un requérant qui demande l'annulation d'un acte administratif, peut assortir ses conclusions d'annulation d'une demande d'injonction pour que le juge ordonne, sous astreinte, à la personne publique de prendre les mesures qu'implique nécessairement l'annulation de l'acte. Et, dans ce cadre nouveau, les requérants qui saisissaient le juge de l'excès de pouvoir de conclusions d'annulation d'un acte détachable du contrat, assortissaient cette demande quasi systématiquement d'une demande complémentaire d'injonction en vue que soient tirées les conséquences de cette annulation sur le contrat.

La juge statuant sur la demande d'injonction devait d'abord voir si les parties n'avaient pas elles mêmes tirées les conclusions de l'annulation en mettant fin au contrat. Il devait aussi déterminer si un motif d'intérêt général n'imposait pas la poursuite des relations contractuelles. Il pouvait aussi inviter les parties à régulariser le contrat dans un délai donné, si le vice était régularisable, à moins de le résilier. Il pouvait ordonner la résiliation du contrat au terme de ce délai ou, si, le vice était grave, directement enjoindre à la personne publique de le résilier. Mais le juge ne pouvait manier l'injonction pour constater la « nullité » du contrat, c'est-à-dire sa disparition

⁸ recueil p 430.

rétroactive en cas de vice d'une particulière gravité. Dans une telle hypothèse il devait ordonner aux parties à « résoudre leurs relations contractuels » et si elles ne s'entendaient pas à cette fin, de saisir ensuite le juge du contrat pour qu'il se prononce.

Ce mode d'emploi, complexe, a été synthétisé dans une décision du 21 février 2011 Société Ophrys⁹ «L'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement que le contrat en cause doive être annulé. Il appartient au juge de l'exécution, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, eu égard à une illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée ».

Un tiers pouvait désormais, au terme d'une procédure complexe et longue obtenir la résiliation voire l'annulation du contrat, mais par une voie indirecte.

Ainsi, tant le développement de l'office du juge de l'excès de pouvoir que la mise en œuvre de la procédure d'injonction remettaient en cause les frontières qu'avait tracées le juge lui-même. Les temps étaient venus d'une nouvelle organisation du contentieux contractuel.

3. LE DROIT NOUVEAU DES CONTRATS PUBLICS

Ce droit s'organise autour de deux nouveaux axes ; un contentieux concentré sur le juge du contrat auquel le tiers a accès et un principe de loyauté des relations

⁹ recueil p 54.

contractuelles dans l'exécution du contrat.

3.1. Un juge du contrat ouvert au tiers.

Par deux décisions successives, l'Assemblée du contentieux a révolutionné le droit des contrats : la première est la décision du 6 juillet 2007 Société Tropic travaux signalisation¹⁰ et la seconde est celle du 4 avril 2014 Département de Tarn et Garonne¹¹.

1 - Désormais tout contrat peut être directement contesté devant le juge du contrat dans les deux mois à compter de sa publication. Faute de saisine du juge dans ce délai il devient définitif.

Il est évident que tout le contrat ne peut être publié. Il faut en publier les caractéristiques principales (objet, durée...) et indiquer le lieu ou l'ensemble du contrat peut être consulté.

2 - Dans un premier temps, la société Tropic travaux avait ouvert ce recours aux seuls concurrents évincés. La décision Département de Tarn et Garonne ouvre plus largement ce recours en contestation de la validité du contrat à toute personne justifiant d'un intérêt lésé, lequel ne peut être que strictement entendu. Il faut pouvoir justifier que l'exécution du contrat lésera ses intérêts.

Ce recours n'est ainsi ouvert qu'au « tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses ».

3 - Le pendant de cette ouverture d'un recours en contestation de la validité du contrat devant le juge du contrat est la fermeture du recours pour excès de pouvoir

¹⁰ recueil p.360

¹¹ requête n° 358 994.

contre les actes détachables. Désormais il n'y a plus de recours contre ces actes, ni la complexe intervention du juge de l'astreinte pour tirer les conséquences de l'annulation d'un tel acte sur le contrat lui-même. La décision Département de Tarn et Garonne met fin à la jurisprudence du 4 août 1905 Martin.

Cependant, elle ne ferme pas complètement cette voie puisque le Conseil d'Etat a entendu préserver la faculté pour le préfet de déférer au juge de l'excès de pouvoir, dans le cadre de son contrôle de la légalité des actes pris par les collectivités territoriales, ces actes détachables du contrat. Le contrôle de légalité est une exigence constitutionnelle dont la portée ne semblait pas permettre de fermer le recours du préfet contre ces actes, même si l'intérêt d'un tel recours est très mineur compte tenu de la possibilité de contester le contrat lui-même. Toutefois, le Conseil d'Etat a encore limité l'intérêt de cette action en jugeant que si le préfet conserve la possibilité de contester la légalité de ces actes devant le juge de l'excès de pouvoir, il ne peut le faire que jusqu'à la conclusion du contrat. A cette date, il ne pourra plus déférer ces actes au juge de l'excès de pouvoir et les recours qu'il aura le cas échéant engagé et qui n'auront pas encore été jugés perdront leur objet.

Reste aussi le cas marginal des contrats de droit privé relevant de la compétence du juge judiciaire.

Le juge administratif reste compétent pour connaître de la légalité des délibérations des conseils des collectivités locales autorisant leur signature. Dès lors qu'il ne peut connaître de la contestation en validité de ces contrats de droit privé, le recours pour excès de pouvoir contre leurs actes détachables n'a pu être fermé. En cette action doit rester ouverte même après la signature du contrat, le juge judiciaire étant alors compétent pour déterminer les conséquences de l'annulation de l'acte détachable.

4 - Le Conseil d'Etat a également innové en restreignant les moyens susceptibles d'être invoqués. Normalement, lorsque l'intérêt à agir d'un requérant est reconnu, il peut soulever tout moyen pour contester la légalité de l'acte attaqué.

La décision Département de Tarn et Garonne s'écarte de cette règle générale de

procédure en limitant, pour ce seul contentieux de la contestation de la validité du contrat, les moyens susceptibles d'être invoqués. Les requérants ne peuvent désormais invoquer utilement « que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ». Si une association de défense de l'environnement, par exemple, arrive à justifier d'un intérêt à agir contre un contrat, elle ne pourra pas utilement invoquer des vices de passation du contrat. Elle ne pourra invoquer que des moyens en rapport avec son intérêt lésé, c'est-à-dire la protection de l'environnement. A l'inverse, un concurrent évincé ne pourra invoquer que des vices de passation et non contester le bien fondé du contrat.

Les contentieux dilatoires sont ainsi découragés : les parties ne pourront accéder au juge du contrat et débattre que pour défendre leurs intérêts lésés et non invoquer de multiples moyens dilatoires et sans rapport avec la raison d'être de leur action contentieuse.

Le Conseil d'Etat a réservé les vices d'une particulière gravité que tous les requérants, quels que soient leurs intérêts lésés, pourront toujours soulever. Il s'agit des vices d'ordre public à raison de leur gravité. Dès lors que le juge doit les soulever d'office s'ils ressortent du dossier qui lui est soumis, il est logique que de toute façon les requérants puissent les soulever quels que puissent être leurs intérêts lésés ;

5 - Ce faisant, le Conseil d'Etat a strictement réduit le champ des moyens susceptibles d'être soulevés d'office devant le juge du contrat. Ils se réduisent aux vices d'une particulière gravité, notamment au vice du consentement ou au vice interne au contrat, ceux qui affectent la légalité même du contrat. Est par exemple d'ordre public l'illégalité de la clause d'un contrat prévoyant une indemnité en cas de résiliation du contrat renouvelé par tacite reconduction, dès lors que la clause de tacite reconduction est prohibée et donc illégale¹².

¹² CE 17 octobre 2016 Commune de Villeneuve le Roi n° 398 131

6 - Et le juge du contrat dispose d'une plénitude d'action : il peut estimer que les vices sont régularisables et inviter les parties à y procéder, à moins d'une résiliation du contrat. Il peut relever l'existence d'un intérêt général faisant obstacle à la résiliation du contrat. En cas de vice majeur il pourra prononcer la cessation du contrat, pour l'avenir, ou en prononcer l'annulation, ce qui induit sa disparition rétroactive.

L'action contre le contrat est désormais quasi exclusivement recentrée sur le juge du contrat, vigilant sur l'intérêt pour agir et sur les moyens susceptibles d'être invoqués et disposant d'une plénitude de pouvoir pour régler le litige.

3.2. Un principe de loyauté des relations contractuelles dans l'exécution du contrat.

Nous avons indiqué ci-dessus qu'une partie au contrat pouvait se délier de ses engagements contractuels en invoquant devant le juge du contrat tout vice en affectant sa régularité, y compris ceux dont elle était responsable. Ainsi, en cas de litige engagé par son cocontractant devant le juge du contrat, la personne publique pouvait pour se délier de ses engagements en invoquant la nullité du contrat au motif tiré de ce que la procédure de passation qu'elle avait mise en œuvre était irrégulière.

Une personne publique pouvait donc invoquer sa propre turpitude pour se délier de ses engagements contractuels. L'entreprise cocontractante, confronté à un contrat déclaré nul par le juge, n'avait plus droit qu'au remboursement des seules dépenses utilement exposées pour la personne publique.

Par sa décision d'Assemblée du 28 décembre 2009 Commune de Béziers¹³ le Conseil d'Etat a dégagé le principe général de « loyauté des relations contractuelles ». Désormais une partie à un contrat est tenue par ce principe et doit appliquer le contrat

¹³ recueil p 509.

qu'elle a conclu. Elle ne peut plus en principe invoquer tel ou tel vice pour écarter l'application de ce contrat.

La seule réserve tient seulement au cas où le juge « constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement ». Ce n'est que dans un tel cas exceptionnel que le juge doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel.

Ainsi, une partie ne peut normalement invoquer un vice de passation du contrat ni le juge le relever d'office, sauf vice d'une particulière gravité, compte tenu des circonstances dans laquelle l'illégalité a été commise. La loyauté des relations contractuels met normalement fin à la possibilité pour une partie de se prévaloir de ses propres turpitudes. Dès lors que le contrat a été signé, elle doit loyalement l'exécuter et ne peut se délier de ses engagements, sauf illégalité grave.

Ainsi, en quelques années, la jurisprudence a remis en cause les règles qu'elle avait elle-même forgé. Le Conseil d'Etat a radicalement modifié les axes autour desquels le droit et le contentieux des contrats publics s'ordonnent. La sécurité juridique a prévalu, dans le respect du principe de légalité. Il s'est agi de préserver cette sécurité juridique des contrats sans remettre en cause les règles essentielles d'un Etat de droit.

**LE ROLE DU BUNDESRAT ALLEMAND DANS L'ARTICULATION DU
POUVOIR LÉGISLATIF : UNE ANALYSE COMPARÉE DU CUMUL DES
MANDATS**

Cristina FRAENKEL-HAEBERLE, SPEYER¹

INDEX

1. PRÉAMBULE

**2. LE BUNDESRAT ALLEMAND COMME EXPRESSION DE LA
DIVISION VERTICALE DU POUVOIR**

2.1. Principes fondant la légitimation du Bundestrat

2.2. Rôle charnière du Bundesrat dans le sens vertical et horizontal

**3. GÉNÉRALITÉS SUR LA RÉFORME DU SÉNAT ITALIEN : OPTION
POUR LE CUMUL DES MANDATS**

**4. APERÇU DE LA QUERELLE SUR LE CUMUL DES MANDATS EN
FRANCE**

5. CONCLUSIONS

¹ Professor, Chair of Public, International and European Law (Prof. Dr. Volker Epping), Leibniz Universität Hannover (Germany) and Coordinator of the research program European Administrative Space, German Research Institute for Public Administration, Speyer (Germany). L'auteur remercie Maria Kordeva pour la révision du texte français.

1. PRÉAMBULE

L'articulation du pouvoir législatif entre le niveau national et local ainsi que les équilibres et les tensions entre le centre et la périphérie représentent un objet de discussion permanente. Cet article se propose de présenter une analyse comparée du système allemand avec des aperçus de la réalité française et italienne notamment inhérents à la question de l'articulation verticale du pouvoir ainsi qu'aux traits d'union existants entre la dimension nationale et le niveau local. Il va également considérer le rôle et la présence des pouvoirs locaux dans les organes parlementaires nationaux, l'impact de l'articulation verticale du pouvoir sur le rôle du pouvoir exécutif par rapport à la fonction législative ainsi que les pressions pour une plus grande intégration entre les différents niveaux de gouvernement.

2. LE BUNDESRAT ALLEMAND COMME EXPRESSION DE LA DIVISION VERTICALE DU POUVOIR

Les compétences et les fonctions du Bundesrat (Conseil fédéral) s'expliquent par son origine historique très ancienne, dont les racines remontent même au dix-septième siècle, lorsque l'empereur Léopold 1^{er} convoquait le Reichstag à Ratisbonne.² Après la seconde guerre mondiale, les forces d'occupation imposèrent au nouvel État allemand un système fédéral visant explicitement à favoriser une division verticale du pouvoir, pour contrecarrer d'éventuelles poussées centralisatrices. Ce modèle prévoyait l'institution d'une seconde chambre agissant au niveau fédéral pour le compte des Länder. Depuis lors, le Bundesrat a traversé une longue évolution, au cours de laquelle il a connu deux étapes fondamentales, qui méritent tout particulièrement d'être

² Thorsten Ingo Schmidt, *Der Bundesrat. Geschichte, Struktur, Funktion*, in : Ines Härtel (dir.), *Handbuch Föderalismus – Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt*, Berlin et al. 2012, p. 652 s.

mentionnées, à savoir la réunification allemande de 1989 et son impact sur le système fédéral ainsi que la réforme du fédéralisme de 2006.³

Le renforcement du rôle du Bundesrat a été un élément inhérent au processus de réunification. Ainsi, à l'issue de ce processus et des modifications de la loi fondamentale qui s'en sont suivies, la liste des matières pour lesquelles les lois requéraient son approbation au titre de la LF a été allongée. Désormais, le Bundesrat peut saisir la Cour constitutionnelle fédérale d'une loi ne remplissant pas les conditions qui autorisent la Fédération à exercer son pouvoir législatif, afin de garantir « des conditions de vie équivalentes sur le territoire fédéral ou la sauvegarde de l'unité juridique et économique sur le territoire national » (« *Erforderlichkeitsprüfungsverfahren* »).⁴ Depuis lors, les réformes constitutionnelles portant sur les compétences législatives de la Fédération sont autorisées par les Länder à la seule condition que ces lois fédérales puissent être adoptées avec le consentement du Bundesrat (*Zustimmungsgesetze*). Le modèle était celui du fédéralisme participatif (*Beteiligungsföderalismus*) selon lequel les Länder, plutôt que de promulguer des normes de même teneur pour leurs territoires respectifs, interprétaient principalement leur rôle comme participation à la genèse des lois fédérales, adoptées à la majorité au sein du Bundesrat.⁵

À contre-courant d'une interprétation fortement participative du fédéralisme, qui accentuait le droit de veto du Bundesrat et rendait ainsi le cheminement législatif particulièrement lourd, impliquant souvent une recherche exténuante d'un plus petit dénominateur commun, la réforme du fédéralisme de 2006 a cherché surtout à dissocier les compétences en limitant les matières législatives soumises à l'approbation du Bundesrat. La réforme a aboli la compétence de la Fédération concernant l'adoption des

³ Ibid., p. 658.

⁴ Art. 72 al. 2 LF.

⁵ Schmidt, *Der Bundesrat. Geschichte, Struktur, Funktion*, cit., p. 659.

lois-cadres (*Rahmengesetzgebungskompetenz*), à savoir une réglementation de principe dans laquelle se greffait la réglementation de détail des Länder, car, dans le passé, cette formule avait souvent servi de prétexte à de véritables intrusions de la Fédération dans les compétences des Länder.⁶ Concernant les matières, attribuées aujourd'hui à la législation concurrente, c'est-à-dire les matières dans lesquelles les Länder peuvent légiférer uniquement si le législateur fédéral n'a pas agi, un droit de dérogation (*Abweichungsrecht*) a été reconnu aux entités fédérées. Dans ce cadre, la reformulation de l'art. 84 al. 1 LF est d'une importance particulière : elle concerne la procédure administrative, expression du dit « fédéralisme d'exécution » (*Vollzugsföderalismus*), qui est un mécanisme selon lequel la compétence administrative, octroyée principalement aux Länder, fait office de contrepoids au pouvoir législatif octroyé *in primis* à la Fédération. D'après ce principe, les normes sur la procédure administrative et sur la création d'autorités administratives avaient autrefois besoin de l'approbation du Bundesrat. Par ailleurs, d'après la « thèse de l'unité » (*Einheitlichkeitsthese*), plutôt favorable aux prérogatives des Länder, soutenue par la Cour constitutionnelle fédérale, toute loi contenant ne serait-ce qu'une seule disposition sur la création d'autorités administratives et sur la procédure administrative était pour cette raison soumise à l'approbation du Bundesrat.⁷ Aujourd'hui, cette autorisation a été convertie en une faculté de dérogation des Länder. La Fédération peut ne pas reconnaître ce pouvoir de

⁶ Fritz Wilhelm Scharpf, *Föderalismusreform. Kein Ausweg aus der Politikverflechtungsfalle?*, Frankfurt am M. 2009, p. 5 ; v. aussi Sabine Kropp, *Kooperativer Föderalismus und Politikverflechtung*, Wiesbaden 2010 ; Ralf Thomas Baus/Henrik Scheller/Rudolf Hrbek (dir.), *Der deutsche Föderalismus 2020*, Die bundesstaatliche Kompetenz- und Finanzverteilung im Spiegel der Föderalismusreform I und II, Baden-Baden 2009 ; Arthur Benz, *Konstruktive Vetospieler in Mehrebenensystemen*, in : Renate Mayntz/Wolfgang Streeck (dir.), *Die Reformierbarkeit der Demokratie. Innovationen und Blockaden. Festschrift für Fritz Scharpf*, Frankfurt/New York 2003, S. 205 ; Fritz Wilhelm Scharpf (dir.), *Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus der Bundesrepublik*, Frankfurt 1976.

⁷ Schmidt, *Der Bundesrat. Geschichte, Struktur, Funktion*, p. 661.

dérogation, mais uniquement dans des cas exceptionnels, où la loi fédérale correspondante sera soumise à l’approbation du Bundesrat.⁸

2.1. Principes fondant la légitimation du Bundesrat

Le Bundesrat est un organe central et permanent de la Fédération et non une représentation des Länder.⁹ En cela, il se distingue des organes de coordination des Länder, comme la Conférence des premiers ministres et les Conférences des ministres compétents par matière. Ces Conférences ne sont pas des organes du Bundesrat, bien qu’elles disposent de bureaux auprès du secrétariat de ce dernier. Les membres des Gouvernements des Länder font partie du Bundesrat. En l’absence de normes constitutionnelles explicites au niveau fédéral, les représentants des Länder sont désignés d’après leurs normes constitutionnelles respectives. Chaque Land peut déléguer au Bundesrat autant de membres qu’il a de voix. La répartition des voix est en fonction de la densité démographique : chaque Land exprime au moins trois voix et six au maximum.¹⁰ Les membres du Bundesrat sont nommés sur décision de leur gouvernement.¹¹ Ils n’exercent pas de mandat personnel, et peuvent donc être remplacés

⁸ Il est réservé au Bundesrat le droit de saisir la Cour constitutionnelle fédérale par *Mangelrügeverfahren* (art. 84 al. 1 LF) afin de faire établir un besoin de réglementation uniforme au niveau national et par conséquent l’impossibilité d’y déroger pour les Länder. Le Bundesrat peut aussi soulever un conflit d’attributions « Bund-Länder-Streit » (art. 93 al. 1 n. 3 LF). Les principales lois requérant l’approbation du Bundesrat, expressément prévues par la LF, sont également prévues à l’art. 104a al. 4 LF. Il s’agit des lois fédérales qui imposent aux Länder l’obligation de fournir des prestations pécuniaires, des prestations en nature ou des prestations de services comparables, lorsque la dépense correspondante est à la charge des Länder. Inversement, sont détaillées à l’art. 105 al. 3 LF les lois fédérales relatives aux impôts dont tout ou une partie du produit revient aux Länder ou aux communes/groupements de communes.

⁹ Cristoph Degenhart, *Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht*, Heidelberg 2015, p. 281.

¹⁰ Art. 51 al. 2 LF.

¹¹ Art. 51 al. 1 LF.

par un autre membre du gouvernement du Land. Les absentions équivalent à un vote négatif, par exemple dans le cas où une coalition du gouvernement ne parviendrait pas à s'accorder sur un vote unitaire. En effet, d'après l'art. 51 al. 3 LF, les votes d'un Land doivent être exprimés de façon unitaire, sous peine d'inefficacité.¹² Peuvent être appelés à faire partie du Bundesrat les premiers ministres et les ministres des Länder, les sous-secrétaires avec le rang de membres du cabinet, ainsi que les bourgmestres et les sénateurs des villes-État (dans ce cas, il y a cumul des mandats, avec la fonction électorale au niveau communal).¹³

On se trouve donc dans une situation de cumul des mandats, puisque les membres du Bundesrat font partie de l'exécutif du Land d'appartenance, et à la fois sont membres d'un organe législatif fédéral. Sont possibles les cas de cumul entre la fonction de parlementaire (au niveau du Land), de membre du gouvernement, de membre du Bundesrat et de président du Bundesrat lequel, au titre de la LF,¹⁴ est appelé à assurer l'intérim du Président de la République. Les immunités et les indemnités sont liées aux fonctions exercées dans le Land d'appartenance. Le président est élu sur la base d'une rotation et reste en fonction pendant un an.¹⁵

Par conséquent l'organisation fédérale est une source importante de légitimation du Bundesrat. La participation des Länder à la formation de la volonté politique au niveau central est l'une des plus grandes expressions du système fédéral, d'autant que les membres du Bundesrat opèrent sous la contrainte d'un mandat, et c'est précisément cette contrainte qui leur permet d'exprimer leur position de façon unitaire. En vertu de ce principe, les Länder influencent les nominations des membres et les voix

¹² Hartmut Maurer, *Staatsrecht I*, München 2010, § 16, Rn. 8.

¹³ Schmidt, *Der Bundesrat. Geschichte, Struktur, Funktion*, cit., p. 664.

¹⁴ Art. 57 LF.

¹⁵ Art. 52 al. 1 LF.

exprimées au sein du Bundesrat. Nous avons en conséquence une représentation fédérale des acteurs fédérés qui fait office de contrepoids aux pouvoirs centraux, représentés par le Gouvernement fédéral et par le Bundestag.¹⁶

À cette fonction s'ajoute la légitimation démocratique (indirecte) du Bundesrat, s'agissant d'un organe composé d'exposants du gouvernement qui sont néanmoins liés, bien qu'indirectement, aux parlements et aux électeurs de chaque Land. Comme le dit la LF, en effet, « par l'intermédiaire du Bundesrat, les Länder participent à la législation et à l'administration de la Fédération, et aux affaires de l'Union européenne », vu qu'au titre de l'art. 23 LF le Bundesrat joue un rôle de premier plan dans le processus d'intégration européenne.¹⁷

2.2. *Rôle charnière du Bundesrat dans le sens vertical et horizontal*

Le Bundesrat est un organe fédéral, même s'il est formé de représentants des Länder. Il favorise l'intégration des Länder dans leurs relations avec la Fédération, mais aussi les relations de la Fédération avec les Länder et des Länder entre eux. Il se place ainsi à l'interface entre pouvoirs divers, autant au niveau horizontal que vertical. Au niveau horizontal, il sert de contrepoids au gouvernement fédéral et à la majorité qui le soutient dans le Bundestag, vu que la couleur politique n'est souvent pas la même. Au niveau vertical, il relie le pouvoir exécutif des Länder au pouvoir législatif au niveau fédéral.¹⁸

La fonction législative du Bundesrat ne concerne pas seulement les lois, mais aussi les règlements, les normes administratives et les règlements internes. Le Bundesrat a un droit d'initiative législative. Dans les cas expressément prévus par la Constitution,

¹⁶ Maurer, *Staatsrecht I*, § 16, Rn. 10.

¹⁷ Art. 50 LF.

¹⁸ Schmidt, *Der Bundesrat. Geschichte, Struktur, Funktion*, cit., p. 675.

l'approbation du Bundesrat est – comme on l'a vu – obligatoire (*Zustimmungsgesetze*). En l'absence d'accord, la question est déferée, sans navette, à une « Commission de conciliation » (*Vermittlungsausschuss*). Dans les cas où l'approbation du Bundesrat n'est pas obligatoire, nous avons un « *Einspruchsgesetz* », lorsque le Bundesrat a l'intention de formuler des objections à une proposition de loi.¹⁹ Dans cette hypothèse, il devra avant tout demander l'intervention de la Commission de conciliation, mais c'est le Bundestag qui aura le dernier mot.²⁰

En conclusion, il y a lieu d'évoquer rapidement le rôle des communes, qui, en Allemagne, n'ont pas, dans la perception collective, la fonction de premier plan qui est historiquement la leur dans la réalité italienne et française. La LF²¹ leur garantit fondamentalement le droit à la libre administration (*kommunale Selbstverwaltung*). Cependant, elles ne sont pas reconnues comme des sujets de l'État fédéral à part entière, et elles sont dans un certain sens reléguées dans l'ombre, à cause du rôle prédominant des Länder. Un renforcement de la position des communes en Allemagne entraînerait non seulement une plus grande accentuation de leur autonomie, mais aussi une implication plus forte dans la procédure législative. Au niveau des Länder, différents textes constitutionnels prévoient expressément un droit d'écoute des communes, des groupements de communes et de leurs associations faîtières dans la procédure d'approbation des lois. De plus, plusieurs communes et circonscriptions prévoient des droits de participation. En Rhénanie-Palatinat, un organe consultatif au niveau gouvernemental et parlementaire a également été créé. Cet organe, dénommé

¹⁹ Maurer, *Staatsrecht I*, cit., § 16, Rn. 25.

²⁰ Art. 77 al. 2 LF.

²¹ Art. 28 al. 2 LF.

« Kommunalrat », a la faculté d'adresser des recommandations aux deux organes constitutionnels.²²

Au niveau fédéral, le pouvoir de représentation des communes est jugé particulièrement faible, bien que le règlement intérieur du Bundestag prévoie que les organisations faîtières des communes puissent formuler un avis avant qu'une commission législative ne statue sur des questions d'intérêt communal particulier.²³ Dans le système fédéral allemand, la dimension communale reste au contraire fondamentalement absorbée dans la compétence des Länder et du Bundesrat. On ne souligne pas assez cette derrière articulation de l'autonomie territoriale, et le fait que les intérêts des deux niveaux de gouvernement aient souvent tendance à ne pas coïncider.²⁴

Au titre de résumé il faut souligner que le législateur constitutionnel allemand a opté avec détermination pour un bicamérisme différencié, évitant d'instituer une seconde chambre qui serait, comme dans le cas italien, un doublon de la première. Le Bundesrat incarne le principe de la territorialité et de la division verticale du pouvoir. De plus, il permet au pouvoir exécutif de participer à la procédure législative et ainsi d'apporter le savoir-faire de la bureaucratie ministérielle. Par ailleurs, le Bundesrat a une double physionomie, car il représente aussi bien les intérêts des Länder que ceux des partis.

D'une part, l'élément de différenciation est donné par son absence d'influence sur l'élection du chancelier fédéral et du Président de la République, qui sont des prérogatives du Bundestag, et de l'autre, par le mandat impératif et par le vote unitaire de chaque Land, ce qui permet également d'exprimer un vote en cas d'absence d'un

²² Karl-Peter Sommermann, *Kommunen und Föderalismusreform, Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2005/I*, p. 69. L'auteur renvoie à l'art. 71 al. 4 de la Constitution du Bade-Wurtemberg et à l'art. 97 al. 4 de la Constitution brandebourgeoise.

²³ Ibid., p. 69.

²⁴ Ibid., p. 70.

représentant, puisqu'il ne s'agit pas d'un vote personnel. Ainsi, le Bundesrat fait fonction de chambre de compensation, surtout lorsque la majorité en son sein est différente de la majorité gouvernementale. Cet équilibre des rapports de force est défini en tant que « *Oppositionsfunktion* » et implique la formation de ce qui est appelé la « grande coalition informelle » entre la majorité et l'opposition, afin de parvenir à une position partagée.

C'est dans cette direction que tendait également la réforme italienne, où la loi a établi pour l'heure, en des termes à peu près généraux, l'incompatibilité entre le mandat parlementaire et une charge électorale locale. En revanche, la nouvelle composition du Sénat était destinée à encourager un véritable cumul des mandats entre la seconde chambre du parlement et les autonomies territoriales, comme l'explique le paragraphe suivant.

3. GÉNÉRALITÉS SUR LA RÉFORME DU SÉNAT ITALIEN : OPTION POUR LE CUMUL DES MANDATS

Dans le système italien, qui a un régime bicaméral paritaire, le problème s'est récemment posé, avec une virulence croissante, de savoir si la chambre haute (Sénat), conçue à l'origine comme « Chambre de réflexion », ne faisait pas plutôt office de « Chambre de démolition », rendant les processus décisionnels lents et décousus, compte tenu également des différents rapports de force entre les deux chambres.²⁵ D'un point de vue historique, le « bicamérisme parfait », à savoir l'égalité des pouvoirs et des fonctions de la Chambre et du Sénat, a été le fruit d'un compromis entre deux visions opposées de la seconde chambre. La première vision était celle nettement abolitionniste de la gauche, qui affirmait l'indivisibilité de la volonté populaire, raison pour laquelle la seconde chambre était jugée inutile, voire contre-productive. À l'inverse, le Sénat fut voulu par la démocratie chrétienne et par les partis laïques, même s'ils étaient partagés

²⁵ Valerio Strinati, *Il bicameralismo nell'Italia repubblicana: la Costituente e il Senato*, www.patriaindipendente.it/persone-e-luoghi/servizi/il-bicameralismo-nellitalia-repubblicana-la-costituente-e-il-senato.

entre une solution néocorporative (Chambre des professions) et la création d'un organe de représentation des collectivités territoriales (Chambre des régions).²⁶ Le résultat a été le bicamérisme parfait.

Cette forme de bicamérisme a été définie comme une « anomalie bien italienne » et une « incongruité constitutionnelle ».²⁷ Pour tenter de récupérer la gouvernabilité, deux options ont été envisagées : l'option radicale du monocamérisme, qui a été écartée au profit du choix plus modéré du bicamérisme différencié, jugé nécessaire dans des États fédéraux ou à forte vocation régionaliste tels que l'Italie, dans l'intention d'obtenir justement un renforcement de la composante territoriale de la seconde chambre.²⁸ En effet, la seconde chambre, autrefois lieu de cristallisation des intérêts régionaux vis-à-vis de l'État central, s'était transformée progressivement en une arène de lutte supplémentaire entre les forces des partis.

Le problème est devenu encore plus épineux dans les années quatre-vingt-dix, ce qui a provoqué la création des Conférences État-régions et État-villes et autonomies locales en 1997, dans le but de créer un pont entre les autonomies territoriales, au niveau des organes exécutifs et non des organes législatifs.

Ces considérations nous aident à comprendre pourquoi le Gouvernement Renzi, au lieu de mettre d'emblée en place un plan économique courageux, centré sur le rabotage des dépenses nécessaire pour réduire la dette publique déferlante, s'est d'abord attelé à la réforme du bicamérisme.²⁹ Cette démarche est justifiée considérant que

²⁶ Francesco Morosini, *Il rebus della doppia camera*, Il Piccolo, 31.7.2014, p. 1.

²⁷ Discours du président Giorgio Napolitano à la „cérémonie de l'éventail“, Rome 22.7.2014 (p. 4 du manuscrit).

²⁸ Beniamino Caravita, *Riforma e referendum: un metodo che unisce*, in : www.federalismi.it n° 7/2016, p. 4.

²⁹ Anna Maria Poggi, *I “tempi” e le “priorità” delle riforme tra ricette tecniche ineccepibili e necessità di soluzioni politiche indispensabili*, in : www.federalismi.it n° 16/2014, p. 1 s.

malgré les graves problèmes conjoncturels qui tenaillent actuellement l'Italie, cette réforme constitutionnelle était certainement un maillon essentiel pour permettre de sortir de l'impasse dans laquelle se trouve le pays, et de faire en sorte que le Parlement devienne à la fois le siège de la représentation nationale et le relais avec les instances de la périphérie.³⁰

La réforme du Sénat, voulue par le gouvernement Renzi et définitivement approuvée par le Parlement, mais malheureusement rejetée le 4 décembre 2016 par un référendum, prévoyait essentiellement une nette réduction du nombre des sénateurs, qui seraient passés des 315 actuels à 100, ainsi répartis : 21 maires (1 par région, 2 pour les Provinces autonomes de Trente et Bolzano) et 74 conseillers régionaux, en plus de 5 personnalités illustres (« citoyens qui ont illustré la patrie pour leurs très hauts mérites »), nommées par le président de la République.³¹ La durée de leur mandat devait être de sept ans et n'être pas renouvelable. Ces hommes et femmes illustres devaient remplacer les sénateurs à vie et devaient être choisis d'après les mêmes critères. Les sénateurs ne devaient plus être élus directement par les citoyens ; il s'agissait en revanche d'une élection au second degré, qui aurait porté au Sénat des maires et des conseillers régionaux. La durée du mandat des sénateurs devait coïncider avec celle des organes territoriaux d'appartenance. La répartition des sièges entre les différentes Régions devait se faire « proportionnellement à leur population », mais aucune Région ne pouvait avoir moins de deux sénateurs. Le système devait être proportionnel pour éviter que celui qui a la majorité dans la Région ne s'accapare de tous les sièges

³⁰ Proposition de loi constitutionnelle n° 2613-D du 12.4.2016 (*Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione*) ; voir Raffaele Bifulco, *Osservazioni sulla riforma del bicameralismo*, (d.d.l. cost. A.C. 2613-A), in : *Le Regioni 2015*, p. 69.

³¹ Artt. 57 et 59 Cost.

disponibles.³² Les conseillers régionaux et les maires élus au Sénat ne devaient recevoir aucune indemnité (à l'exception des sénateurs nommés par le président de la République), ce qui devait entraîner une économie importante pour l'État.³³

La compétence législative serait devenue fondamentalement l'apanage de la Chambre des députés. Le Palais Madame devait avoir beaucoup moins de pouvoirs, ce qui signifiait la fin du bicamérisme parfait : avant tout, le Sénat n'aurait pu plus voter la confiance dans les gouvernements en place, et il aurait eu pour rôle principal d'assurer le « relais entre l'État et les autres collectivités constitutives de la République », à savoir les régions et les communes. Le Sénat aurait dû conserver un pouvoir de vote proprement dit uniquement sur les réformes constitutionnelles, les lois constitutionnelles, les lois sur le référendum populaire, les lois électorales des collectivités locales et les ratifications des traités internationaux, ainsi que sur des thèmes sensibles du point de vue éthique.³⁴

Le Sénat aurait perdu sa fonction législative prédominante et se serait caractérisé par son rôle de lien avec l'UE et les autres autonomies, d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, ayant la possibilité d'exprimer des propositions de modification, y compris sur les lois qui ne relevaient pas de ses compétences. Chaque projet de loi approuvé à la Chambre des députés aurait été immédiatement transmis au

³² Art. 57 al. 2 Cost. Voir Luca Castelli, *Le buone ragioni dell'elezione indiretta del Senato*, in : www.federalismi.it n° 18/2015 du 23.7.2014, p. 2 s.

³³ Francesco Palermo/Sara Parolari, *Riforma costituzionale e Regioni*, EURAC book 66, Bolzano 2015 ; voir aussi Roberto Bin/Ilenia Riggiu, *La rappresentanza territoriale in Italia. Una proposta di riforma del sistema delle conferenze, passando per il definitivo abbandono del modello Camera delle Regioni*, in : *Le Istituzioni del Federalismo* 6/2006, p. 903 ; Francesco Palermo/Matteo Nicolini, *Pluralismo e limiti della rappresentanza in prospettiva comparata*, Napoli 2013 ; Danilo del Gaizo, *Riforme costituzionali e riorganizzazione territoriale*, in : www.federalismi.it n° 15/2014 du 23.7.2014, p. 1 s.

Ebd., S. 70 ff.

³⁴ Art. 55 Cost.

Sénat de la République qui aurait disposé de dix jours pour décider de l'examiner, à la demande d'un tiers de ses membres, et de trente jours pour statuer sur ses modifications, lesquelles devaient être introduites par la Chambre ou refusées dans les 20 jours suivants.³⁵ La situation devait être plus complexe concernant les lois à propos des pouvoirs des régions et des collectivités locales, sur lesquelles le Sénat conservait de plus grandes prérogatives. Dans ce cas, pour rejeter les modifications, la Chambre aurait dû s'exprimer à la majorité absolue de ses membres. Sur la loi de finances, la Chambre aurait pu statuer en dernière instance et décider, à la majorité simple, de ne pas se conformer aux remarques du Sénat. Le long chemin parsemé d'embûches de la réforme constitutionnelle, qui comprenait par ailleurs de nombreux autres thèmes « chauds » (nouvelle réglementation du référendum et des lois d'initiative populaire, disparition des provinces et de la législation concurrente, suppression du CNEL – Conseil national de l'économie et du travail –, plafonnement des salaires de président et conseillers régionaux, etc.) a comporté, en tant que norme constitutionnelle, après six navettes entre le Sénat et la Chambre des députés la soumission de la réforme à l'approbation populaire au moyen d'un référendum, qui a rejeté le 4 décembre 2016 la modification de la charte constitutionnelle.

Pour bien comprendre la situation italienne il est d'ailleurs utile de considérer le cadre général qui est, par certains aspects, comparable au système français. L'Italie est aussi caractérisée par une forte fragmentation des centres décisionnels au niveau périphérique, compte tenu des nombreux niveaux de gouvernement prévus par la Constitution. Le rôle des communes y est particulièrement important, avec sa tradition très ancienne et son fort enracinement dans la culture politique. Si la France, avec une population d'environ 66 millions d'habitants, compte presque 36 000 communes,³⁶

³⁵ Art. 70 al. 3 Cost.

³⁶ Avant la réforme dite "des communes nouvelles" leur nombre était encore plus haut. Une commune nouvelle est le produit de la fusion de plusieurs communes. Le statut de commune nouvelle a été créé par l'article 21 de la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales. Ensuite a été adoptée le 16 mars 2015 la loi n° 2015-292 relative à l'amélioration du régime de la commune nouvelle, pour des communes fortes et vivantes, afin d'inciter à la création de communes nouvelles en instaurant un pacte

l'Italie, avec une population légèrement inférieure, en compte néanmoins plus de 8 000. À cela s'ajoutent les Provinces (que la réforme constitutionnelle se proposait d'abolir), les villes métropolitaines, les Régions, et enfin un Parlement pléthorique composé de presque mille élus, députés et sénateurs.

À l'instar du système français, pour qui le Sénat doit être une représentation des collectivités territoriales, ce qui est également prévu dans le modèle du Bundesrat allemand, la réforme italienne soutenait un plus fort ancrage du parlementaire dans le territoire, et une plus grande proximité du citoyen. De cette manière, un État d'origine centraliste, comme l'Italie, faisait avancer son projet de décentralisation des processus décisionnels, en essayant de réaliser un délicat équilibre entre les députés qui représentent la nation, et les sénateurs comme expression des autonomies territoriales.

4. APERÇU DE LA QUERELLE SUR LE CUMUL DES MANDATS EN FRANCE

Afin de compléter le cadre de l'analyse comparative, il est utile de souligner certains des éléments qui différencient nettement la culture juridique française des cas précédemment cités. En France, la question du cumul des mandats est toujours d'actualité, d'autant que l'on assiste à intervalles réguliers à un chevauchement de réformes sur le sujet.³⁷ En 2014, l'Assemblée nationale française a définitivement approuvé deux lois relatives au cumul des mandats locaux, nationaux et européens.³⁸ Plus particulièrement, la loi organique n° 125 interdit le cumul entre les fonctions

financier qui garantit pendant trois ans le niveau des dotations de l'État aux communes fusionnant en 2015 ou 2016. Voir <http://www.courrierdesmaires.fr/48010/communes-nouvelles-mode-demploi/>.

³⁷ Voir Laurent Bach, *Faut-il abolir le cumul des mandats?*, Paris 2012, S. 9 ff ; Abel François/Julien Navarro, (dir.), *Le cumul des mandats en France*, Bruxelles 2013.

³⁸ Loi organique n° 2014-125 du 14 février 2014, interdisant le cumul des fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur ; loi n° 2014-126 du 14 février 2014 interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de représentant du Parlement européen.

exécutives locales et le mandat de député ou de sénateur à partir de 2017, alors que la loi ordinaire n° 126 concerne les parlementaires européens pour qui l'interdiction entrera en vigueur en 2019. La loi n° 125 (art. 1) insère dans le Code électoral l'article LO141-1 qui prévoit l'incompatibilité entre le mandat parlementaire et notamment les fonctions de maire, de maire d'arrondissement, d'adjoint au maire, de président et vice-président d'établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), de président et vice-président du conseil régional, de syndicat mixte, etc. Le mandat parlementaire devient également incompatible avec les fonctions de président et de vice-président du conseil d'administration d'une série d'établissements publics (Art. LO147-1).³⁹ Cependant, l'interdiction n'empêche pas au parlementaire (ou au membre du Parlement européen) d'acquiescer un mandat local simple, par exemple de conseiller, puisque l'interdiction de cumul n'est valable que pour les fonctions exécutives.

Cette réglementation est la dernière d'une série de limitations introduites à partir des années 70 au cumul des mandats, mais malgré cela, la propagation des « cumulards » n'a pas sensiblement diminué. Les premières règles en la matière remontent à 1985 (loi organique n° 85-1406),⁴⁰ et elles ont été adoptées à la suite de l'approbation des premières lois sur la décentralisation. Elles interdisent aux parlementaires de disposer de plus d'un mandat entre celui de membre du Parlement européen, de conseiller régional et général et de maire d'une commune de plus de 20 000 habitants. La loi organique n° 85-1406, intervenant sur les mandats locaux, a introduit la limite de deux mandats parmi ceux précédemment décrits, ainsi que le cumul entre les fonctions de président du Conseil général et du Conseil régional. Sont intervenues ensuite la loi organique n° 2000-294⁴¹ et la loi 2000-295,⁴² relatives aux

³⁹ Art. LO147-1 créé par la loi [organique n° 2014-125 du 14 février 2014 - art. 4](#). Voir Servizio studi del Senato, L'introduzione in Francia del divieto di cumulo tra mandato parlamentare e funzioni esecutive locali, nota breve, mars 2014.

⁴⁰ Loi organique n° 85-1405 du 30 décembre 1985 tendant à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions électives par les parlementaires.

⁴¹ Loi organique n° 2000-294 du 5 avril 2000 relative aux incompatibilités entre mandats électoraux.

incompatibilités applicables aux élus locaux, aux représentants du parlement européen et entre les fonctions exécutives locales. Les lois promulguées en 2014 prévoient en substance, pour les parlementaires (y compris européens), d'avoir un seul mandat local, en interdisant le cumul avec les fonctions exécutives locales ainsi que le cumul avec certaines fonctions non électives.⁴³

5. CONCLUSIONS

Compte tenu de l'exposé sur la situation allemande et italienne, il semblerait que le cumul des mandats soit un problème institutionnel uniquement en France, déterminé par l'enracinement profond du phénomène dans la réalité politique et par son extraordinaire diffusion, que le pays essaie d'endiguer depuis des décennies.

Au contraire, dans la réalité allemande, le rapprochement entre le centre et la périphérie et le conflit d'intérêts potentiel entre la fonction législative et les prérogatives de l'exécutif au niveau local ne semblent pas être un thème controversé. La récente réforme du fédéralisme a maintenu cette forme d'intégration verticale du pouvoir, centrant plutôt l'attention sur une plus grande dissociation des compétences (appelée « *Entflechtung* », littéralement « démêlage ») et en conséquence, sur une différenciation plus marquée des pouvoirs des deux organes législatifs fédéraux.

Contrairement à ce qui se passe en France, où l'on tente depuis des décennies d'endiguer le cumul des indemnités (des mandats), la réforme du Sénat italien représentait une mesure qui permettait d'alléger et d'accélérer le parcours législatif, et elle était pensée pour encourager une réduction des coûts de la politique.

⁴² Loi n° 2000-295 du 5 avril 2000 relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions et à leurs conditions d'exercice.

⁴³ Bach, Faut-il abolir le cumul des mandats?, cit., p. 13 ss.

On ne peut pas nier que le cumul entraîne une concentration du pouvoir. En France, les détracteurs du cumul des mandats mettent en cause une gestion féodale des fonctions politiques, alléguant qu'un petit nombre de mandataires parviendrait à s'accaparer de toutes les charges politiques les plus recherchées. En revanche, les partisans du cumul soutiennent une position « libérale » et méritocratique, selon laquelle les « cumulards » seraient les politiciens les plus brillants, habiles et experts, dépositaires d'un capital politique considérable, que les électeurs récompenseraient en leur attribuant simultanément plusieurs fonctions différentes.⁴⁴ Pour combattre une torsion personnaliste excessive, la réforme du Sénat italien prévoyait que les maires et les conseillers régionaux, appelés à faire partie du Sénat, devaient être élus d'après le système proportionnel.

En général, le cumul des mandats comporte une transformation de l'activité parlementaire. D'une part, l'implication directe des exposants des autonomies locales enrichit certainement le travail parlementaire, en encourageant un plus fort enracinement territorial, une connaissance plus approfondie des problèmes locaux et une plus grande proximité du citoyen. D'autre part, il réduit physiquement le temps consacré par les députés/sénateurs au travail parlementaire, et déplace par ailleurs l'attention sur des questions particulières, en encourageant la fragmentation de la discussion politique et le localisme. Le maire-sénateur (en France également le député-maire) se sentira particulièrement mis en cause lorsque les questions traitées concerneront directement le territoire d'où il vient, et il sera moins intéressé par l'approfondissement de thèmes d'importance nationale, qui n'ont pas de retombée immédiate sur sa commune.

Le remède contre ce particularisme peut consister à valoriser davantage le travail parlementaire. En France, le cumul des mandats est justifié en arguant de l'absence d'intérêt pour le rôle parlementaire, l'anonymat et l'impersonnalité de l'Assemblée et les faibles possibilités d'exercer une influence directe sur les décisions à

⁴⁴ *Ibid.*, p. 10 s.

prendre. Ces maux sont aussi ceux du système italien, où l'exigence d'une valorisation (et d'une rationalisation) du travail des députés et des sénateurs se fait particulièrement sentir. C'est dans cette optique qu'il faut voir la réforme du Sénat, qui a monopolisé la discussion politique des derniers mois. Outre la réduction des coûts de la politique, un redimensionnement d'un organe hypertrophié et l'élimination de navettes inutiles et éreintantes entre une chambre et l'autre, au cœur de la réforme il y avait précisément une volonté de décentralisation et la diffusion de l'expérience des organes exécutifs et législatifs locaux dans l'arène parlementaire.

Après trois années de discussions, la réforme italienne doit maintenant entamer un nouveau parcours au Parlement. Comme l'a tristement affirmé Tomasi di Lampedusa dans son chef-d'œuvre « Le Guépard », la tentation a été trop forte « de tout changer pour que rien ne change ».

**GROUPEMENTS DE COMMANDES ET CENTRALES D'ACHATS
PUBLICS EN FRANCE APRES LA TRANSPOSITION DES DIRECTIVES
EUROPEENNES DE 2014**

Antony TAILLEFAIT¹

INDEX

- 1. LES MISSIONS DES INSTITUTIONS DE MUTUALISATION DES
ACHATS PUBLICS**
- 2. LA CREATION D'INSTITUTIONS DE MUTUALISATION DES
ACHATS PUBLICS**
- 3. L'INTERNATIONALISATION DES INSTITUTIONS DE
MUTUALISATION DES ACHATS PUBLICS**

Dans les États européens, la commande publique n'est pas seulement orientée par les principes de transparence et de mise en concurrence². Elle est aussi guidée par des considérations financières et administratives, lesquelles, en France, tournent autour d'un principe de protection des deniers publics. Les formules des groupements de commandes et de centrales d'achats ont un tel rôle d'optimisation financière et technique de la commande publique par les mutualisations qu'elles permettent, par les simplifications qu'elles

¹ Professeur de droit public à l'Université d'Angers. Ancien coordonnateur de groupements départementaux d'achats publics

² Voir A. Taillefait, *La transposition des directives Marchés*, dans Ph. Bonnetcarrière et M. Bourquin (dir.), *Passer de la défiance à la confiance. Pour une commande publique plus favorable aux PME*, éd. du Sénat, Mission commune d'information publique, oct. 2015, rapport n° 82, T. II, pp. 227-234

autorisent, par les coopérations qu'elles mobilisent et en définitive par les économies d'échelles qu'elles généralisent.

En France, les groupements de commandes publiques connaissent un regain d'intérêt depuis la libéralisation des secteurs de l'énergie, principalement ceux du gaz et de l'électricité. La sophistication des types de contrat public et leurs modalités de passation, le nombre imposant de pouvoirs adjudicateurs (près de 60 000 en France), l'absence de compétences professionnelles chez un grand nombre de ces acheteurs publics plaident aujourd'hui, plus encore qu'auparavant, pour une mutualisation des commandes publiques. Peut-être faut-il aussi voir dans ces progrès des groupements d'acheteurs publics une manière de contrer la concentration des opérateurs économiques.

Les groupements de commandes publiques, aujourd'hui prévus par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 (art. 28), ont soulevé de nombreuses difficultés juridiques que le droit de l'Union européenne et le droit français ont réduit assez nettement mais pas complètement. Par exemple, les rapports entre le régime des groupements et les règles de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique, dite « loi MOP », ne sont pas totalement élucidés. Cette loi en effet interdit au maître de l'ouvrage, c'est-à-dire la personne morale pour laquelle l'ouvrage est construit, de se dessaisir de ses missions³. Les conditions du respect de l'allotissement par ces mêmes groupements viennent seulement d'être clarifiées par le Conseil d'État⁴.

³ Voir ci-après

⁴ CE, 18 septembre 2015, req. n° 389740, *Syndicat intercommunal des eaux du Bas Roubion*, *Actualités Juridiques Droit Administratif*, éd. Dalloz, n° 10/2016, p. 547, note J.-B. Vila : Les dispositions du Code des marchés publics, reprises par l'ordonnance du 23 juillet 2015, prévoient le principe d'une dévolution des marchés publics par lots et définissent les hypothèses dans lesquelles un marché global peut-être conclu. Elles sont « applicables lorsqu'un groupement de commandes est constitué ». Les documents de consultation peuvent prévoir que plusieurs marchés distincts seront passés, par ex. l'un avec le syndicat intercommunal, coordonnateur du groupement de commandes, deux autres avec deux communes membres dudit syndicat. Toutefois, les règlements de consultation ne peuvent pas « légalement prévoir que les trois marchés distincts qui devaient être conclus devaient l'être avec le même attributaire ».

Les groupements de commandes publiques sont de création très ancienne⁵. Les centrales d'achats, inspirées du secteur privé de la grande distribution, sont plus récentes. Jusqu'au début des années 2000, l'Union des groupements d'achats publics – l'établissement public UGAP créé en 1968⁶ – et l'Économat des armées – service ministériel créé en 1926⁷ – constituaient les deux seules institutions de ce type.

Au regard des principes généraux de la commande publique, les centrales d'achats françaises ont connu des déboires, lesquels n'ont pas incité les pouvoirs publics à les multiplier⁸. Avec la densification de la notion de « centrale d'achats » par la directive 2004/18 du 31 mars 2004⁹, la création et l'usage de telles structures ont été en grande partie sécurisés.

Cette sécurisation juridique plus importante a d'ailleurs permis de songer à consacrer l'existence d'une mutualisation transfrontière des achats publics donnant de cette manière une fonction supplémentaire à la coopération transfrontalière.

Dans le cadre étroit de cette étude, ces difficultés juridiques peuvent être mises au jour tant lors de la mise au point de leurs missions (I), que lors de la création d'institutions de mutualisation des achats publics (II) et que lors de l'internationalisation de leur action (III).

⁵ Voir A. Taillefait, les nouveaux groupements de commandes publiques, revue *Contrats et marchés publics*, éd. LexisNexis (Paris), n° 8, août 2001, chronique 12, pp. 4 à 10 ; J. Bernard-Chatelot, Les efforts de rationalisation : les groupements nationaux d'achats publics, *Revue française d'administration publique* 1985, n° 33, p. 9

⁶ Décret n° 85-801 du 30 juillet 1985 relatif au statut et au fonctionnement de l'UGAP

⁷ Code de la défense, article R. 3421-2

⁸ Voir A. Taillefait, Coordination, groupements de commandes en centrales d'achats, revue *JurisClasseur contrats et marchés publics*, éd. LexisNexis (Paris), étude n° 50 (2010)

⁹ PE et Cons. UE, dir. 2004/18/CE, 31 mars 2004, *JOUE* n° L 134, 30 avril 2004, p. 114

1. LES MISSIONS DES INSTITUTIONS DE MUTUALISATION DES ACHATS PUBLICS

La mutualisation est une forme technique de coopération et de partage de ressources entre plusieurs personnes morales laquelle repose sur la mise en commun ou la mise à disposition de services ou de biens pour la réalisation de missions propres à chacune de ces personnes. Les missions dévolues aux groupements de commandes publiques comme aux centrales d'achats confirment bien, on ne pouvait en douter, qu'il s'agit bien de deux modes de la mutualisation.

A. Les groupements de commandes publiques sont une manière pour plusieurs personnes morales, dont une au moins est un acheteur public, c'est-à-dire soit un pouvoir adjudicateur soit une entité adjudicatrice, de rassembler leurs besoins afin de rechercher un opérateur économique propre à les satisfaire en respectant les dispositions de l'ordonnance du 23 juillet 2015. A l'issue de la procédure de mise en concurrence, un opérateur économique est choisi pour exécuter les prestations prévues par le contrat au bénéfice de l'ensemble des membres du groupement. Les adhérents s'engagent à signer avec le titulaire un marché correspondant à ses besoins et selon les quantités qui lui sont propres.

Le groupement de commandes publiques, lequel ne dispose pas de la personnalité morale, convient pour tous les types d'achats publics. Il est fréquemment mis en place pour l'achat de fournitures aussi bien standards (matériel informatique ou bureautique, papier, denrées alimentaires, énergie, etc.) que pour des achats complexes dans le domaine des technologies de l'information et de la communication¹⁰. Il l'est aussi de plus en plus en vue de procéder à des achats de services courants (nettoyage, gestion déchets, prêts de véhicules et d'outillage, etc.) ou de services numériques. La Cour des comptes notamment poussent les acteurs publics à utiliser cette forme de mutualisation de services. Celle-ci l'est aussi parfois pour des commandes groupées de travaux. Or ce que l'on peut qualifier de co-

¹⁰ Voir D. Adda, Mutualisation des achats complexes dans le domaine des TIC, *Contrats publics*, éd. Le Moniteur, n° 149, décembre 2014, p. 46 à 51

maîtrise d'ouvrage n'est pas sans soulever des difficultés juridiques qui en limitent l'emploi.

Le régime des groupements de commandes publiques de l'article 28 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 fait obstacle à ce que la maîtrise d'ouvrage soit déléguée au coordonnateur. Les personnes publiques lui préfèrent donc la co-maîtrise d'ouvrage (« Loi MOP », art. 2-II). Ce groupement de maîtres d'ouvrage présente un réel intérêt pour la réalisation de plusieurs ouvrages en commun ou pour la construction d'un ensemble immobilier dans lequel les ouvrages ou parts d'ouvrage de chacun des maîtres d'ouvrage sont très imbriqués. Le plus souvent il sera un groupement de contrats publics destinés à la construction d'immeubles qui sont la propriété de personnes publiques. A la différence du droit de l'Union européenne, le droit français impose – par principe mais assorti d'exceptions - la maîtrise d'ouvrage publique pour la construction d'équipements destinés aux collectivités publiques. La « loi MOP » (art. 2-II dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004) prévoit cette obligation mais rend possible, parmi les collectivités intéressées par une même opération de travaux, de désigner parmi elles, un maître d'ouvrage unique chargé d'exercer les compétences relevant de la maîtrise d'ouvrage pour l'ensemble de l'opération¹¹. Les groupements de co-maîtres d'ouvrage(s) sont davantage que des groupements de commandes publiques dans la mesure où ils visent à construire et à passer puis exécuter un ensemble de contrats publics souvent volumique. Cela dit, le principe d'unicité du maître d'ouvrage affirmé depuis 2004 en droit français a incité les collectivités locales-maîtresses d'ouvrage de confier à l'un des maîtres d'ouvrage du groupement des pouvoirs plus étendus que ceux attribués au titulaire (entreprise privée) d'un mandat de maître d'ouvrage délégué ou au coordonnateur d'un groupement de commandes constitué sur le fondement de l'article 28 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Il est difficile d'admettre que de cette façon les collectivités locales membres du groupement sont placées sous la tutelle d'une autre collectivité locale en contradiction avec les principes

¹¹ Réponse ministérielle à une question Parlementaire n° 91141, *J.O.* Assemblée nationale 29 mars 2011, p. 3116

constitutionnels¹². Elles maîtrisent les décisions par le biais de la convention qui fixe les compétences de la collectivité locale coordinatrice et mandataire¹³.

B. Conformément à la directive 2014/24/UE, (point 69 et art. 37), l'ordonnance du 23 juillet 2015 (art. 26-1) définit **les centrales d'achats** comme un acheteur public qui a pour objet d'exercer, à titre onéreux ou gratuit, des achats centralisés qui portent soit sur l'acquisition de fournitures ou de services, soit sur la passation de marchés publics de travaux, de fournitures ou de services destinés aux acheteurs publics. Les règles françaises ne répudient pas l'ambition du jurisléateur européen qui souhaite faire des centrales d'achats des outils adaptés et efficaces aux nouvelles exigences et pratiques des pouvoirs adjudicateurs (Dir. 2014/24/UE, considérant n° 69).

Les centrales peuvent intervenir selon deux modalités. En premier lieu elles ont la qualité de « grossiste » dans la mesure où elles achètent de manière autonome des fournitures voire des services qu'elles revendent ensuite aux pouvoirs adjudicateurs. Les relations entre ces derniers et les centrales s'effectuent hors les règles de la commande publique (Dir. 2014/24/UE, art. 37). Comme il s'agit de procéder à des reventes, les centrales ne peuvent pas proposer aux autres acheteurs publics, sans publicité ni mise en concurrence, des fournitures qu'elles ont elles-mêmes fabriquées ou des services qu'elles ont développés. Les centrales sont des acheteurs publics soumis à ces règles de la commande publique. En second lieu, elles ont un rôle d'« intermédiaire contractuel » soit comme mandataires des pouvoirs adjudicateurs c'est-à-dire en menant les procédures d'attribution du marché sur instructions de ces pouvoirs, soit comme intermédiaire autonome en ce sens qu'elles peuvent passer des marchés ou des accords-cadres pour les besoins, actuels et futurs des pouvoirs adjudicateurs qui souhaiteraient avoir recours à leurs prestations. Cet aspect des missions des centrales, et l'obligation de mener de manière

¹² Conseil constitutionnel, Déc. n° 2008-567 du 24 juillet 2008 à propos de la loi relative aux contrats de partenariat

¹³ *A contrario* : réponse ministérielle à une question Parlementaire n° 41109, J.O. Assemblée nationale 29 septembre 2016, p. 8415

permanente des activités d'achats centralisées, en font une formule de mutualisation des achats publics plus souple que les groupements de commandes publiques. L'assistance qu'apporte la centrale d'achats peut par exemple consister en une mise à disposition d'infrastructures techniques permettant aux acheteurs publics de conclure des marchés publics de travaux, de fournitures ou de services. Elle peut aussi apporter des conseils sur le déroulement ou la conception des procédures de passation des marchés publics. Elle prépare et gère des procédures de passation au nom de l'acheteur public et pour son compte. Les acheteurs publics leur confient ainsi tout ou partie de la procédure d'achat public. Chacun d'entre eux demeure cependant responsable de la part d'activités qu'il conserve.

Pour l'accomplissement de ces missions, une réflexion devrait toujours être menée pour déterminer à quel niveau la centralisation des achats est pertinente. Ce n'est qu'ensuite que la création d'institutions de mutualisation des achats publics devrait être envisagée.

2. LA CREATION D'INSTITUTIONS DE MUTUALISATION DES ACHATS PUBLICS

En période de basses eaux budgétaires, la mutualisation fait feu de tout bois dans les administrations européennes. Elle ne concerne pas seulement les achats publics mais bien d'autres secteurs¹⁴. Dans le champ de l'achat public aussi elle emporte une distinction entre la mutualisation conventionnelle, laquelle prend pour support juridique un accord contractuel de partage de compétences et de moyens, et une mutualisation institutionnelle par le truchement d'entités dotées de la personnalité morale. Les groupements de commandes publiques et les centrales d'achats s'inscrivent assez parfaitement dans cette distinction essentielle et commune à toutes les mutualisations de moyens.

A. Le groupement de commandes publiques n'est donc pas doté de la

¹⁴ Voir A. Taillefait, La réforme territoriale et le développement législatif de la mutualisation des moyens : élargissement ou resserrement des possibilités d'intervention locale ? *Revue Lamy Collectivités territoriales* mars 2012, n° 77, pp. 98 à 104

personnalité morale. Il est organisé au moyen d'une convention laquelle va notamment fixer la liste des membres du groupement, définir l'objet du groupement et donc du ou des marchés publics qu'il structure. La convention constitutive est un contrat administratif¹⁵ mais elle n'est pas un marché public de sorte que sa conclusion n'est pas soumise aux principes généraux de la commande publique. En revanche, dans l'exercice de son activité, le groupement devra bien entendu respecter le droit européen et national des marchés publics. A ce titre, il peut être créé temporairement pour la passation d'un marché déterminé. Il peut l'être aussi en vue de la conclusion de plusieurs marchés ou pour satisfaire des besoins administratifs récurrents. Une des limites de ce montage tient à ce que les conditions d'adhésion de nouveaux membres doivent être définies par la convention constitutive mais, par principe, l'adhésion n'est possible qu'« à l'occasion de la passation d'un nouveau marché par le groupement, et non pour les marchés qui seraient éventuellement en cours de passation ou d'exécution »¹⁶. Le droit des marchés publics impose, en effet, de définir précisément la nature et l'étendue des besoins préalablement à la passation d'un marché public (ordonnance du 23 juillet 2015, art. 30).

Même si les dispositions de l'ordonnance du 23 juillet 2015 (art. 28) sont plus évasives que celles du Code des marchés publics antérieur (art. 8)¹⁷, les stipulations de la convention constitutive doivent permettre l'identification du coordonnateur¹⁸ parce qu'elles sont déterminantes pour le fonctionnement du groupement. C'est lui qui sera chargé de préparer la procédure de passation du ou des contrats et de la mettre en œuvre pour le compte des membres. Par principe, chaque membre signe, pour ce qui le concerne, un

¹⁵ CE 13 juillet 2007, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris électricité et réseau de communication (SIPEREC)*, req. n° 299417

¹⁶ Réponse ministérielle à une question d'un parlementaire n° 100136, *J.O. Assemblée nationale* 17 mai 2011, p. 5146

¹⁷ Voir A. Taillefait, *Coordination, groupements de commandes en centrales d'achats*, revue *Contrats et marchés publics*, éd. LexisNexis (Paris), n° 2, février 2004, chronique 4, pp. 31 à 33

¹⁸ Cour administrative d'appel de Nantes, 22 décembre 2015, *Sociétés Titok Distribution et Titok Production*, req. n° 13NT03272

marché et l'exécute. Cependant, assez souvent, la convention de groupement prévoit une responsabilité plus grande du coordonnateur. Il peut se voir confié le soin de signer et de notifier le marché, chaque membre l'exécutant ensuite pour la part qui lui revient. Parfois aussi, le coordonnateur est chargé également de l'exécution. Si dans la formule la moins intégrée, il est signé autant de marché que de membre du groupement, dans la formule intégrée « complète », il n'est signé qu'un seul marché public. Dans cette dernière hypothèse, les membres du groupement demeurent solidairement responsables de l'exécution des obligations relatives au droit des marchés publics. D'une manière plus générale, l'article 28 III de l'ordonnance du 23 juillet 2015 autorise les collectivités membres d'un groupement de commandes à confier au coordonnateur le soin d'exécuter les marchés publics en leur nom. Ces dispositions ne dérogent pas au principe d'exclusivité de compétence du comptable public assignataire afin de procéder au recouvrement des recettes et au paiement des dépenses publiques¹⁹. Les membres du groupement qui confient au coordonnateur un mandat pour l'exécution du marché, lui confèrent les prérogatives de l'ordonnateur et non celles du comptable public. Le coordonnateur-mandataire peut de la sorte procéder à tout engagement juridique pour le compte des membres du groupement (signature du marché, d'avenant, décision de poursuivre, reconduction, réception, etc.). Toutefois, il n'a pas la possibilité de d'effectuer le paiement des dépenses publiques au nom et pour le compte des collectivités membres de ce groupement. L'exécution financière ne peut donc pas relever de ses missions c'est la raison pour laquelle les membres du groupement doivent prévoir dans la convention constitutive les modalités de rémunération du cocontractant qui permettent d'individualiser celle-ci pour chaque collectivité.

B. Les centrales d'achats, de leur côté, endossent des habits institutionnels très variés²⁰. Tout acheteur public peut en effet se constituer en centrale d'achats conformément

¹⁹ Article 18 du décret n°2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique. Voir A. Taillefait, Validité et validation de mandats portant sur des recettes et des dépenses publiques, revue *L'Actualité juridique droit administratif*, n°15/2015, 4 mai 2015, pp. 869-874

²⁰ Voir T. Rouveyran et A. Stratula, Quels organismes peuvent être qualifiés de centrale d'achat ?, revue *Contrats publics*, éd. Le Moniteur, n° 149, décembre 2014, p. 30 à 34

à ses statuts et à ses compétences légales. Les centrales peuvent ainsi être généralistes, porter sur un territoire ou être circonscrites à un secteur d'achats spécifiques. En Europe en général²¹ et en France en particulier²², de nombreuses centrales d'achats existent dans le secteur de la santé.

Le Code des marchés publics français (article 9) aujourd'hui abrogé disposait seulement que les centrales d'achat étaient des pouvoirs adjudicateurs. Cette définition était bancale dans la mesure où il faut aussi qu'elle soit habilitée à exercer les missions dévolues à ce type d'entité économique. L'ordonnance du 23 juillet 2015 (article 26) est moins partielle. Elle précise bien qu'une centrale est un acheteur public « *qui a pour objet d'exercer des activités d'achat centralisées* ».

Ces critères organiques et fonctionnels satisfaits, les centrales peuvent revêtir des formes juridiques laissées à la décision des collectivités publiques²³ : la forme associative comme la centrale d'achat du transport public (CATP) ; la forme d'un groupement de coopération sanitaire de moyens (GCS), la forme d'un groupement d'intérêt public tel le Réseau des acheteurs hospitaliers de l'Ile-de-France (Reash-Idf) ; la forme de syndicats intercommunaux ou mixtes ; etc. A nouveau, il faut rappeler que ces créations doivent respecter les règles de compétences définies par la loi tel pour les établissements publics le principe de spécialité précisé par leurs statuts constitutifs²⁴.

²¹ Voir G. M. Racca et S. Ponzio, La mutualisation des achats dans le secteur de la santé publique : les centrales d'achat et les accords-cadres dans une perspective comparative, revue *Droit administratif*, éd. LexisNexis, juillet 2011, chronique n° 12, pages 7 à 12

²² Voir L. Duhil de Bénazé, La centrale d'achat, nouveau vecteur d'efficience de l'achat hospitalier, *Contrats publics*, éd. Le Moniteur juillet 2010, n° 101, p. 46

²³ Voir Y. Simmonet, Centrales d'achat, en quête de précisions, revue *Contrats et marchés publics*, éd. LexisNexis (Paris), octobre 2015, chronique 7, p. 34 à 36

²⁴ Cour administrative d'appel de Marseille, ordonnance du 5 juillet 2004, n° 04MA01109, *Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest-Provence* : revue *Semaine juridique Administration et collectivités territoriales*, éd. LexisNexis, 2004, chronique n°1640, note S. Deliancourt

La création des centrales d'achats poursuit cependant des objectifs qui sont en partie contradictoires. Il va de soi que la massification des achats a l'avantage de faire diminuer le coût des prestations commandées. Dans le même temps, il s'agit d'éviter les effets d'une trop forte massification des achats sur l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique. Faute en Europe d'un *Small business act* à l'américaine, chaque centrale française tient à communiquer sur ses efforts en faveur de l'activité de ce type d'entreprise. Par exemple, l'UGAP a mis au point un « Pacte PME » lequel s'appuie sur un « Tour de France des PME » et la mise au point d'un « répertoire des PME ». Les professionnels de la centrale entretiennent des liens continus avec les milieux industriels afin d'identifier de nouveaux fournisseurs susceptibles d'optimiser le résultat des procédures de passation à mener. *« Cette connaissance de l'amont industriel permet ainsi de définir les allotissements les plus pertinents, ce qui facilite l'accès des PME lorsque leurs capacités techniques et financières sont insuffisantes pour satisfaire une prestation globale, au même titre que les possibilités de se grouper pour établir une offre conjointe »*²⁵. Depuis 2014, au demeurant, le droit des marchés publics plafonne le chiffres d'affaires minimal qui peut être exigé des candidats²⁶. Précisément, les acheteurs publics sont en droit d'exiger que les candidats réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal afin de garantir leur aptitude à satisfaire la bonne exécution du marché. Cependant, ils ne peuvent pas réclamer que ce chiffre d'affaires soit supérieur au double de la valeur estimée du marché. Cela semble autoriser l'accès à la commande publique de davantage de petites et moyennes entreprises.

Un niveau supplémentaire et européen de centralisation des achats publics tire les conséquences de la globalisation économique et de la concentration des entreprises. Les directives « marchés publics » de 2014 évoquent pour la première fois l'internationalisation des institutions de mutualisation des achats publics.

²⁵ Réponse ministérielle à une question d'un parlementaire n° 95852, J.O. Assemblée nationale 5 juillet 2016, p. 6224

²⁶ Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, article 44

3. L'INTERNATIONALISATION DES INSTITUTIONS DE MUTUALISATION DES ACHATS PUBLICS

« *La coopération internationale entre collectivités territoriales, écrit le professeur Jean-Bernard Auby²⁷, s'intensifie chaque jour, tout particulièrement dans la sphère européenne, où elle est encouragée à la fois par le Conseil de l'Europe et par l'Union européenne* ». Cette densité supranationale est bien celle de la mutualisation des achats publics par le biais des groupements de commandes publiques et des centrales d'achats.

A. Le groupement de commandes publiques peut être transfrontalier. Autrement dit (ordonnance du 23 juillet 2015, art. 28-IV), il peut être constitué de concert avec des acheteurs publics d'autres États-membres de l'Union européenne. Dans ce cas les membres du groupement doivent prévoir des stipulations dans la convention constitutive relative au droit applicable au marché public, choisi parmi les droits des États-membres dont ils relèvent. Cependant, la création du groupement ou seulement les conditions prévues par la convention constitutive ne doit pas avoir pour but de soustraire tout ou partie des membres à l'application de dispositions nationales qui intéressent l'ordre public. Des stipulations d'accords internationaux peuvent aussi limiter la création ou les conditions de fonctionnement des groupements de commandes publiques transfrontaliers.

La co-maîtrise d'ouvrage transfrontalière a pu être imaginée dans le cadre de traités internationaux prévoyant assez souvent une concession accessoire emportant un transfert de la maîtrise d'ouvrage à une personne morale de droit privé (tunnel sous la manche, tunnel de Turin à travers les Alpes, etc.) Toutefois, la convention-cadre de Madrid du 20 mai 1980 rend plus souple la coopération transfrontalière²⁸.

²⁷ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, éditions Montchrestien, collection « Clef politique », 2003, p. 40

²⁸ Voir A. Taillefait, *Coopération transfrontalière*, dans J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère, *Traité de droit administratif européen*, Bruylant (Bruxelles), 2^{ème} éd ; 2014, pp. 1285 à 1302

Si le but est bien de constituer une co-maîtrise d'ouvrage, le montage juridique est effectué par le truchement de la création de personnes morales spécifique assurant la maîtrise d'ouvrage. Le droit applicable peut être le droit français ou étranger ou un mixte entre les deux (Ordonnance du 23 juillet 2015, art. 29). Le district européen (Code général des collectivités territoriales, art. L. 1115-4-1) est un groupement local de coopération transfrontalière doté de la personnalité juridique pouvant exercer cette maîtrise d'ouvrage. Le groupement européen de coopération territoriale de droit français (Code général des collectivités territoriales, art. L. 1115-4-2) peut aussi avoir une telle utilité. Le Code général des collectivités territoriales (art. L. 1115-4) envisage aussi que les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, dans les limites de leurs compétences et dans le respect des engagements internationaux de la France, adhérer à un organisme public de droit étranger ou participer au capital d'une personne morale de droit étranger auquel adhère ou participe au moins une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales d'un État-membre de l'Union européenne ou d'un État-membre du Conseil de l'Europe.

B. Le principe de l'introduction des *centrales d'achats* dans la directive 2004/18 du 31 mars 2004 a été un point d'accord important entre les États-membres de l'Union européenne. De nombreuses législations nationales avaient déjà consacré leur existence : le CONSIP en Italie ; le Bureau fédéral d'achat en Belgique ; la HANSEL en Finlande. D'autres organismes comparables existaient déjà en Autriche, au Danemark ou en Suède.

En 2013, l'*European health public procurement alliance* (EHPPA), qui est une association de droit français réunissant des centrales d'achats de plusieurs pays européens, s'est constituée en centrale d'achat. Autrement dit, les formes institutionnelles exposées à propos des groupements européens de commandes publiques sont aussi valident pour la création de centrales d'achats publics européennes.

Ainsi donc, la mutualisation des achats publics est un remède à plusieurs maux de la commande publique. Aux asymétries d'informations dont sont sujets les contrats publics ; l'entreprise connaissant mieux ses coûts et l'environnement économique que la partie publique. Sur ce point la professionnalisation de l'achat public déjà existante dans les centrales d'achat et les groupements de commandes publiques repose aussi sur l'analyse

économique des marchés et des innovations qu'ils portent. La mutualisation remédie pour une bonne part à l'incomplétude contractuelle c'est-à-dire à l'impossibilité de prévoir les événements pouvant survenir pendant l'exécution du contrat : un contrat mieux préparé et rédigé est un contrat exécuté avec davantage de sérénité. Elle offre aux acheteurs publics un pouvoir de négociation plus grand sans que pour le moment il ne dérive vers une dépendance du fournisseur vis-à-vis de la centrale de référencement comme dans la grande distribution privée.

Mais la mutualisation des achats publics n'est pas non plus irénique. Outre les effets économiques pervers de la massification des achats, comme l'écrit le professeur Jean Tirole²⁹, prix Nobel d'économie, « *elle déresponsabilise et peut finalement conduire, comme nombre de plaintes quant aux achats centralisés l'attestent, à des prix plus élevés (le décideur n'est qu'en partie le payeur), une lenteur d'exécution ou une offre limitée et peu flexible face à des besoins spécifiques* ».

²⁹ S. Saussier et J. Tirole, *Renforcer l'efficacité de la commande publique*, Conseil d'analyse économique, note n° 22, avril 2015

FONCTION PUBLIQUE

L'HONNEUR ET LES HONNEURS

Frédérique LECOCQ¹

INDEX

1. LE CADRE REGLEMENTAIRE RELATIF AUX ORDRES NATIONAUX PROPRE A GARANTIR LE RESPECT DE L'HONNEUR

1.2. Présentation générale des Ordres nationaux et prérogatives du pouvoir réglementaire

2. L'EXAMEN *IN CONCRETO* DU CONTROLE OPERE PAR LE POUVOIR REGLEMENTAIRE ET LE JUGE ADMINISTRATIF ET LES INTERACTIONS AVEC LA DEONTOLOGIE DES PERSONNELS DES ADMINISTRATIONS

2.1. La procédure disciplinaire et les prérogatives du Conseil de l'ordre

2.2. L'examen de la jurisprudence afin de circonscrire in concreto la notion d'honneur ou d'actes contraires à l'honneur

En France et dans la plupart des pays, le gouvernement remet chaque année plusieurs médailles et décorations. Ces récompenses permettent de matérialiser la reconnaissance d'une distinction sociale, sous la forme d'insignes honorifiques ou

¹ Doctorante - Université d'Angers

d'honneurs, par métonymie, définis dans le Dictionnaire historique précité comme « les titres, les charges, les décorations qui sont appréciés dans la société ».

Les ordres nationaux français sont hérités des ordres du Moyen âge et obéissent à des principes qui engagent moralement celles et ceux qui y sont admis. Ce système de récompenses honorifiques français est fondé sur deux ordres nationaux à vocation universelle² : l'Ordre de la Légion d'honneur créé en 1802 par Bonaparte et l'Ordre national du Mérite créé en 1963 sous l'impulsion du Général de Gaulle. Lors de la cérémonie d'investiture, le Président de la République devient le grand maître et le garant suprême des ordres nationaux.

« La Légion d'honneur est la plus élevée des distinctions nationales. Elle est la récompense de mérites éminents acquis au service de la nation soit à titre civil, soit sous les armes. » (Code de la Légion d'honneur, articles R1). « L'ordre national du Mérite est destiné à récompenser les mérites distingués acquis soit dans une fonction publique, civile ou militaire, soit dans l'exercice d'une activité privée. » (Décret n°63-1196 du 3 décembre 1963 portant création d'un ordre national du Mérite, article 2).

Ces distinctions font l'objet d'une protection pénale laquelle renforce la solennité de leur obtention. L'article R 97 du code de la Légion d'honneur dispose qu'« Ainsi qu'il résulte de l'article 433-17 du code pénal, toute personne qui aura porté les insignes de la Légion d'honneur ou ceux d'une décoration française ou étrangère sans en avoir le droit sera punie des peines prévues audit article ». Autrement dit, le port illégal de décoration constitue un délit d'usurpation de titres au titre des atteintes à l'autorité de l'Etat et de

² Pour respecter le format de l'étude, ne seront traités parmi les distinctions honorifiques que les ordres nationaux.

l'administration publique, qui est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

La Nation s'attend à ce que le citoyen « honoré » par la remise d'une distinction honorifique, qu'il travaille ou non pour le service public, en soit digne et que son comportement ne soit pas « contraire à l'honneur ». Or en droit, les actes « contraires à l'honneur » sont répréhensibles et motivent des sanctions ou des peines. Cette étude n'a pas vocation à examiner les considérations liées à l'honneur³ en droit, même si, comme cela sera évoqué, le code de la légion d'honneur protège l'honneur et sanctionne le déshonneur.

Comment s'assure-t-on que l'honneur est présent et garanti chez les récipiendaires des « honneurs » ? *A fortiori*, si les personnes décorées travaillent au sein de la Fonction publique, est-ce que l'honneur professionnel et l'honneur du décoré répondent aux mêmes considérations ? Est-ce qu'ils nécessitent des devoirs convergents ?

Le droit de la fonction publique le plus récent apporte quelques éléments de réponse. Un des enjeux de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires est d'inscrire dans le statut général des fonctionnaires⁴ les principes de construction jurisprudentielle qui sont au cœur du fonctionnement des administrations publiques. En effet, cette loi consacre ainsi les valeurs que doit respecter le fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions : dignité, impartialité, intégrité, probité, neutralité, laïcité, égalité de traitement et respect de la liberté de conscience et de la dignité

³ La thèse *L'honneur et le droit* de Bernard Beignier publiée en 2014 aux éditions LGDJ, Lextenso éditions, collection Anthologie du droit, examine les interactions entre ces deux concepts et aborde notamment la loi de l'honneur dans les corps constitués, en lien avec la « gestion » de l'honneur dans les ordres nationaux.

⁴ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires

des usagers. Dans son ouvrage relatif à la déontologie des fonctions publiques⁵, M. le conseiller d'État Christian Vigouroux identifie dans la jurisprudence comme « contraires à l'honneur » les comportements contraires à la probité, à la dignité, en contradiction avec les exigences du métier, ou contraires à la loyauté. Une analyse de la jurisprudence l'amène à recenser l'honneur comme une valeur universelle présente dans le service public. Il souligne que « se dessine une conception de l'honneur professionnel mêlant la fidélité aux devoirs de la fonction et le comportement susceptible de mériter la confiance de l'utilisateur et de ses collègues ». Et d'ajouter que « l'on mesure combien l'honneur est indispensable à la déontologie administrative ».

M. le professeur Bernard Beignier, dans *l'Honneur et le droit*⁶, explique que Jean Domat « a tout expliqué » dans son ouvrage *Le Droit public*⁷ : « les différents caractères qu'il est nécessaire de considérer dans les diverses espèces de conditions et de profession sont l'honneur, la dignité, l'autorité, la nécessité et l'utilité. Car toute profession qui n'a aucun de ces caractères est par là illicite (...) On appelle *honneur d'une profession* ou condition, la considération distinguée qu'elle donne dans le public à ceux qui l'exercent. »

Le Conseil d'État fait de plus en plus référence à l'honneur lorsqu'il a à juger de la proportionnalité d'une sanction disciplinaire au regard d'une faute déontologique : des

⁵ Christian Vigouroux *Déontologie des fonctions publiques 2013-2014 : droits, obligations, garanties, discipline*, Paris, Dalloz, coll. « Dalloz référence », 2ème éd 2012.

⁶ Bernard Beignier *Ibid*

⁷ Jean Domat, *Œuvres complètes* éd. par Joseph Remy, Paris, 1829 T.III, p169

arrêts par exemple considèrent des faits de « sexisme ordinaire » comme des manquements à l'honneur⁸.

Ces éléments propres à la fonction publique montrent que le serviteur de l'Etat décoré doit être doublement digne aux yeux du citoyen et de sa profession et de la décoration qu'il a obtenu en raison de son mérite.

Pourtant, l'honneur n'est pas cité parmi les valeurs de la fonction publique dans la loi du 13 juillet 1983 portant Titre I du statut général des fonctionnaires, loi complétée par celle du 20 avril 2016 relative à la déontologie des fonctionnaires. Ces dispositions législatives ne traitent d'ailleurs aucunement des décorations. L'étude d'impact du projet de loi relative à la déontologie des fonctionnaires du 16 juillet 2013 présentée par le gouvernement (16 juillet 2013) mentionne cependant l'honneur par deux fois. La première fois pour illustrer les manquements à l'obligation de dignité. « Quelques jurisprudences permettent d'illustrer les manquements à l'obligation de dignité qui peuvent être considérés comme des manquements à l'honneur professionnel et à la loyauté envers le service. Par exemple, la dénonciation faite par un commissaire principal de police du comportement de ses supérieurs hiérarchiques et destinée à nuire à ces derniers, est un manquement grave aux obligations déontologiques de loyauté et de dignité (CE, 15 mars 2004, n° 255392). » La seconde fois pour traiter des conflits d'intérêt. L'étude d'impact précise que « La consécration des principes d'honneur, de probité et de désintéressement, qui visent à assurer l'indépendance et la neutralité de l'agent vis-à-vis des intérêts privés, conduisent à garantir le service de l'intérêt général. » L'honneur professionnel constituerait donc bien une obligation pour les personnels du service public même si la terminologie n'apparaît pas dans le statut général.

⁸ AJFP, juillet/août 2016 *Le « sexisme ordinaire » sanctionné*

Est-ce parce que la notion appartient à un registre lexical un peu suranné, comme le montre la lecture de la définition du mot « honneur » dans le dictionnaire de l'Académie française : « Sentiment d'une dignité morale, estimée au plus haut, et qui porte à des actions loyales, nobles et courageuses. Les lois, les règles de l'honneur. Code de l'honneur, ensemble des règles que doit observer une personne soucieuse de sa dignité. Le code de l'honneur des chevaliers » ? Nonobstant, l'honneur est une qualité fondamentale qui doit intéresser l'administration d'autant plus quand il s'agit de proposer un individu pour être nommé dans l'ordre de La Légion d'honneur, la plus élevée des distinctions nationales, ou dans l'ordre national du Mérite. *A fortiori*, quand « l'honneur est perdu » et qu'une sanction dans l'Ordre s'impose.

Quelles interactions existent entre l'honneur professionnel d'un agent public et les distinctions honorifiques « les honneurs » ? Après avoir rappelé le cadre réglementaire relatif aux ordres nationaux propre à garantir le respect de l'honneur (I), un examen de la mise en œuvre de ce cadre *in concreto* sera opéré à travers le contrôle du conseil de l'Ordre, la jurisprudence et les dispositions de la loi déontologie (II).

1. LE CADRE REGLEMENTAIRE RELATIF AUX ORDRES NATIONAUX PROPRE A GARANTIR LE RESPECT DE L'HONNEUR

Les ordres nationaux sont régis par des dispositions réglementaires conditionnant la délivrance des décorations au respect des valeurs d'honneur, de probité et de dignité. Dans ces conditions, l'autorité investie du pouvoir de récompense met en œuvre des dispositions juridiques propres à éviter la réception dans les ordres d'une personne ayant commis des actes contraires à l'honneur. Ces dispositions sont applicables aux agents publics comme à tout citoyen.

Après avoir examiné les prérogatives du pouvoir réglementaire en matière de distinctions honorifiques et le dispositif réglementaire préalable aux propositions ainsi qu'aux nominations (A), la description de la procédure disciplinaire inscrite dans le code de

la Légion d'honneur permettra de mesurer comment est garanti réglementairement le respect de l'honneur (B).

1.2. Présentation générale des Ordres nationaux et prérogatives du pouvoir réglementaire

Le code de la Légion d'honneur ne comporte que des articles relevant du pouvoir réglementaire et l'ordre national du Mérite est exclusivement régi par le décret n°63-1196 précité. Ainsi, le système de récompense français relève des règlements autonomes et le législateur n'intervient pas sur ces questions (seul le budget de l'ordre de la Légion d'honneur, personne morale de droit public *sui generis*, fait l'objet d'un examen en loi de finances⁹).

Cette situation s'inscrit dans le contexte de la Vème République et illustre la volonté du Général de Gaulle de réformer et d'encadrer le système de récompense français en restaurant l'Ordre de la Légion d'honneur et en le rattachant au domaine réglementaire, conformément aux dispositions des articles 34 et 37 de la Constitution française de 1958, et de créer un nouvel Ordre national du Mérite, après une large réforme visant à réduire le nombre de distinctions honorifiques ministérielles.

Ainsi, les nominations et les promotions dans les ordres nationaux sont faites par décret du Président de la République. Tous les décrets sont contresignés par le Premier

⁹ Le statut de budget annexe de la Légion d'honneur a fait l'objet de réflexions au regard du champ d'application du 1^{er} alinéa de l'article 18 de la loi organique du 1er août 2001 ; Cf. « La revue du trésor », 84e année - n° 7 - juillet 2004, *La Légion d'honneur : vie et mort d'un budget annexe ?* Gilles JURIE ; depuis le 1^{er} janvier 2008 le budget de la grande chancellerie de la Légion d'honneur fait partie du budget général au sein de la mission « Direction de l'action du gouvernement », du programme « Coordination du travail gouvernemental » et l'institution dispose d'un statut « *sui generis* », ce qui est peu répandu parmi les opérateurs de l'Etat.

ministre et, le cas échéant, par le ministre compétent, visés pour leur exécution par le grand chancelier de l'Ordre puis publiés au journal officiel. Toutefois, dans les situations suivantes, les décrets sont pris en conseils des ministres : pour la Légion d'honneur lorsqu'ils concernent des nominations et promotions à titre exceptionnel, des promotions au grade de commandeur et aux dignités de grand officier et de grand'croix et, pour l'ordre national du mérite, quand ils portent élévation à la dignité de grand officier ou de grand'croix.

Les garanties au respect de l'honneur, en amont de la préparation des décrets de nomination ou de promotion des membres dans les Ordres nationaux

Les ordres nationaux sont accessibles sous réserve de remplir certaines conditions objectives - conditions de nationalité française¹⁰, d'ancienneté, de contrôle de moralité/probité- ou plus subjectives – conditions de l'appréciation qui sera faite des mérites, éminents ou distingués selon l'Ordre considéré.

Le code de la Légion d'honneur dispose pour l'ordre national de la Légion d'honneur que « pour être admis au grade de chevalier, il faut justifier de services publics ou d'activités professionnelles d'une durée minimum de vingt années, assortis dans l'un et l'autre cas de mérites éminents » (article R18 du code).

Pour la nomination dans l'ordre national du Mérite, la durée des services est inférieure, l'objectif lors de la création de cette récompense ayant été de cibler une population plus jeune: Pour « être nommé chevalier, il faut justifier de dix ans au moins de services ou d'activités assortis de mérites distingués » (article 14 du décret n° 63-1196). Cet

¹⁰ Généralement, les personnes étrangères peuvent être décorées mais elles ne sont pas membres des ordres. La présente étude est restreinte aux personnes de nationalité française. En outre, il ne faut pas avoir déchu de sa nationalité française prévue à l'article 25 et suivant du Code civil.

ordre national est destiné à récompenser les mérites distingués acquis soit dans une fonction publique, civile ou militaire, soit dans l'exercice d'une activité privée.

Si les ordres nationaux concernent des personnes employés dans le secteur privé ou public, il est manifeste que les agents publics sont susceptibles d'avoir pu consacrer plus de temps au service de la nation, en raison de leur métier, que les agents du secteur privé et ainsi d'être davantage éligibles à la récompense.

La condition d'ancienneté est insuffisante bien sûr pour garantir la qualité des valeurs attachées aux individus proposés à la décoration. Cependant, plus les personnels accomplissent des services publics d'une durée importante, plus il est permis aux différents chefs de service de les évaluer sur la durée et d'apprécier leurs mérites, et ce d'autant plus que l'ancienneté observée dans les nominations est généralement supérieure à ce que les textes prévoient¹¹.

L'article R29 du code de la Légion d'honneur, également applicable à l'ordre national du Mérite, dispose que « toute proposition est accompagnée d'une notice exposant les motifs qui la justifient et les résultats de l'enquête faite sur l'honorabilité et la moralité du candidat, ainsi que d'une fiche individuelle d'état civil en ce qui concerne les propositions pour le grade de chevalier. »

S'agissant du volet fiscal, une question écrite qui a fait l'objet d'une réponse du Premier ministre (publiée dans le JO Sénat du 20/06/2013 - page 1860) a permis de préciser « que l'attribution de l'ordre national du Mérite ou de la Légion d'honneur est encadrée par des conditions strictes » et que « les avis du ministère de l'économie et des

¹¹ L'âge moyen d'entrée dans l'ordre de la Légion d'honneur est de 58 ans et la durée moyenne des services accomplis pour l'ordre national du mérite est de 15 ans.

finances et/ou du ministère délégué chargé du budget sont sollicités pour la plupart des candidats pour s'assurer que ces derniers sont en règle avec l'administration fiscale. »

L'enquête administrative servira à garantir que la personne proposée n'est pas sous le coup d'une enquête disciplinaire administrative ou pénale ; qu'elle ne s'est pas vue infliger une sanction dans le courant de l'année et qu'elle n'a pas fait l'objet d'une sanction supérieure au blâme au cours des dix dernières années. Ce point permet au moins de garantir *a priori* le fait que les personnes proposées respectent leur devoir de citoyen, *a fortiori* quand elles sont chargées d'une mission de service public, qu'elles sont traitées à égalité avec les autres citoyens et qu'elles sont dignes des valeurs précitées attachées au service public que l'agent public doit respecter dans l'exercice de ses fonctions.

Par ailleurs, l'article R29 prévoit que « toute proposition concernant une personne n'appartenant pas à la fonction publique ou à l'armée active est, au surplus, accompagnée d'un bulletin n° 2 du casier judiciaire datant de moins de deux mois. » Le fait que les agents appartenant à la fonction publique ne soient pas concernés par ces dispositions suppose néanmoins que tous les employeurs publics aient bien procédé lors des recrutements, de titulaires ou de contractuels, à la vérification du bulletin n°2 et que ce casier n'ait pas évolué depuis le recrutement. Le droit de la fonction publique organise cette vérification mais dans la pratique les administrations ne sont pas toujours rigoureuses. Une affaire en jugée en 2015, par exemple, concernait un enseignant en Isère recruté par l'éducation nationale alors qu'il était soupçonné de viols sur plusieurs élèves et qu'il avait fait l'objet préalablement d'une condamnation en 2008 pour détention d'images pornographiques. En tant qu'employeur, l'Education nationale a pourtant la possibilité de demander «à tout moment» à ses agents un extrait du casier judiciaire. Des accords d'informations réciproques ont été récemment conclus entre l'éducation nationale et le ministère de la Justice. Ceci dit le droit des ordres nationaux est plus stricte que le droit de la fonction publique. Avec les ordres ministériels, le fait d'être distingué et proposé induit des enquêtes

obligatoires (Cf. infra) de nature à vérifier plus méticuleusement la situation judiciaire des personnes proposées à la décoration.

Dernière garantie en amont de la publication du décret d'attribution de décoration, les propositions sont communiquées par le grand chancelier au conseil de l'ordre qui contrôle si les nominations ou promotions sont faites légalement. Celui-ci se prononce ainsi sur la recevabilité des propositions en les appréciant d'après les critères fixés et en conformité avec les principes fondamentaux de l'ordre (article R31 du Code la Légion d'honneur). Aux termes de l'article R 32, « Le grand chancelier prend les ordres du Grand maître à qui il soumet les propositions des ministres et les siennes propres, accompagnées de la déclaration de conformité émise par le conseil de l'ordre, ainsi que de l'avis et des observations éventuelles du Premier ministre. Il fait ensuite préparer les projets de décrets. » Cet article permet de souligner les prérogatives du Président de la République, Grand maître des ordres nationaux disposant du pouvoir de nomination ou de promotion sur la base des propositions émises.

Les garanties au respect de l'honneur, après la publication des décrets de nomination ou de promotion des membres dans les Ordres nationaux : les prérogatives du Conseil de l'ordre et la procédure disciplinaire.

Une fois la nomination ou la promotion dans un Ordre national publiée au journal officiel, de nouvelles garanties permettent de surseoir à la réception dans l'Ordre laquelle « est différée s'il se révèle, après publication du décret de nomination ou de promotion, que les qualifications du bénéficiaire doivent, dans l'intérêt de l'ordre, être à nouveau vérifiées » (article 49 du Code de la Légion d'honneur). Le code dispose que les décrets portant nomination ou promotion précisent qu'ils ne prennent effet qu'à compter de la réception dans l'ordre (article 48) qui se fait au nom du président de la République. Ainsi, dans un arrêt du 6 novembre 1998, le Président de la République a décidé par décret qu'il ne serait

pas procédé à la réception dans l'ordre de M Alain X dans le grade de chevalier de la Légion d'honneur sur le fondement de l'article 49 précité.¹² Le Conseil d'Etat, saisi pour un recours en annulation pour excès de pouvoir, rejette la requête de M. X en « considérant qu'il ressort des pièces du dossier qu'après la publication du décret de nomination de M. X dans l'ordre de la Légion d'honneur, des témoignages ont révélé les graves conséquences qu'avaient pu entraîner la diffusion de l'ouvrage intitulé *Suicide, mode d'emploi* édité par l'intéressé (...) que la nouvelle vérification à laquelle ont conduit ces révélations a permis de déterminer que M. X ne pouvait, eu égard à sa responsabilité d'éditeur d'un tel ouvrage, être regardé comme possédant les qualifications requises d'un membre de la Légion d'honneur. » A noter d'ailleurs que ledit ouvrage est censuré en France depuis 1990 car il est considéré comme une incitation au suicide.

Plus récemment, le Conseil de l'Ordre a suspendu en application de l'article 49 la proposition de M. Nallet, ancien ministre, promu au grade de commandeur de la Légion d'honneur par décret du 14 juillet 2015 en raison de la réaction des victimes de l'affaire du médiateur, scandalisées par cette décision alors que l'intéressé était entendu comme témoin assisté dans cette affaire. De la même façon pour un agent public, des mérites entachés d'un manquement à l'honneur pourraient ainsi se traduire par un ajournement de la remise de l'insigne et de l'intégration dans l'ordre. Cette situation aurait peut-être pu avoir lieu si les dates de calendrier avaient coïncidé récemment suite au scandale médiatique suscité par la promotion de l'ancienne directrice de l'INA coupable d'usage des moyens du service à des fins personnelles¹³

¹² Conseil d'Etat, 6 novembre 1998, n°191155

¹³ Il est précisé que cette procédure n'a pas été mise en œuvre pour l'ancienne directrice de l'INA, qui a démissionné en avril 2015, suite à l'affaire du montant très important de ses frais de taxi, qui avait été promue officier de la Légion d'honneur par décret du 01/01/2015 et donc avait vraisemblablement été reçue dans l'ordre

La rigueur des règles d'appartenance ou de maintien dans les Ordres nationaux se justifie aussi par le fait qu'une fois entrée dans l'ordre de la Légion d'honneur ou dans l'ordre national du Mérite, le décoré le demeure « à vie », sous réserve cependant des dispositions prévues pour la Légion d'honneur relatives aux sanctions et à la procédure disciplinaires et applicables aux membres de l'ordre national du Mérite.

En pratique, les personnels des administrations membres des Ordres ne doivent pas commettre d'acte contraire à l'honneur. Les textes apportent des éléments pour qualifier des actes comme contraires à l'honneur. Ceux-ci au demeurant n'impliquent pas nécessairement une exclusion de l'ordre. Une échelle de peines disciplinaires est prévue à l'article R89 du Code de la Légion d'honneur. Ce sont des sanctions administratives, également applicables à l'ordre national du Mérite, fonctionnant selon la graduation suivante : 1° La censure, c'est-à-dire le blâme qui est prononcée par arrêté du grand chancelier. 2° La suspension totale ou partielle de l'exercice des droits et prérogatives ainsi que du droit au traitement attachés à la qualité de membre de l'ordre de la Légion d'honneur. 3° L'exclusion de l'ordre. Ces deux dernières sanctions sont prononcées par décret du Président de la République. L'ensemble de ces peines disciplinaires peuvent être prises contre tout légionnaire qui aura commis un acte contraire à l'honneur (article R96). Un examen de la jurisprudence du conseil d'Etat permettra de mesurer dans les faits la portée des actes contraires à l'honneur mais il importe dans un premier temps de lister les situations prévues par le code de la Légion d'honneur en matière de sanction.

avant sa démission et avant la sanction d'exclusion de la fonction publique pour 2 ans, dont 6 mois sans rémunération, décidée par le président de la République.

Article 90	Toute personne qui a perdu la qualité de Français peut être exclue de l'ordre. Cette exclusion est de droit dans les cas visés aux articles 23-7, 23-8 et 25 du code civil.
Article R91	Sont exclues de l'ordre : 1° Les personnes condamnées pour crime ; 2° Celles condamnées à une peine d'emprisonnement sans sursis égale ou supérieure à un an.
Article R92	Peut être exclue de l'ordre toute personne qui a fait l'objet d'une condamnation à une peine correctionnelle.
Article R93	L'état de contumace entraîne la suspension de l'exercice des droits et prérogatives de membre de l'ordre de la Légion d'honneur.
Article R94	Toute condamnation à une peine d'emprisonnement emporte, pendant l'exécution de cette peine, la suspension des droits et prérogatives ainsi que du traitement attachés à la qualité de membre de l'ordre.
Article R95	L'exercice des droits et prérogatives ainsi que le traitement attachés à la qualité de membre de l'ordre peuvent être suspendus en totalité ou en partie soit en cas de condamnation à une peine correctionnelle, soit en cas de faillite.
Article R96	Les peines disciplinaires prévues au présent chapitre peuvent être prises contre tout légionnaire qui aura commis un acte contraire à l'honneur.

Certaines sanctions administratives inscrites au code sont donc clairement reliées à des infractions ou à des condamnations. C'est le cas de l'exclusion pour des condamnations pour crimes, des peines d'emprisonnement sans sursis ou supérieure à un an, des peines correctionnelles ou encore de la suspension pour les autres peines d'emprisonnement, des peines correctionnelles, la faillite, la contumace.

La censure et les autres actes contraires à l'honneur ne sont pas définis *a priori* mais comme le précisait déjà en 1890 le grand jurisconsulte Léon Aucoc¹⁴, ancien président des travaux publics du Conseil d'Etat, membre du Conseil de l'ordre de la Légion d'honneur, dans son étude consacrée à la *Discipline de la Légion d'honneur*, les lois de l'honneur « ne sont ni écrites ni précisées ». Un faisceau d'indices figure cependant dans le code de la Légion d'honneur (R98 à R102) puisqu'il est fait obligation aux autorités compétentes d'avertir le grand chancelier d'actes susceptibles d'altérer l'honneur des membres des ordres nationaux par les opérations suivantes :

- transmission par le ministre de la justice et le ministre des armées des copies de tous les jugements et arrêts rendus en matière criminelle et correctionnelle concernant des membres de l'ordre,
- communication par les ministres intéressés des décisions des juridictions disciplinaires relevant de leur autorité,
- compte rendu et avis par le procureur général près la Cour de cassation toutes les fois qu'il y a recours en cassation contre l'un des arrêts et jugements précités,
- information par le ministre des armées des fautes graves commises par des légionnaires soumis à son autorité,
- compte rendu par les préfets qui, dans l'exercice de leurs fonctions, sont informés de faits graves de nature à entraîner contre un légionnaire l'application des dispositions de l'article R. 89, leur rapport étant au surplus transmis par la voie

¹⁴ La discipline de la [Légion d'honneur](#) et le contrôle des nominations, Paris, [Éditions A. Picard](#), 1890, 49 p., in-8°. — Extrait du *Compte rendu de l'Académie des sciences morales et politiques* Ou Léon Aucoc, *La discipline de la Légion d'honneur*, Paris, Bureaux de la *Revue politique et parlementaire*, 1895, 24 p., in-8°. — Extrait de la *Revue politique et parlementaire*, août 1895. BNF-Gallica. Renaud Denoix de Saint Marc, lors de son allocution sur l'étude consacrée en 1890 à la discipline de la Légion d'honneur et au contrôle des nominations par Léon Aucoc, souligne l'intérêt de cet ouvrage « à une époque où le Conseil d'Etat avait déjà engagé sa jurisprudence dans la voie du contrôle de la légalité des actes administratifs » sans que cette évolution n'ait encore abouti (Cf. 13 décembre 1889 - Cadot - Rec. Lebon p. 1148).

hiérarchique et par l'intermédiaire du ministre compétent dans le cas où le légionnaire exerce des fonctions publiques,

- et enfin, information par les ambassadeurs, les ministres plénipotentiaires et les consuls des faits de cette nature qui auraient été commis en pays étranger par des légionnaires français ou étrangers.

On en déduit donc qu'en sus des infractions précisément précitées, les serviteurs de l'Etat décorés ayant fait l'objet de sanction disciplinaire ou commis une faute grave peuvent faire l'objet d'une peine disciplinaire.

Les textes réglementaires définissent donc un préalable propre à garantir le salut et l'honneur. L'examen *in concreto* du déroulement de la procédure disciplinaire et les différents contentieux jugés au Conseil d'Etat permettent de confronter l'honneur lié aux ordres nationaux à l'honneur professionnel des serviteurs de l'Etat.

2. L'EXAMEN IN CONCRETO DU CONTROLE OPERE PAR LE POUVOIR REGLEMENTAIRE ET LE JUGE ADMINISTRATIF ET LES INTERACTIONS AVEC LA DEONTOLOGIE DES PERSONNELS DES ADMINISTRATIONS

Léon Aucoc, dans son ouvrage précité, écrit, à propos des membres de la Légion d'honneur, que « plus cette marque de distinction les élève au-dessus de leurs concitoyens, plus ils sont tenus de donner dans leur conduite l'exemple de la correction, de la droiture, de la loyauté, plus il importe que les membres devenus indignes par une défaillance de porter le signe de l'honneur soient retranchés de la corporation dont ils compromettent le prestige. » En tant qu'ancien président de section au Conseil d'Etat alors, il précise toutefois que « si un doute suffit pour autoriser le refus d'une récompense, une certitude est nécessaire pour prononcer la peine ».

Après avoir examiné la procédure disciplinaire et ses garanties procédurales (A), une analyse de la jurisprudence mettra en exergue la qualification par le juge des actes contraires à l'honneur (B) en vue d'interroger la déontologie de l'agent public décoré (C).

2.1 La procédure disciplinaire et les prérogatives du Conseil de l'ordre

L'article R5 du Code de la Légion d'honneur dispose que « le conseil de l'ordre, réuni sous la présidence du grand chancelier, délibère sur les questions relatives au statut et

au budget de l'ordre, aux nominations ou promotions dans la hiérarchie et à la discipline des membres de l'ordre. »

Une composition professionnelle

En application de l'article R11, le conseil de l'ordre de la Légion d'honneur comprend le grand chancelier, président ; quinze membres choisis parmi les dignitaires et commandeurs de l'ordre ; un membre choisi parmi les officiers ; un membre choisi parmi les chevaliers. Les membres du conseil de l'ordre de la Légion d'honneur sont choisis par le grand maître, sur proposition du grand chancelier et sont nommés par décret (article R12). Ce conseil de l'ordre de la Légion d'honneur accueille traditionnellement des représentants de la haute juridiction administrative et des juridictions judiciaires.

Le décret n°63-1196 portant création de l'ONM prévoit en son article 6 une composition analogue du conseil de l'ordre qui comprend le chancelier, président ; neuf membres choisis parmi les dignitaires et commandeurs de l'ordre ; un membre choisi parmi les officiers ; un membre choisi parmi les chevaliers. Les membres du conseil de l'ordre sont choisis par le grand maître, sur proposition du chancelier et sont nommés par décret du Président de la République (article 7).

Le Conseil de l'Ordre émet un avis sur les mesures disciplinaires susceptibles d'être contre l'intéressé.

Une procédure assortie de garanties

La procédure disciplinaire se déroule en deux temps. Après l'engagement d'une procédure préliminaire (la procédure préliminaire énumère les cas où les autorités doivent informer le grand chancelier de manquements à l'honneur ; Cf. article R98 à R102 précités), une procédure se déroule devant le conseil de l'ordre.

Au cours de la seconde phase d'ouverture d'une procédure disciplinaire devant le conseil de l'ordre, l'intéressé est averti par le grand chancelier de l'ouverture d'une action disciplinaire à son encontre. Il lui est donné connaissance des pièces de son dossier. Il est invité, à cette occasion, à produire, dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois, ses explications et sa défense au moyen d'un mémoire établi par lui ou par son avocat. A l'expiration de ce délai, et avant que le conseil de l'ordre soit appelé à se prononcer, un délai supplémentaire peut être éventuellement accordé à l'intéressé sur demande justifiée de sa part. Il peut être autorisé exceptionnellement par le grand chancelier à présenter lui-même sa défense ou à se faire assister par un avocat (article R103 du code de la Légion d'honneur).

Dans un récent dossier thématique intitulé *Le juge et les sanctions administratives* publié et mis en ligne sur son site internet par le Conseil d'Etat le 9 janvier 2017, des principes procéduraux fondamentaux ci-après doivent être respectés : le respect des droits de la défense et le porter à connaissance des pièces du dossier ; l'exigence de motivation de la sanction en vue de contrôler la proportionnalité de la sanction aux faits commis ; l'impartialité.

Dans la même étude, le Conseil d'Etat rappelle les règles de fond relatives à la discipline lors de ses jugements qui peuvent être rapprochées de la discipline de la Légion d'honneur et de l'ordre national du Mérite, à savoir le principe de la légalité des délits et des peines (bien inscrits dans le code de la Légion d'honneur comme on l'a vu supra) ; le principe de la proportionnalité des peines (« Le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle normal sur la proportionnalité de la sanction disciplinaire prononcée à l'encontre d'un membre de l'ordre national de la Légion d'honneur ou de l'Ordre national du mérite »¹⁵) ; l'inapplication de la règle *non bis in idem*, ou de non cumul des sanctions

¹⁵ CE, 3 novembre 2014, n°377004

administratives, qui ne s'oppose pas à ce que soit infligé, à raison des mêmes faits, une sanction pénale et une sanction administrative ou professionnelle « dès lors que l'institution de chacun de ces types de sanctions repose sur un objet différent et tend à assurer la sauvegarde de valeurs et d'intérêts qui ne se confondent pas » (CE, avis, Section de l'intérieur, 29 avril 2004, n°370136).

Il faut préciser que dans les jugements qu'il rend relativement à des sanctions de suspension ou d'exclusion des ordres, le conseil d'Etat déclare inopérant le moyen tiré que la procédure aurait méconnu le droit garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme puisque les deux conseils de l'ordre ne sont pas des juridictions au sens des stipulations de cet article¹⁶.

Les sanctions prononcées par les instances disciplinaires n'étant pas dotées de l'autorité de la chose jugée, elles ne font donc pas obstacle à l'exercice de poursuites pénales. Même s'il n'a pas été observé de jurisprudence relative à un agent public au niveau du Conseil d'Etat (les jugements étant anonymisés, cela est malaisé), la procédure disciplinaire leur est applicable comme à tout décoré.

2.2 L'examen de la jurisprudence afin de circonscrire in concreto la notion d'honneur ou d'actes contraires à l'honneur.

Le Conseil d'Etat étant compétent pour connaître en premier et dernier ressort des recours dirigés contre les décrets du Président de la République, il est juge de la plupart des recours pour excès de pouvoir portés à l'encontre de ces décisions (sauf pour la censure qui relève d'un arrêté qui peut être contesté devant le tribunal administratif).

¹⁶ CE, 19 août 2016, n°394534 ; CE, 3 février 2016, n°38355.

A l'occasion du bicentenaire de la Légion d'honneur (en 2002)¹⁷, le vice-président du Conseil d'Etat- Monsieur Renaud Denoix de Saint Marc- précise qu'« il convient d'examiner la façon dont le Conseil d'Etat a exercé son contrôle sur les diverses décisions administratives relatives à la Légion d'honneur : mesures disciplinaires, refus de nominations et de promotions ». Il déclare qu'il ira « beaucoup plus vite sur ce point pour deux raisons : la première est que l'évolution constatée va dans le sens de celle qui est observée d'une façon générale à propos de l'attitude du juge de la légalité à l'égard des décisions discrétionnaires prises par les autorités administratives ; la seconde est qu'un examen détaillé de la question relève plus d'un cours de droit administratif que d'une communication dans un colloque ».

D'emblée, la position du vice-président du Conseil d'Etat est donc de rattacher les décisions concernant le refus de nomination ou de promotion au pouvoir discrétionnaire de l'administration. Selon la définition du professeur Jacqueline Morand-Deville : « il y a pouvoir discrétionnaire toutes les fois qu'une autorité agit librement, sans que la conduite lui soit dictée à l'avance par une règle de droit ».

Dans un arrêt du 10 décembre 1986¹⁸, le conseil d'Etat rejette la requête demandant l'annulation du jugement d'un tribunal administratif tendant à l'annulation d'une décision d'un commandant de prendre en considération sa demande de nomination dans l'ordre de la Légion d'honneur. La Haute juridiction juge « que l'appréciation, à laquelle se livre l'administration, de l'éminence des mérites d'un postulant à la Légion d'honneur sur le fondement de l'article R. 18 du code de la Légion d'honneur et de la médaille militaire ne

¹⁷ Sous la Direction de Jean TULARD, François MONNIER, Olivier ECHAPPE, La légion d'honneur: deux siècles d'histoire, Actes du colloque du bicentenaire, Paris, Perrin, 2004

¹⁸ Conseil d'Etat, 10 décembre 1986, n°78376, Lebon.

saurait, dès lors qu'elle ne repose pas sur des faits matériellement inexacts et n'est entachée ni d'erreur de droit, ni de détournement de pouvoir, être utilement discutée devant le juge de l'excès de pouvoir ».

Dans son allocution de 2002 précitée, le vice-président du Conseil d'Etat commente cet arrêt en considérant que n'ouvrirait la voie de l'annulation d'une telle mesure qu'un vice tiré de l'inexactitude matérielle des faits retenus, l'erreur de droit et le détournement de pouvoir. Et de conclure que « s'agissant de l'attribution de l'un des grades de la Légion d'honneur, le juge administratif veut laisser aux autorités de l'Ordre un très large pouvoir de qualification des faits ».

Si l'appréciation des mérites et de l'honorabilité relèvent donc du pouvoir discrétionnaire et ne sont pas caractérisés *a priori* par le juge, les sanctions pour manquements à l'honneur font l'objet de contentieux qui permettent de les identifier.

L'organisation du contrôle des peines disciplinaires ?

L'analyse du contrôle par le juge peut être schématisée après examen deux arrêts récents portant sur les ordres nationaux ci-après rendus par le Conseil d'Etat : un arrêt des 7ème et 2ème sous-sections réunies du 3 novembre 2014 (req. n°377004) et un autre de la 7ème sous-section jugeant seule du 3 février 2016 (req. n° 386355). Dans ces deux situations, un membre d'un ordre national demande l'annulation pour excès de pouvoir du décret par lequel le Président de la république a pris une sanction disciplinaire en raison d'actes contraires à l'honneur. Le Conseil d'Etat va opérer les techniques traditionnelles de contrôle restreint du pouvoir discrétionnaire portant sur la légalité externe (compétence de l'auteur de l'acte, respect de la forme et de la procédure) ; la légalité interne, en vérifiant notamment l'existence d'une condamnation pénale et l'existence d'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation en évaluant si la sanction prise est proportionnelle par rapport aux faits reprochés.

En l'espèce, dans les deux arrêts précités, le juge confirme que les actes commis par les membres sanctionnés sont « contraires à l'honneur ».

Les actes qualifiés de contraires à l'honneur par la jurisprudence du Conseil d'Etat

La consultation de la base Ariane Web du Conseil d'Etat permet de comptabiliser les sanctions suivantes (à propos de l'un des deux ordres nationaux, voire des deux simultanément) :

Nature de la sanction et nombre de jugements rendus	Pièces du dossier, condamnations ou faits reprochés
<u>Suspension temporaire</u> 7 jugements rendus de 2016 à 1983	a) Peine de 24 mois d'emprisonnement avec sursis et amende de 350 000€ pour abus de biens ou de crédit d'une société par actions par un dirigeant à des fins personnelles ; b) peine d'1 an d'emprisonnement avec sursis et amende de 75 000€ pour complicité de banqueroute par détournements d'actifs et complicité de faux et usage de faux en écriture ;¹⁹

¹⁹ Cette affaire a fait l'objet de deux jugements, le requérant ayant d'abord saisi en juge des référés qui a rejeté sa demande.

	c)outrage envers une personne chargée d'un service public avec condamnation par un tribunal correctionnel à une peine de 5 ans de prison avec sursis, mise à l'épreuve pendant 2 ans pour des faits de violence sur sa conjointe ; d)jugements des tribunaux suisses (pas d'autre précision dans l'arrêt) ; e)faits exposés dans les motifs de la condamnation par la cour d'appel de Nancy (pas d'autre précision dans l'arrêt ; toutefois le conseil d'Etat rappelle²⁰ qu'aux termes de l'article 13 de la loi n°81-736 du 4 août 1981²¹, « ..., sont exceptés du bénéfice de l'amnistie... les faits constituant des manquements à l'honneur » ; f)éléments contraire à l'honneur non précisés dans le décret attaqué conduisant le conseil d'Etat à annuler ledit décret.²²
<u>Exclusion</u> 6 jugements rendus de 2013 à 1976	g)Lors d'une manifestation publique organisée pour sa réception de l'ordre de la Légion d'honneur, le requérant « a tenu des propos outrageants envers le Président de la République alors en fonction et envers un ancien grand maître de l'ordre et a dédié la distinction aux membres d'une organisation factieuse »²³ ;

²⁰ CE, 23 mars 1988, n°77847

²¹ Loi n° 81-736 du 4 août 1981 portant amnistie

²² CE, 7 décembre 1983, n°52620.

²³ CE, 25 juillet 2003, n°366185

	h) condamnation par le tribunal correctionnel de Paris à une peine de 10 mois d'emprisonnement avec sursis pour téléchargement de près de 3400 images à caractère pornographique mettant en scène des enfants de 6 mois à 10 ans ²⁴; i) condamnation à une peine de 2 ans d'emprisonnement avec sursis et 300 000€ d'amende du chef d'abus de biens sociaux et recel, délits commis entre 1990 et 1996 alors que le requérant exerçait des fonctions de directeur général d'une société ; j) faits de violence sur un officier ministériel constatés par le juge pénal ; k) condamnation à une peine correctionnelle par la cour d'appel de Paris ; l) pour une sanction d'exclusion pour laquelle les pièces n'ont pas été portées à la connaissance du décoré sanctionné, le conseil d'Etat annule les deux décrets d'exclusions des deux ordres.²⁵
--	--

Sur la base de ces arrêts, il est loisible d'observer que peu de recours semblent soumis au conseil d'Etat, sans doute parce que les condamnations impliquant des peines disciplinaires sont précisément codifiées en amont. Ensuite, le contrôle de proportionnalité et de l'erreur manifeste d'appréciation est pleinement exercé en lien avec le code de la

²⁴ CE, 30 mars 2012, n°349628 ; le conseil d'Etat indique « qu'il est tenu par l'autorité de la chose jugée s'attachant à la constatation matérielle des faits de ce juge » et « qu'eu égard à la gravité, au comportement qu'ils révèlent, quand bien même M. A a souffert, ainsi qu'il l'a dit, d'une grave affection médicale (...) », le Président de la République n'a pas entaché ses décisions d'erreur manifeste d'appréciation en procédant à son exclusion de deux ordres nationaux. »

²⁵ CE, 10 novembre 2004, n°255211, Lebon

Légion d'honneur et les jugements rendus au pénal. Aucun recours émanant d'un agent public ne peut être décelé et on ne constate pas de suspension temporaire suite à la mise en œuvre d'une sanction disciplinaire dans la fonction publique.

Les relations entre l'honneur professionnel dans la fonction publique et les honneurs

Or même si le chiffre n'est pas connu, chaque promotion de décorés de l'Ordre national de la Légion d'honneur, et au surplus de l'Ordre national du Mérite, compte un nombre important d'agents publics (au minimum un tiers pour la Légion d'honneur). Il est donc permis de s'interroger sur la manière dont seraient traités les manquements à l'honneur professionnel pouvant générer une sanction administrative (prononcée) mais qui ne débouchent pas nécessairement sur une infraction pénale. Sur ce point, un arrêt du Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, n° 311633 du 19 février 2009, *M. A.*, à propos d'une amnistie et non d'une décoration, précise que le fait pour un agent public d'utiliser ses fonctions pour remettre aux usagers du service public des imprimés à caractère religieux constitue un manquement à l'honneur et que ladite sanction ne peut donc être amnistiée. De la même façon, la Cour administrative d'appel de Versailles ne regarde pas comme disproportionnée eu égard à la particulière gravité des agissements en cause une sanction d'exclusion temporaire de fonctions pour une durée de deux ans d'un directeur d'un centre de loisirs qui a adopté un comportement et tenu des propos déplacés, à connotation sexuelle, à l'encontre d'animatrices placées sous son autorité.²⁶ On peut supposer que, par analogie avec une sanction d'un ordre ministériel, de telles situations seraient jugées de la même manière, sous réserve de vérifier la proportionnalité entre la sanction administrative et celle prononcée par le grand chancelier ou le Président de la République.

²⁶ Cour administrative d'appel de Versailles, 7 avril 2016, n° 14VE00280, commenté dans *La revue Actualité juridique Fonctions publiques (AJFP)* n° de juillet-août 2016.

Pour les membres des ordres nationaux également serviteurs de l'Etat, le fait de ne pas respecter les valeurs du service public (notamment l'égalité, la continuité et l'adaptabilité du service public) et les règles déontologiques que sont la dignité, l'impartialité, l'intégrité, la probité, la neutralité, la laïcité, l'égalité de traitement et le respect de la liberté de conscience et de la dignité des usagers, est bien susceptible d'être considéré comme un manquement à l'honneur (Cf. exemple précité pour manquement à l'obligation de laïcité) et de donner lieu à une sanction disciplinaire.

Les décrets d'application relatifs à la loi « déontologie » concernant pour l'heure les déclarations d'intérêt ou de patrimoine, il faudra voir comment sera contrôlé le respect de ces obligations déontologiques dans la fonction publique dans le cadre de l'exercice du pouvoir disciplinaire et du contrôle exercé par le juge administratif.

Cela étant, l'opinion publique est très sensible au comportement des membres de la Légion d'honneur (et dans une moindre mesure, de l'Ordre national du mérite) et réagit vivement sur ce sujet quand des légionnaires sont mis en examen ou entendus comme témoins pour fraude fiscale, conflit d'intérêts ou encore harcèlement sexuel : à titre d'exemple, l'affaire Agnès Saal et celle du médiateur précitées, l'affaire Eric Woerth et De Maistre –Bettencourt, l'affaire Cahuzac... Ainsi, la présomption d'innocence est communément battue en brèche par la perception diffuse de favoritisme, de protection par les alliances politiques ou encore par les « affaires ». Le fonctionnaire ou l'agent public décoré étant dépositaire des valeurs du service public tout en devant être digne des décorations qu'il arbore devra en quelque sorte faire preuve d'un honneur « accru ».

C'est la raison pour laquelle, avec la communication qui est réalisée par le gouvernement relativement à la loi « déontologie » du 20 avril 2016, la fonction publique devrait être attentive à ce que les personnels proposés à une distinction honorifique soient en règle avec les nouvelles dispositions législatives et les dispositions réglementaires. D'ores et déjà, la loi précise qu'« il appartient à tout chef de service de veiller au respect de ces principes dans les services placés sous son autorité. Tout chef de service peut préciser,

après avis des représentants du personnel, les principes déontologiques applicables aux agents placés sous son autorité, en les adaptant aux missions du service. » Le projet de loi prévoyait initialement une autre rédaction : « Tout chef de service porte à la connaissance des agents placés sous son autorité, notamment à leur entrée dans le service, les règles déontologiques qui leur sont applicables ».

C'est le Conseil d'État, à l'occasion de l'avis rendu le 11 juin 2015 sur la lettre rectificative au projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, qui n'a pas retenu le premier alinéa du II de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 dans sa rédaction issue de la lettre rectificative au projet de loi. « Il a estimé que cette information déontologique d'ordre général, qu'il incombe au chef de service de diffuser auprès des agents placés sous son autorité, ne saurait constituer une obligation statutaire, laquelle aurait nécessairement pour contrepartie l'institution d'un droit pour les agents à une telle information. Elle ne peut dès lors être comprise que dans le cadre du pouvoir général d'organisation du service en application de la jurisprudence *Jamart*. Par suite, le Conseil d'État a repris l'alinéa qui figurait dans le projet de loi initial, examiné par lui le 11 juillet 2013, qui prévoyait qu'il appartient à tout chef de service de veiller au respect des principes déontologiques énumérés à l'article 25 nouveau de la loi du 13 juillet 1983. »²⁷

Ainsi, les chefs de service auront des marges de manœuvre, dans le cadre du dialogue social, pour organiser la diffusion et le suivi des règles déontologiques applicables aux différents corps et cadres d'emplois dans la fonction publique. Dès lors, pourquoi ne pas utiliser les ordres nationaux qui servent à distinguer des mérites éminents et distingués comme récompense aux pratiques déontologiques exemplaires ? A tout le moins, il paraît intéressant de prévoir un module sur les distinctions honorifiques au sein des formations

²⁷ Conseil d'Etat, Avis, Séance du 11 juin 2015 N° 390136, Extrait du registre des délibérations.

dispensées sur la déontologie des personnels du service public. Il y a peut-être là une dimension du mérite dans la fonction publique ...

**THE RELEVANCE OF PROMOTING COLLABORATIVE AND
JOINT CROSS BORDER PUBLIC PROCUREMENT FOR BUYING
INNOVATIVE SOLUTIONS¹**

Prof. Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ*

INDEX

1. INTRODUCTION

**2. THE PUBLIC PROCUREMENT OF INNOVATIVE SOLUTIONS AS A
PUBLIC STRATEGY: THE IMPORTANCE OF “DEMANDING”
INNOVATION BY THE PUBLIC SECTOR**

**3. ORIGIN AND DEVELOPMENT OF THE IDEA OF USING PUBLIC
PROCUREMENT AS AN INSTRUMENT FOR FOSTERING
INNOVATION IN THE EU**

***3.1. Innovation in EU soft law. Key milestones and the promotion thereof
with the approval of the Europe 2020 strategy***

¹ This paper has been written under the Research Project: “El tiempo de las reformas administrativas: hacia la excelencia en la contratación pública (Smart Procurement) a través de compras eficaces, estratégicas y transnacionales”, funded by the Ministry of Economy, Industry and Competitiveness. Spanish Government. (Ref: DER2015-67102-C2-2-P).

* Associate Professor (with the qualification for Full Professor), University of Vigo.

3.2. The strengthening of the CPI through Directive 2014/24/EU

4. PROEMIO: WHAT ARE WE TALKING ABOUT WHEN WE TALK ABOUT “JOINT PUBLIC PROCUREMENT”?

5. THE DIRECTIVE 2014/24/EU AND THE INCREASING OPPORTUNITIES FOR JOINT CROSS-BORDER PUBLIC PROCUREMENT

6. COLLABORATIVE OR JOINT CROSS BORDER PUBLIC PROCUREMENT FOR BOOSTING INNOVATIVE SOLUTIONS

6.1. Introduction: new strategic approach to innovation

6.2. Spurring institutional channels where to achieve information, exchange experiences and provide support (economic, legal, etc.)

6.3. Elements for success of the PPI, particularly within the framework of joint international procurement

A) Technological and market surveillance, as instruments for identifying and effectively planning purchase needs

B) The preparation of early demand maps

C) Preliminary market consultations

D) The support of multidisciplinary technical groups

7. INNOVATIVE SMEs: THE NEED TO ACCOMODATE THEM IN JOINT CROSS BORDER PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURES

8. ANALYSIS OF CASES

8.1. The DECIPHER Project

8.2. The PAPIRUS Project

9. CONCLUSIONS

1. INTRODUCTION

The ultimate aim of this work can be explained in a few words: to highlight the leading role that public procurement can play in encouraging innovation, and how this role can be boosted exponentially through the promotion of joint cross-border procurement, or at least of collaboration between different member States.

Taking into consideration the specificity of the object of the purchase: Innovation, as we will try to explain, it can be specially useful in order to promote it at maximum the joining of efforts of contracting authorities from different MS.

With this in mind, it seemed appropriate to analyse beforehand how innovation has found a currently palpable niche in the setting of public procurement law. Moreover, given the stated perspective, a basic overview is provided of the possibilities of cross-border cooperation which are gradually coming to light, paying particular attention to those offered by current EU public procurement law. On the basis thereof, we shall explain a number of those aspects considered particularly relevant for enhancing the results of cross-border innovation procurement. Lastly, mention will be made of a number of successful join or collaborative cross-border innovation procurement experiences that have been conducted, with a view to ascertaining the drawbacks they entailed and some of the lessons that can be gleaned from them.

2. THE PUBLIC PROCUREMENT OF INNOVATIVE SOLUTIONS AS A PUBLIC STRATEGY: THE IMPORTANCE OF “DEMANDING” INNOVATION BY THE PUBLIC SECTOR

It is known the good image that accompanies the idea of "Innovation", which is usually linked to positive achievements in many aspects such as efficiency, productivity or competitiveness. In fact, it is considered an indispensable ingredient to make real the longed for sustainable growth. Indeed, innovation is acknowledged as the key driver of economic growth, thus governments try to promote it, both in the public and in the private sector, by using diverse mechanisms.

On that basis, the European Union placed innovation at the heart of the Europe 2020 Strategy, by means of the emblematic Innovation Union initiative. The aim was structuring an exhaustive strategy for knowledge-based innovation and turning Research & Innovation into a priority for all EU countries, that must strive to develop innovation policies.

However, as has been suggested, there exists many instruments to promote innovation policies and until recently the trend of public policies developed in this area were based on the promotion of innovation through the use of instruments that acted on the supply-side (e.g.: subsidies) and not from the side of a demand previously defined by public sector.

Nevertheless, with regard particularly to innovation, various studies carried out, have shown that “public demand” is a major potential source of innovation, that can spur innovation even better than many other instruments that had been playing a more important role in public innovation policies. EDLER and GEORGHIOU have reminded that in the 1970s and first 1980s, a number of empirical studies explored the meaning of public procurement for innovation. These studies compared R&D subsidies and state procurement contracts without direct R&D procurement. They concluded that, over longer time periods,

public procurement triggered greater innovation impulses in more areas than did R&D subsidies also analysed the quantitative and qualitative meaning of state demand for innovation and concluded that procurement policy “is a far more efficient instrument to use in stimulating innovation than any of a wide range of frequently used R&D subsidies”. And similar conclusions were reached in more recent analysis³.

The above evidences were sharply in contrast to the low weight that until recently had public procurement in public policies on innovation. For many years the potential offered and challenges posed in using public procurement for buying innovation have been largely downplayed as an element to promote innovation by the public sector⁴. With a few exceptions, public procurement has been ignored on this purpose, both conceptually and in practice. It has been argued that the introduction of more stringent competition regulations across the European Union has proven a major factor in the declining use of this instrument⁵.

The relevance of promoting innovation from the demand side has now been taken up. This is important, because as a claimant, it will be the public sector the one that will decide, the one that will impose, on the private sector what it wants to acquire, what it seeks

³ EDLER, JAKOB; GEORGHIOU, LUKE; “Public procurement and innovation—Resurrecting the demand side”, *Research Policy* 36 (2007), pp. 949-950. These authors, explain that in a more recent survey of more than 1000 firms and 125 federations, over 50% of respondents indicated that new requirements and demand are the main source of innovations, while new technological developments within companies are the major driver for innovations in only 12% of firms. An analysis of the Sfinno data base collecting all innovations commercialized in Finland during between 1984 and 1998 shows that 48% of the projects leading to successful innovation were triggered by public procurement or regulation.

⁴ EDLER, JAKOB; GEORGHIOU, LUKE; “Public procurement and innovation (...), p. 949.

⁵ EDLER, JAKOB; GEORGHIOU, LUKE; “Public procurement and innovation (...), p. 950.

to achieve, what it will buy⁶.

Among those instruments available to stimulate innovation by the public sector, in the last years, public procurement has been revitalized as a really wealthy tool. It has become a useful piece on the innovation policy at European and national level. It was acknowledge that public procurement may have a large potential to achieve the fixed target, since it has a significant weight in the EU economy. In view of the significant weight of public procurement in the EU economy -around 18% of GDP- the capacity of European Public Administrations to act on innovation from the demand side is by no means irrelevant.

In other words, public demand, when oriented towards innovative solutions and products, has demonstrated to act as a big potential to improve delivery of public policy and services, often generating improved innovative dynamics and benefits from the associated spillovers. From that perspective (demand side), public procurement should be the key element to promote innovation policies. It can be said that public procurement has become part of the public innovation policies.

The leading role acquired by Innovation in this setting is in line with the “strategic conception of public procurement”. “Strategic procurement”, occurs when the demand for certain technologies, products or services is encouraged in order to stimulate the market⁷. For some time now, the view of public procurement as a mere instrument in the hands of the public sector for the acquisition of goods and services has been outdated. Little by little, and thanks to its importance in the economy, evidence is coming to light of this sector's potential for promoting different types of public policies, such as environmental, social and

⁶ CUETO ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, LUIS; GARRIDO MORENO, JUAN MANUEL; *Compra Pública Innovadora. Fundamentos e instrumentación*, INAP, 2013.

⁷ EDLER, JAKOB; GEORGHIOU, LUKE; “Public procurement and innovation (...), p. 953.

gender policies, and now also those linked with innovation⁸.

The EU has shown a firm commitment towards promoting this strategic vision of public procurement, an approach that has gradually been reflected in different European documents. At policy level, it began to take shape clearly in the Directives of 2004 and has been consolidated and intensified in the Directives of 2014. It has been normally assumed that Public procurement can serve to follow multiple objectives, and promoting innovation is potentially one of them.

With regard to innovation, public procurement can play a relevant role, not so much through ordinary purchases to achieve standard products, but through the purchase of new technologies and innovative products, services or processes. From this point of view, public procurement of innovation is a demand-side instrument and can be defined as the purchase “of a not-yet existing product or system whose design and production will require further, if not completely novel, technological development work”⁹. In this context, the needs whose satisfaction is sought are predefined by the public sector (by the contracting authority) by listing functional requirements that should offer the demanded product. Meanwhile the realization and design of the innovative result are on the hands of the awarder of the contract launched to get the precise innovation. The two principal reasons for the use of this policy tool are to satisfy and improve the supply of public services and to meet certain political goals by stimulating demand in different areas, such as transport, energy, environment, health, education, information and communications, where public authorities have strong social responsibilities. The public demand of innovation in those

⁸ PERNAS GARCÍA, JOSÉ (editor); *Contratación Pública estratégica*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013; MEDINA ARNÁIZ, TERESA, “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, *Observatorio de los contratos públicos 2010*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 90 y ss.

⁹ ASCHHOFF, BIRGIT; SOFKA, WOLFGANG; “Innovation on demand—Can public procurement drive market success of innovations?”, *Research Policy* 38 (2009), p. 1236.

areas has a great potential to stimulate de develop those markets¹⁰.

The demand approach becomes fundamental because in public procurements is the public sector who “decides”, who “imposes” what is going to be bought. So the potential of the “public DEMAND” in certain economic sectors, -e.g.: healthcare, transport services, new technologies, Information & Communication Technology (ICT), education, sustainable construction, water and waste challenges, etc., where the public sector has relevant responsibilities, and constitutes one of the greatest buyers, is indisputable¹¹.

At the same time, buying innovation helps to create jobs and boost the competitiveness of European industry and SMEs.

The potential of Procurement innovation is really high to stimulate sustainable growth and wellness.

As some EU documents have highlighted¹², with Europe’s economy facing serious challenges the imperative to find innovative and sustainable solutions to stimulate the market is higher than ever before. The demand for innovative solutions through public procurement can make an important contribution to this challenge.

¹⁰ ASCHHOFF, BIRGIT; SOFKA, WOLFGANG; “Innovation on demand (...), p. 1236.

¹¹ EDLER, JAKOB; GEORGHIOU, LUKE; “Public procurement and innovation (...), pp. 949–963.

¹² <http://www.innovation-procurement.org/about/>

3. ORIGIN AND DEVELOPMENT OF THE IDEA OF USING PUBLIC PROCUREMENT AS AN INSTRUMENT FOR FOSTERING INNOVATION IN THE EU.

3.1. Innovation in EU soft law. Key milestones and the promotion thereof with the approval of the Europe 2020 strategy

The conviction that, in addition to serving for acquiring goods and services, public procurement can serve to foster important objectives linked to public policies, is a notion that is now firmly consolidated in EU legislation.

In particular, the Directives of 2014 on public procurement constituted an important step in this direction by clearly leaving an opening for the possibility of stimulating environmental and social objectives through contracts concluded by the public sector. Notwithstanding, references therein to innovation were scant, and the need to foster research and development was only alluded to tentatively. In a more direct manner, Directive 2004/18, in recital 23 and article 16.f), included two generic references to innovation, wherein it was simply determined that pre-commercial public procurement was excluded from its scope of application.

However, after the Lisbon European Council of 2000, the European institutions started to devote special attention to innovation. Its relevance is underscored as a crucial factor in being able to maintain the social economic development and well-being in an increasingly competitive setting which has to address many challenges.

Among other objectives, the aforesaid Lisbon Strategy (development plan for improving EU competitiveness for the period 2000-2010) already alluded to the increase in opportunities to encourage innovation through public procurement. Its

guidelines were specified or defined by the Barcelona Research Council in 2002, where the challenge was set to increase public expenditure in this setting up to 3% of the GDP by 2010, a goal which was never reached.

Since then, the Commission has gradually succeeded in promoting innovation with a view to converting it into one of the fundamental social values that member States need to foster. Worthy of note in this regard is the approval of different documents appearing in what is known as EU soft law, and which have provided substantial support for the new setting. So, in addition to the EU's Lisbon Programme, a number of different documents have been approved, including the following:

1°) The 2003 Communication from the Commission: "Investing in research: an action plan for Europe". In this document it was highlighted that in 2001, the level of research investment in the EU was 1.9% of GDP compared to 2.7% in the US and 3% in Japan. This gap was considered to could have worrying consequences for the long-term potential for innovation, growth and employment creation in Europe. So the Action Plan set four main sets of actions to change this situation. One of the actions was, precisely, to redirect public resources towards research using the possibilities offered by Community frameworks such as public procurement rules.

2°) The Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: More Research and Innovation -Investing for Growth and Employment: A Common Approach, Brussels, COM(2005) 488 final.

3°) The Aho Group Report: Creating an Innovative Europe (2006). This Report was elaborated by an Independent Expert Group on R&D and Innovation appointed following the Hampton Court Summit. At the Hampton Court Summit

on 27 October 2005, Heads of State and Government decided to give higher priority to the key issues on which Europe needs to act to address the challenges of globalisation. First among these issues were research and innovation. The Commission asked a small group of four high-level experts, to assess the situation and make proposals to boost Europe's research and innovation performance. In the report public procurement is mentioned as some of the ways to foster innovation.

4°) Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Pre-commercial Procurement: Driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe, Brussels, COM(2007) 799 final (14.12.2007)

5°) The *Lead Market Initiative* (2008-2011), launched by the EU to seek the leadership of its companies in six markets classified as crucial for the development of the European economy. This initiative was committed to using public procurement as one of the tools available for achieving said leadership. More specifically, it encouraged Public Procurement of Innovation in either of its two modalities: Pre-Commercial Procurement (*PCP*) or Public Procurement of Innovation (*PPI*).

6°) *Europe 2020* (the successor to the Lisbon strategy) and its well know initiative, Innovation Union: turning ideas into jobs, ecological growth and social progress (COM (2010) 546 final), addresses the implementation of swifter, more effective standardisation in the use of public procurement as an interesting approach for encouraging innovation.

7°) The “Horizon 2020, Research and Innovation framework programmes” (COM (2011) 808 final), adopted on 30 November 2011.

In relation to “Europe 2020 Strategy”, innovation is clearly high on its agenda. The document highlights how the economic and financial crisis demonstrated the European economy's structural weakness and gave rise to a sharp deterioration in the social and economic setting. Hence the Strategy's objective is to ensure that economic recovery is supported by a set of reforms aimed at constructing solid foundations for growth and the creation of jobs within the European Union up to 2020, taking into account the long-term challenges posed by globalisation, the strain on limited resources and an ageing population.

If we analyse the perspective from which, in this Strategy, future growth is considered within the framework of the EU, it is easy to see that the pursuit thereof goes hand in hand with innovation. This is conceived as the plan for intelligent, sustainable growth drawn up by the European Commission for the coming decade, and established therein are the basic lines of action for the next ten years, aimed at achieving comprehensive development which will enable the Union to recover its status as a world leader.

As regards public procurement, the Europe 2020 Strategy calls for it to be employed to:

a) Improve framework conditions for business in those markets where the public sector is a prominent purchaser to innovate, making full use of demand policies.

b) Encourage the change towards being a more resource-efficient economy (e.g. with low carbon emissions) fostering the widespread use of ecological public procurement.

c) Help to support the business setting, in particular for innovative SMEs.

In short, research and innovation play a key role in the Europe 2020 Strategy. One

of its mantras would be reflected by the phrase “From the idea... to the market”, stressing the need for closer relationships with operators and firm support for achievable projects, to prevent hundreds of millions of European euros invested through research subsidies from failing to produce marketable results, as has been the case to date. That is why it is said that the aim with this approach is to oust the subsidy model in favour of a model based on demand through public procurement. It is not a case of vilifying the subsidy model until its demise, rather of resizing it, combining its use, in those cases where it may be more appropriate, with the fostering of innovation from the demand side.

3.2. The strengthening of the CPI through Directive 2014/24/EU

The entire process summarised here is consolidated in the package of EU Directives on public procurement approved in 2014. In the so-called classic Directive (Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council, of 26 February 2014, on public procurement, repealing Directive 2004/18/EC), (hereinafter, Directive 2014/24/EU) the European Institutions clearly feel that public procurement can play a highly relevant role in stimulating innovation, so much so, that it is *“of utmost importance to fully exploit the potential of public procurement to achieve the objectives of the Europe 2020 Strategy. In this context, it should be recalled that public procurement is crucial to driving innovation, which is of great importance for future growth in Europe”*.

It is worthwhile recalling that recital 47 of Directive 2014/24/EU expressly provides that: *“Research and innovation, including eco-innovation and social innovation, are among the main drivers of future growth and have been put at the centre of the Europe 2020 strategy for smart, sustainable and inclusive growth. Public authorities should make the best strategic use of public procurement to spur innovation. Buying innovative products, works and services plays a key role in improving the efficiency and quality of public services while addressing major societal challenges. It contributes to achieving best value for public money as well as wider economic, environmental and societal benefits in*

terms of generating new ideas, translating them into innovative products and services and thus promoting sustainable economic growth”.

The ultimate aim consists in attempting to meet what had been set as a target in 2010, but which back then was not achieved; i.e., increasing spending on Research and Development (R&D) up to 3% of the EU's GDP by 2020. Compliance with this objective could also be helped through the use of public procurement. It is widely believed that, in addition to being a good thing *per se*, owing to the improvement it can entail for the provision of public services, it will also improve citizens' quality of life and, at the same time, also make it possible to create 3.7 million jobs, as well as to increase the annual GDP by around 800 billion euros by 2025.

The foregoing would also help the EU to recover its status as a world leader on both economic and social levels.

This is how we can assert that the promotion of entrepreneurial innovation through public procurement has become a key objective, particularly as of the approval of the 2014 Directives.

References to innovation now abound in Europe's principal text on public procurement; if we simply count the times that the word innovation is cited in the Directive, we will see that it is mentioned around 70 times.

This work is not a treatise aimed at studying public innovation procurement in all its facets. Hence, in addition to the foregoing, from the Directive we shall now only draw attention to two further aspects.

The first, the efforts that the Directive itself makes to provide a concept of innovation, which is amply endorsed in article 2.1.(22) of the same.

Directive states that: “‘innovation’ means the implementation of a new or significantly improved product, service or process, including but not limited to production, building or construction processes, a new marketing method, or a new organisational

method in business practices, workplace organisation or external relations inter alia with the purpose of helping to solve societal challenges or to support the Europe 2020 strategy for smart, sustainable and inclusive growth”.

If we analyse the concept of innovation proposed by the Directive, we can see that not only does it refer to something that previously did not exist and which is created from scratch (either a product, service or process), but also to something which already existed and which is significantly improved upon. Furthermore, that which has already been designed but which has yet to reach the market, or has done so in a limited manner, could also be considered innovative.

Besides the concept appearing in the Directive, if we conduct a general study of “innovation” in the academic-scientific setting, we discover that it alludes to a broad, complex phenomenon subject to analysis from multiple different stances, levels and perspectives. Perhaps this is why myriad definitions have been put forward as to what should be understood by “innovation”, without it being easy to pinpoint one that is sufficiently broad and comprehensive for the scientific community to agree to accept it as being sufficiently all-embracing of all the elements it needs to cover.

In this work, and owing to the material setting affected by public procurement (namely, the acquisition of goods and services in the framework of the public sector), the concept of innovation that interests us will be that traditionally linked to industrial development, the economy, markets and technology. Notwithstanding this, owing its particular impact in the sphere of the public sector, we cannot fail to mention the expansion undergone by the concept of innovation, opening up to issues of a social nature. Indeed, the social is an aspect or perspective that has been incorporated more recently into innovation, giving rise to the notion of “social innovation”¹³. Although linked to the public sector, from

¹³ CONEJERO PAZ, ENRIQUE y REDONDO LEBRERO, JUAN CARLOS; “La innovación social desde el ámbito público: Conceptos, experiencias y obstáculos”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas, Nueva Época* – nº 15, enero-junio 2016.

the perspective of the procurement conducted by the public sector, it is logical that the definition of this notion taking shape in the Directive be based, as we have pointed out, on the classic conception of the term, linked to industrial development, the economy, the markets and technology¹⁴.

In any case, the definition of innovation appearing in the Directive of 2014 fits in well with the classic idea of innovation, which, as we have seen, is employed in the academic-scientific setting.

The second of the aspects appearing most clearly in Directive 2014/24/EU, the firm intent to promote innovation procurement, lies in the provision of a new procurement procedure especially conceived for this end. In its basic aspects, it is regulated under the guise of “innovation partnership”, in Article 31, and the application thereof will be particularly appropriate when the aim is to promote the so-called Public Procurement of Innovative Solutions (PPI).

4. PROEMIO: WHAT ARE WE TALKING ABOUT WHEN WE TALK ABOUT “JOINT PUBLIC PROCUREMENT”?

On the other hand of the coin, joint, aggregated and collaborative public procurement strategies –in a broad sense- has been increasingly used in last years. In fact, improving their practice and solving the different and no trivial problems that their implementation shows, is one of the main challenges for the public procurement regulation in the immediate future.

¹⁴ KÖHLER, HOLM-DETLEV; GONZÁLEZ BEGEGA, SERGIO; “Elementos para un concepto sociológico de innovación”, *EMPIRIA. Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, nº 29, septiembre-diciembre, 2014, pp. 67-88; ALBORNOZ, MARIO; “Indicadores de innovación: las dificultades de un concepto en evolución”, *Revista CTS*, nº 13, vol. 5, Noviembre de 2009, pp. 9-25; CILLERUELO CARRASCO, ERNESTO; SÁNCHEZ FUENTE, FRANCISCO; ETXEBARRIA ROBLEDO, BEGOÑA; “Compendio de definiciones del concepto «innovación» realizadas por autores relevantes: diseño híbrido actualizado del concepto”, *Dirección y Organización*, Núm. 36, Octubre 2008, pp. 61-68.

As graphically summarised in recital 59 of Directive 2014/24/EU, there is a strong trend emerging across Union public procurement markets towards the aggregation of demand by public purchasers. The aim, to a large extent, is to obtain economies of scale, including lower prices and transaction costs. However, it does not stop there, but furthermore contributes to other important objectives. It may favour transparency and contribute to the much demanded and necessary integrity of public procurement. It also could serve to stimulate greater professionalism in management of public procurement, identification of the best purchasing possibilities or the most suitable design of what is being purchased. It could also contribute to a higher participation and turnout in the procedures convened; and likewise encourage sustainability by promoting more and better environmental standards, as well as intensify the development and generation of innovative solutions that are essential nowadays¹⁵.

Likewise, fostering joint procurements is part of the Europe 2020 Strategy key initiatives. It is believed that, in many ways, its objectives can be better attained if the public procurers join or coordinate their efforts. In this regard, current Directives emphasize the importance of joint public procurement as an instrument to contribute, as well, to the achievement of the European strategic goals and, therefore, have tried to improve the legal framework.

But the first to be clarified is “*the toolkit available to contracting authorities willing to engage*”¹⁶ in centralised, joint, collaborative or coordinated procurement procedures. And at this point a conceptual clarification must be made, because current Directives do not completely polish up definitions, and the literature on those “joint or

¹⁵ CAVALLO PERIN, ROBERTO; RACCA, GABRIELLA: “La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici”, in *Riv. italiana di dir. pub. com.*, f. 6/2016, 1457 e ss.

¹⁶ SANCHEZ-GRAELLS, ALBERT; “Collaborative Cross-border Procurement in the EU: Future or Utopia?” To be presented at the workshop on ‘*Collaborative Efficiency in Government: The Trend, The Implications*’ ECPR Joint Sessions, Scuola Superior Sant’Anna and University of Pisa, 24-28 April 2016.

cooperation strategies” in the field of public procurement is still too scarce. There is no a general and commonly accepted and closed list of the possibilities that should be included in the concept. Neither exists a general and commonly accepted concept for identifying the different categories that could be included in the list.

In many institutional documents and academic articles are used terms such as “collaborative procurement”, “cooperative purchasing”, “joint public procurement”, “coordinated procurement”, “aggregated purchase”, “pooled purchasing”, “alliance purchasing”, “bundled purchasing”, “collective purchasing”, “combined purchasing”, “mutual purchasing”, “shared purchasing”, etc. There is a large variety of terminology in use, and although it is possible to recognize some patterns in the usage and meaning of it, in general, the expressions are used without properly clarifying the scope of each of them.

Within the EU boundaries, it must be cited the LEAP GPP Toolkit, elaborated by Local Authority Environmental Management and Procurement Project. This instrument contains a definition of “joint procurement”, and the description of different models and types. According to this, the three cumulative elements that have to be present in a joint procurement are:

- a) The combining procurement actions of two or more contracting authorities;
- b) The voluntary behaviour of the contracting authorities implied to contribute to the procurement process;
- c) Only one tender published on behalf of all participating authorities.

In particular, the “Toolkit D”, explains, “Joint procurement” (JP) “means combining the procurement actions of two or more public authorities. The key defining characteristic is that there should be only one tender published on behalf of all participating authorities”.

This concept of JCBPP is also reflected in a very recent EU document: *“Support of the internal market policy for growth: Feasibility study concerning the actual implementation of a joint cross-border procurement procedure by public buyers from*

different Member States”, published in March 2017.

However, as explains TÜNDE TÁTRAI, this definition could lead to serious misunderstandings and the European Commission should not take it as a point of reference in the interpretation of joint procurement in Europe¹⁷. I agree with this author who defends that there are different types of “joint public purchasing” whose differences are mainly determined by trust, commitment, intensity of communication or willingness or facility to work together.

Thus, in the broad concept of “joint procurement” we can find many varieties, among them, permanent joint procurement organisations e.g.: Centralised Purchasing Bodies who acts on behalf of a number of different public authorities; singular contracts concluded by a contracting authority on behalf of a number of different public authorities; or many contracts launched by different contracting authorities but after having defined common elements, etc.

This broad way of understanding the idea involved in the term “joint procurement” is present in Directive 2014/24/EU, and clearly follows from its Recital 71, second paragraph, when explains that: *“Joint procurement can take many different forms, ranging from coordinated procurement through the preparation of common technical specifications for works, supplies or services that will be procured by a number of contracting authorities, each conducting a separate procurement procedure, to situations where the contracting authorities concerned jointly conduct one procurement procedure either by acting together or by entrusting one contracting authority with the management of the procurement procedure on behalf of all contracting authorities”*.

It is especially common when talking about joint or collaborative public purchases to highlight the advantages that may entail. The most typical advantages or benefits

¹⁷ TÜNDE TÁTRAI; “Joint public procurement”, Published online: 10 March 2015, ERA Forum (2015) 16:7–24; DOI 10.1007/s12027-015-0374-3, p. 10.

associated to purchases in which are involved multiple public bodies are: payment of lower prices; reducing transaction costs; administrative cost savings; reduced workload; achieving greater quality in final products and services; sharing new knowledge and risks; being part of critical mass; standardising public demands; promoting the creation of networks to share experiences and pooling expertise, etc. In sum, interesting achievements that can contribute to maximize the efficiency of the buying power in the public sector.

Besides, the development of “joint public procurement strategies” –in the broad meaning we refer- is thought to be one of the ways in which the pursuit of the economic and horizontal or secondary goals can be more easily attained. Furthermore, when the “joint public procurement strategy” involved contracting authorities from different UE member States, EU moves forward to the real Internal Market integration –because participating public buyers have to think more openly than when they act with a “local” perspective¹⁸-.

But, at the other end of the scale, there exist important limitations, difficulties or disadvantages that must be taken into consideration when thinking about “joint public procurement strategies”. In particular, in cases of “joint cross border public procurement strategies”. Characteristic disadvantages linked to “joint public procurement strategies” are set-up costs; co-ordination costs; losing flexibility and control, for instance, less flexibility in the requirement to conform to the specifications and material terms of the base contract; supplier resistance, for instance from local, small or disadvantaged suppliers; or, even, anti-trust issues¹⁹. Regarding in particular the experiences of Joint Cross Border Public

¹⁸ SANCHEZ-GRAELLS, ALBERT; “Collaborative Cross-border Procurement in the EU: Future or Utopia?” To be presented at the workshop on ‘*Collaborative Efficiency in Government: The Trend, The Implications*’ ECPR Joint Sessions, Scuola Superior Sant’Anna and University of Pisa, 24-28 April 2016.

¹⁹ HELEN WALKER, MICHAEL ESSIG, FREDO SCHOTANUS AND TIMO KIVISTÖ; “Co-operative Purchasing in the Public Sector”; *Public Procurement. International Cases and Commentary*, (Edited by Christine Harland, Jan Telgen, Khi V. Thai, Guy Callender, and Katy McKen) Routledge 2007, pp. 325–342. Print ISBN: 978-0-415-39404-8. eBook ISBN: 978-0-203-81525-0. DOI: 10.4324/NOE0415394048.ch22, pp. 579-580.

Procurement strategies, we cannot ignore the relevant legal and linguistic problems that could emerge.

Recital (73): Joint awarding of public contracts by contracting authorities from different Member States currently encounters specific legal difficulties concerning conflicts of national laws. Despite the fact that Directive 2004/18/EC implicitly allowed for cross-border joint public procurement, contracting authorities are still facing considerable legal and practical difficulties in purchasing from central purchasing bodies in other Member States or jointly awarding public contracts. In order to allow contracting authorities to derive maximum benefit from the potential of the internal market in terms of economies of scale and risk-benefit sharing, not least for innovative projects involving a greater amount of risk than reasonably bearable by a single contracting authority, those difficulties should be remedied. Therefore new rules on cross-border joint procurement should be established in order to facilitate cooperation between contracting authorities and enhancing the benefits of the internal market by creating cross-border business opportunities for suppliers and service providers. (...)”.

It will depend on many factors, such as the joint or collaborative structure that is adopted, that can be intensified or minimized some advantages or disadvantages.

In any case, the choice of the concrete formula and the organizational structure that it adopts will depend on different variables. It is not the purpose of this contribution to analyse the whole spectrum of possibilities and their regimes. On the contrary, the purpose of this study is much more modest. It simply consists in emphasizing the importance or the opportunity of intensifying the use of “Joint Cross Border Public Procurement strategies”, in the different existing formulas, from the more to the less intense ones, in the field of the public purchase of innovation.

5. THE DIRECTIVE 2014/24/EU AND THE INCREASING OPPORTUNITIES FOR JOINT CROSS-BORDER PUBLIC PROCUREMENT.

The importance of the public sector's purchasing power capacity could be expanded through the establishment of cross-border purchasing networks for the implementation of coordinated strategies. It can be achieved by creating a broad cooperation at EU level, among contracting authorities from different Member States, to buy together, to launch coordinated contracts, or to create networks to define benchmark and best practices, as means for establishing a significant intermediary and reference for private operators from the side of public demand. As we will try to explain this can be significantly relevant regarding the buying of innovative solutions.

In this regard, Directive 2014/24/EU has opened up new opportunities, not only for occasional collaborations to aggregate some types of procurements among national contracting authorities, but also for cooperation between contracting entities from several Member States that wish to carry out joint procurement.

Nevertheless, these techniques entail certain risks that need to be analysed in order to limit their use and to carefully consider when to resort to aggregation or coordination, or to design techniques to prevent such risks and minimise them. For example, an excessive concentration, either of demand or supply, may lead to collusive practices, restriction of competition, or may adversely affect access of SMEs to the market.

On the other hand, leaving aside the specific case of the creation of the so-called central purchasing bodies, it is clear that a basic element of joint procurement or aggregation of purchasers is the coordination of the different parties, to accept diverse formulae. Thus, coordination can be articulated either through consensus of the several contracting authorities, on common elements, such as procurement technical specifications that need to be included in every individual procurement procedure used by each

contracting authority; or by jointly designing a single procurement procedure, managed by just the one contracting authority on behalf of the others.

The use of demand aggregation or the aggregation of purchasers internationally is interesting from several points of view. This study intends to highlight the important role it can play in boosting Public Procurement of Innovation; however, we need to first look at how the Directive 2014/24/EU provides for internationalisation of joint purchase.

From the point of view of our analysis, there are two precepts in the Directive that have a direct relationship with joint purchase, which we need to look at. On the one hand, there is Article 38 (*“Occasional joint procurement”*) and on the other hand, Article 39 (*“Procurement involving contracting authorities from different Member States”*)²⁰.

With regard to occasional joint purchasing, Article 38 emphasises the need for regulating the joint responsibility that arises from the implementation of certain specific procurements. In particular, the precept expressly accepts two possibilities, namely that the procurement procedure is jointly carried out in its entirety or that only certain parts of the same are carried out jointly. As indicated, the Directive focuses on clarifying the scope of such joint responsibility of the participating contracting authorities for fulfilling their obligations pursuant to the Directive. The solution is clear, the said joint responsibility is directly related to participation in the procedure and therefore, if the procurement procedure is jointly carried out in its entirety, then all contracting authorities concerned shall be jointly responsible regardless of how the procedure is administered or managed. However, if the procurement procedure is jointly carried out in part, then the joint responsibility will affect only the parts that have been jointly implemented. It thus follows from the above that

²⁰ RACCA, GABRIELLA; PONZIO, SILVIA; “Nuovi modelli organizzativi per il “joint procurement” e l’innovazione dei contratti pubblici in Europa”, en *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 373-406; PONZIO, SILVIA; “Joint Procurement and Innovation in the new EU Directive and in some EU-funded projects”, *IUS PUBLICUM*, F. 2/2014.

each contracting authority will be responsible for fulfilling its obligations for the procedures or parts it conducts in its own name and on its own behalf.

To illustrate the above, if several contracting authorities jointly prepare and award just the one procurement procedure, then they will be jointly responsible for any irregularity or contravention of the Directive committed during such procedure. On the other hand, if a procedure is jointly developed but each party later conducts its own part and some parties default the provisions of the Directive while others do not, e.g.: some do not fulfil the required advertising principles for the procedure while the remaining parties do so, then only the parties violating the Directive, and not others, will be responsible for such default, regardless of whether they had collaborated in the definition of the basic terms of the procurement model followed. To conclude, whenever several contracting authorities act jointly, they respond jointly and whenever each party acts separately, they respond individually.

With regard to procurement involving contracting authorities from different Member States, Article 39(1) expressly states that the contracting authorities from different Member States may act jointly in the award of public contracts by using one of the methods provided for in the Article. As can be seen, the perspective that prevails is that of the contracting authorities or contracting entities, whose right to acquire products, works and/or services through contracting authorities from other European States is upheld.

The said entitlement is significantly buttressed through the ban imposed on Member States, and referred to in section 2 of the same article, according to which a Member State shall not prohibit its contracting authorities from using centralised purchasing activities offered by central purchasing bodies located in another Member State. But the fact that prohibition is not permitted does not imply that clarifications cannot be made. Therefore, national law can opt to specify that its contracting authorities can only resort to centralised purchasing activities carried out on a permanent basis for the procurement of supplies and/or services destined for contracting authorities, or for awarding public contracts or signing framework agreements for works, supplies or services intended for contracting authorities.

As stated in recital 73 of the Directive, this general authorisation is justified as a response to the specific legal difficulties that arise due to the lack of a minimum harmonisation among national laws. Once again the aim is to maximise the internal market potential in terms of economies of scale and risk-benefit sharing, especially for innovative projects that have a higher risk than that reasonably borne by a single contracting authority.

The authorisation is not unconditional. In fact, the Directive prohibits use of any methods (provided for cross-border joint procurement) to circumvent mandatory public law rules, which in conformity with Union law are applicable to them in the Member State where they are located. As an example, we may cite the provisions on transparency and access to documents or specific requirements for traceability of sensitive supplies such as substances that are hazardous or harmful to health or the environment.

In regard to the methods used, the Directive mentions the following: (a) the joint award of a public contract; (b) the conclusion of framework agreements; (c) the administration of dynamic purchasing systems and (d) the award of contracts based on a framework agreement or on the dynamic purchasing system in accordance with the provisions of Article 33(2)(3) and (4) of the Directive.

Another outstanding novelty is the provision concerning the hypothesis that several contracting authorities from different Member States incorporate or establish a common legal entity, (of the type European Grouping for territorial cooperation) whose actions may include cross-border procurement.

In all these cases, the European legislator is essentially concerned about which Law governs each of these new forms of cross-border cooperation and the protection mechanisms that shelter the economic operators.

The Directive provides different guidelines in this regard. Hence, in the case of implementation of centralised purchase by a central purchasing body the national provisions of the Member State where the central purchasing body has its registered office shall apply. The same solution is applied among other cases, to the award of a contract through a dynamic purchasing system.

In any of the four methods for articulating cross-border joint purchasing listed above (joint award of a public contract; framework agreement; administration of dynamic purchasing systems; and the award of contracts based on a framework agreement or on the dynamic purchasing system), the Directive requires the participating contracting authorities to have an agreement in place that determines both the responsibilities of the parties and the relevant national applicable provisions, as well as internal organisation of the procurement procedure, in particular, concerning its management, the distribution of works, supplies or services to be purchased and the conclusion of contracts.

Kindly note the different solution envisaged for the provision of centralised purchasing by a central purchasing body -in which case the applicable legislation is always that of the Member State where such body is located. In the case where several contracting authorities from the different Member States purchase jointly, these States must conclude an agreement that defines, among other issues, the applicable national rules, which may be from any of the respective Member States. In the former case, the Directive imposes the solution while in the latter case it lets the parties decide.

Finally, when setting up a joint legal entity, the participating contracting authorities must choose between applying the national rules of the Member State in which the joint legal entity has its registered office or the national provisions of the Member State where the joint legal entity is carrying out its activities.

However, although the current legal picture is much better than the previous one, it is not enough. As have stressed in detail SÁNCHEZ GRAELLS in a recent paper²¹, having a close look at the provisions included in the Directive, it is clear the legal framework is not sufficient and doesn't cover all the potential legal dimensions that can derive from the

²¹ SANCHEZ-GRAELLS, ALBERT; "Collaborative Cross-border Procurement in the EU: Future or Utopia?" To be presented at the workshop on '*Collaborative Efficiency in Government: The Trend, The Implications*' ECPR Joint Sessions, Scuola Superior Sant'Anna and University of Pisa, 24-28 April 2016.

relationships emerged from the Joint Cross Border Public Procurement.

Besides, It is usual when talking about Joint Cross Border Public Procurement to emphasise only its advantages, but it should not be forgotten that the available data prove that the experiences about it are quite heterogeneous, and there exists no good experiences, as well.

I share this sceptical view. But difficulties must not become an insurmountable wall. And at least, with regard the buying of “innovation”, -so is taking into account the specificity of the object of the purchase-, it is specially relevant the joining of efforts of contracting authorities from different MS. It should be one of the areas where Joint Cross Border Public Procurement would have a greater application, and regarding legal difficulties there is clear evidence that they are being overcome acceptably. So is, in spite of barriers, public authorities have the power and the duty to promote innovation through cross-border joint public purchase as well. Not acting does not solve problems and difficulties, but only favours competitiveness in the long term.

For instance, in a scenario of cross-border procurement by using Joint procurement without being involved Central purchasing bodies- it is particularly interesting the case of awarding jointly a public contract. Tendering a unique procedure could be considered the perfect situation in a Joint Cross Border Procurement scheme. But sometimes precisely because of some of the aforementioned difficulties, -significantly the legal ones-, contracting authorities from different Member States instead of giving up promoting one singular tender prefer to renounce to prepare an unique tender but going ahead with another formula less intense of cooperative or coordinated public procurement. As it will be explained, there are examples of buying innovation projects, where contracting authorities involved choose to promote “at the same time” separate procurement procedures with common elements and common organization. PAPIRUS Project is an example of what we can call “coordinated procurement”.

6. COLLABORATIVE OR JOINT CROSS BORDER PUBLIC PROCUREMENT FOR BOOSTING INNOVATIVE SOLUTIONS

6.1. Introduction: new strategic approach to innovation

In any case, in spite of difficulties, it can be appreciated the interest of the European Commission to encourage the potential of “joint” “cooperative” “collaborative” cross border public procurement. There are different reasons why the European Commission pays attention to this perspective. On one hand, the reach for the economic goals of the Europe 2020 strategy, but also the willness of furthering the single market integration. It is a fact that cross-border purchases help buyers to approach public procurement from a European perspective.

Alongside this, some of the benefits from Joint Cross Border Public Procurement applied to innovation are: a) pooling resources and experiences; b) sharing risks that are typically associated with any innovation activity so that they are manageable for each party; and c) better identification of opportunities.

In brief, the European Commission underlines the desire of the EU to adopt a new strategic approach to innovation, and in this approach, collaboration of public purchasers lies at the heart.

The aggregation of public purchasers with similar market profiles but located in geographically dispersed (local, regional, national or international) areas, may be particularly decisive when launching public procurement of innovation projects (PPI projects). One of the objectives sought to enhance procurement via joint purchase instruments is precisely that of stimulating innovation and internationalisation, in order to obtain technologically advanced and innovative products and services at better prices. Hence, joint international collaboration will significantly increase management efficiency of the public actors that have been attributed competencies in areas of great relevance to the

citizens. The public sector must take advantage of synergies if it wants to extract maximum performance from the innovative potential of the private sector.

As stated by the European Commission in its Communication of 2010 on the Innovation Union, given the scale and urgency of the societal changes and the scarcity of resources, Europe cannot afford any longer the current fragmentation of effort and slow pace of change demanded by society. Therefore, efforts and expertise in the field of research and innovation must be pooled together because this contributes to the generation of a greater critical mass. Conditions that facilitate breakthroughs to rapidly find their way to the market must be created right from the beginning, so that such innovations can quickly provide benefit to citizens and increase competitiveness. The Commission has also identified the fields that particularly need large innovative developments and these are the ones where the greatest societal challenges lie: population ageing, climate change effects and the reduced availability of resources.

Moreover, if we focus just on stimulating innovation, one cannot overlook the fact that one of the great incentives for companies to increase their innovative efforts lies in the size of the market in which they will be able to sell their new products or services. The bigger the market, the more business opportunities will be considered, and greater the interest for achieving satisfactory innovation. This is especially so for new products and/or services whose real demand is still unknown. Market uncertainty and the suspicion that it might be too small for marketing purposes are elements that adversely affect development of innovative products or services. Therefore, the creation of larger markets may be a relevant incentive for arousing the interest of economic operators to participate in projects to buy innovation. Simultaneously, from the point of view of the public sector, generate the said economies of scale, to lower prices payable by the contracting entities.

In this regard, the European Commission, after taking note of the positive experiences of several Member States that supported innovation in pre-commercial procurement through the Small Business Innovation Research (SBIR) programme, has reached the conclusion that this type of approach could be applied more widely and furthermore be combined with joint procurement between different contracting entities,

thereby creating several much larger markets, which would greatly boost innovation and new innovative enterprises, especially SMEs, which are the predominant business fabric in Europe.

However, the potential benefits from the aggregation of purchasers applied to innovative purchase go even further. Other advantages provided by pooling resources and experiences derived from joint public procurement, especially at the international level (of most interest to the object of this study), lie a) in sharing risks that are typically associated with any innovation activity so that they are manageable for each party; and b) in better identification of opportunities. In this case, networking by entities interested in boosting PPI may help uncover potential opportunities for the aggregation of demand in the innovation sector.

It is highly desirable that contracting authorities interested in innovation policies assess the possibility of associating and coordinating with other entities in order to implement this type of projects through aggregation of their demands.

The European Commission, in its aforementioned Communication of 2010, underlines the desire of the EU to adopt a new strategic approach to innovation. In this approach, the aggregation of public purchasers occupies a central location. In fact, the initiative presented by the Commission, which is framed within the scope of the Europe 2020 strategy, seeks to improve innovation conditions in all stages of innovation and development and is furthermore an initiative that is also expected to have a positive impact on employment, growth and social progress in the Union.

In order to help channel this type of joint procurement, the Commission undertook to provide guidance in accordance with the public procurement Directives and to examine the opportunity to introduce additional rules to facilitate achievement of a true cross-border scope. To that end, the new Directive 2014/24/EU (as mentioned in the earlier section), contains new rules for cross-border joint procurement that allow contracting authorities to take full advantage of the internal market potential.

So, if we agree on this approach, the next step consists in identifying some

manners, mechanisms, measures, patterns or guidelines to facilitate the launching of JCBPP for buying innovation.

6.2. *Spurring institutional channels where to achieve information, exchange experiences and provide support (economic, legal, etc.)*

The European Commission has provided significant and increasing support for innovation procurement since 2009, which includes, joint cross-border innovation procurement.

The type of support can be divided into two broad categories:

a) The direct economic support via **Funds**. EU Programmes and in particular the European Structural and Investment Funds and Horizon 2020 offer interesting funding opportunities to promote joint innovation public procurement – including both PPI and PCP –.

b) The Indirect support via measures such as:

The **Procurement of Innovation Platform**, an online platform composed by a website, a procurement Forum and a Resource Centre, that helps public authorities, procurers, policy makers, researchers and other stakeholders harness the power of Public Procurement of Innovation (PPI) and Pre-Commercial Procurement (PCP).

The **Public Procurement of Innovation Award** aimed to recognise successful public procurement practices used to purchase innovative, more effective and efficient products or services²².

The European Assistance For Innovation Procurement (EAFIP), that supports

²² <http://www.innovation-procurement.org/award/>.

public authorities to sign more and better innovation procurements across the EU²³. This initiative focuses on promotion of the benefits of innovation procurement, as well as training and assistance to public procurers with a concrete interest in implementing innovation procurements. The initiative is focus on some public sectors, such as construction, housing and community amenities; health and social protection; education, recreation, culture and religion; environment; public order, safety and defence; exploration, extraction, production, transport and distribution of energy such as electricity, gas, heat, oil, coal, other solid fuels; transport services such as railway, urban railway, tramway, trolleybus, bus services, airport and port related activities; water; etc.

In addition, there are very interesting channels to help public buyers to get involved in this type of purchases. These channels help to generate useful “networks” that contribute to identify common interests and possible partners, and to share the experiences of buyers, what can help to promote good practices and avoid the bad ones or common inconveniences²⁴.

6.3. Elements for success of the PPI, particularly within the framework of joint international procurement

The successful launch of innovative public procurement depends largely on following a set of stages or steps prior to starting the procurement procedure or items related to the same. Some of them are also relevant from the point of view of joint purchasing, which is why attention is later focused on them in this study. As examples of steps required prior to the start of the procurement procedure, we will be discussing

²³ <http://eafip.eu/>.

²⁴ ALHOLA, KATRIINA; SALO, MARJA; ANTIKAINEN RIINA; BERG ANNUKKA; “Promoting Public Procurement of Sustainable Innovations: Approaches for effective market dialogue”, *Global Public Procurement Theories and Practices*, (Editor: Khi V. Thai), Public Administration, Governance and Globalization book series, (PAGG, volume 18), p. 60.

preliminary market consultations, identification and planning of purchasing needs and provision of prior information to the market through the so-called early demand maps. And finally, in view of its special relevance, the support of multidisciplinary technical groups to the contracting entity will also be considered as an element of the procurement procedure.

A) Technological and market surveillance, as instruments for identifying and effectively planning purchase needs

Whatever the objective of the joint purchase and especially in the case of innovative purchase, each of the participating public entities should program or schedule their own needs as an individual contracting body, i.e. it must clearly define beforehand, the products and services that will be procured jointly.

A good planning tool worth having is technological and market surveillance. Technological surveillance involves follow-up of progress made within a technological context and the new solutions generated. However, market surveillance involves monitoring and analysis of the various operators in a given market, such as competitors, suppliers and customers.

Without prejudice to each entity having to perform the aforementioned individual planning, the identification of opportunities can be considerably improved with greater connection and data pooling between the different public sector entities. This collaboration will lead to better planning of procurement. Hence, the promotion of such contacts between public authorities from different countries can be especially fruitful when each of them stays abreast with developments in their nearby markets and shares the news and benefits from these markets with other bodies that would not receive this information immediately. The implementation of joint international procurement can serve to encourage the creation of more or less stable networks to this end.

B) The preparation of early demand maps

After gathering all the information mentioned in the two previous stages (preliminary consultations and technological and market surveillance), the public sector

would be in a better position to design and prepare the specific tendering procedures. In this regard, it should not be overlooked that the PPI framework also contains another key instrument called the "early demand map" for this preparatory phase. These maps are intended to provide anticipated information on the needs of the public purchaser to the market, which will allow private economic operators to focus their R&D activity on such needs. Thus, the early demand maps present two essential characteristics. On the one hand, they require contracting entities to plan their purchases sufficiently in advance and, on the other hand, they allow companies to plan their investments by knowing the real business opportunities offered by the public sector. In short, the early demand map is an incentive to business investment and can stimulate economic growth and creation of employment. And in this case too, the aggregation of efforts can improve effectiveness and results.

C) Preliminary market consultations

As it was explained, the role of public demand is really important to stimulate innovation. But not only demand as such, but also the interaction between demand and supply can have crucial implications for innovation dynamics. EDLER and GEORGHIOU have echoed a range of studies that revealed that a major tool to foster systemic innovation policy is the organisation of a discourse between users, consumers and others affected by innovations in order to articulate and communicate needs, preferences and real demand to the market. Furthermore, the scale and characteristics of demand in a given location have been recognised as major determinants of the competitiveness of locations and their innovation dynamic²⁵.

PPI requires technical expertise and an insight into the market that the public purchasers often do not have. Hence, one of the first needs of the public sector when it wants to undertake a PPI contract is that of contacting those who can provide such

²⁵ EDLER, JAKOB; GEORGHIOU, LUKE; "Public procurement and innovation (...), p. 950.

information, i.e., operators in the respective market specialised independent authorities or experts, etc.

In the case of joint innovative procurement, this need increases significantly, since such aggregation of purchasers presumably involves markets in several countries, which even today can have very different characteristics, even though we are talking about the same subject (for example, think of the telecommunications market, which is very different in Britain than in Greece).

These consultations, which have to be carried out prior to formal start of procurement procedures, are normally articulated through a "technical dialogue" referred to in Directive 2004/18/EC in its recital 8 according to which *“before launching a procedure for the award of a contract, contracting authorities may, using a technical dialogue, seek or accept advice which may be used in the preparation of the specifications provided, however, that such advice does not have the effect of precluding competition”*.

Directive 2014/24/EU devotes its Article 40 to improve this issue.

Public authorities aim to achieve a wide range of information through the contacts provided about the market capacities in which they carry out the contract; the state-of-the art, science or technology; or the type of solutions available in the specific sector. These discussions can also help to define the technical specifications in terms of performance or functional requirements of the contractual services, which then become the object of the contract; to determine the criteria that would be more suitable for awarding the contract to be announced; or to ensure that the economic operators get to know the fields that are of interest to the public sector for future procurements and their requirements.

Information obtained from the preliminary market consultations will be used to plan, design and develop the procurement procedure.

The wider the scope of the public sector call and the greater the participation, especially from the private innovative sector, the greater will be the interest and usefulness of the consultations.

The organisation of these consultations should not be very complex in joint international innovative procurement. The best operational approach would be to hold a prior consultation in each of the participant countries and that each consultation be managed by the public authority or contracting public authorities of the respective country. However, depending on the case and the market characteristics, it might perhaps be more appropriate to hold a single international consultation or several consultations in the one country.

Even though these consultations were possible until now, there was no regulation governing how they should be carried out. Given that reference to the market consultations are made in the articles of Directive 2014/24/EU and not just in one recital and that the aim is to boost and promote innovative procurement, the transposition laws should at least provide certain applicable guidelines in this respect.

In accordance with Article 41 of Directive 2014/24/EU, all contacts made between the public and private sector as a result of these consultations must be inspired on the principles of transparency and equal treatment and non-discrimination of the participants, so as not to distort competition in future tenders whenever economic operators that were also present in the technical dialogue participate.

It is demonstrated that when these queries are made the desired innovation is achieved more quickly.

In international projects, as will be discussed later, these consultations are usually carried out in the different countries involved, particularly with economic operator in the sector.

D) The support of multidisciplinary technical groups

In order to ensure smooth running of innovative procurement, it is important to have a team of independent experts with multidisciplinary training and sufficient technical expertise in several areas, such as legal, technical, economic or project management. In this regard, it is recommended that the contracting authority have the support of a

multidisciplinary technical group throughout the contracting procedure and even for drafting the procedure. The group's mission will be to advise the contracting entity or entities on the different technical-innovative issues connected with the subject matter of the contract.

These multidisciplinary technical groups are even more important in many cases of joint international public procurement because of the coordinated nature of the contracts. It is advisable that the group or committee be unique and common given the coordinated nature of the purchase. It should be composed of a balanced number of members appointed in accordance with the proposals made by each public entity involved in the call for tender or tenders. Hence, there will be one or more tenders depending on whether the various entities convene a single procurement procedure or each one carries out its own procedure, albeit coordinated with the rest, for technical-innovative aspects. Obviously, if it is a case of a central purchasing body located in a Member State other than that of the contracting authority, then the applicable provisions will be the national provisions of that Member State (Article 39(3) of Directive 2014/24/EU). If, like in Spain, there are no regulations envisaged in this regard, then in such a case, parties should reach a consensus on the establishment of a multidisciplinary technical support group for the various purchases to be carried out.

If the mentioned multidisciplinary technical group is established, then the entities involved in the procurement shall decide on the specific functions to be assigned to this group, as well as the governing guidelines or rules of operation, for example, the working language, the exact number of members, the procedure for carrying out the meetings, the meeting venue or venues, etc.

7. INNOVATIVE SMEs: THE NEED TO ACCOMODATE THEM IN JOINT CROSS BORDER PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURES

This paper has so far highlighted the benefits of joint purchases or aggregation of purchasers for boosting innovative public procurement. However, these techniques can also pose some relevant risks that need to be taken into account in order to take the necessary

measures to minimise them. It would be appropriate to now focus on one such risk, namely; the possible exclusion of innovative SMEs from these contractual procedures.

Directive 2014/24/EU is well aware of these problems and first admits the strong aggregation trend of demand shown by public purchasers from various States in view of the advantages discussed hereinabove. It then advocates the need for careful monitoring of their implementation *“in order to avoid excessive concentration of purchasing power and collusion, and to preserve transparency and competition, as well as market access opportunities for SMEs”*. This concern is clearly in line with one of the main reiterated aims of the Directive, namely; to facilitate and promote participation of SMEs in public procurement, in line with the Commission’s Communication *Small Businesses Act for Europe*, and even proposes adaptation of public procurement to the needs of SMEs.

Paradoxically, despite their smaller size in relation to other companies or thanks precisely to the same, SMEs manifest a spirit and entrepreneurial dynamism that highlight their capacity to adapt to the economic environment. Their great potential for technology and knowledge innovation in turn is a decisive contribution to economic growth and social sustainability. In Spain, as well as in other countries, the innovative technological offer linked to ICTs in many fields is led by innovative SMEs that confer a high added value on to our business fabric. Their high degree of flexibility and speed when adapting to changes demanded by the market from time to time, play a major role in innovation and adaptation of new technologies.

In Europe, SMEs and the self-employed stand out within the business fabric for their quantitative and qualitative importance. Studies show that it is precisely these companies and entrepreneurs that are one of the main drivers of the economy given their capacity to generate employment and potential for creating value.

In order to respond to and alleviate as far as possible, the risks referred to in the specific case of instruments for aggregation of purchasers, one of the measures that should be boosted is the aforementioned interrelationship between the different business sector operators, especially the relationship between innovative SMEs and larger firms. On the

other hand, the creation of networks between innovative SMEs may encourage cross-border cooperation through which a greater effectiveness and scope can be achieved in the development and improvement of instruments to support innovation.

8. ANALYSIS OF CASES

Below are two cases which we found particularly interesting in response to the various aspects covered hereinabove. We are also aware of other interesting scenarios like the project HAPPI -*Healthy Ageing - Public Procurement of Innovations*-, or the project epSOS -*European Patients Smart Open Services*-, but in order to avoid unnecessary repetitions, we felt it was appropriate to focus attention on just two of them, and therefore we have chosen one example from each of the two PPI modalities, i.e., one example of pre-commercial public procurement and another on public procurement of innovative technology.

8.1. The DECIPHER Project

The DECIPHER project (*Distributed European Community Individual Patient Healthcare Electronic Record*)²⁶, i.e., shared clinical record of patients in the European Union), was an innovative public procurement project, in the pre-commercial modality, that was promoted and co-funded by the EU and included within the European Commission's seventh framework programme (FP7). It had a budget of € 900,000. The project started in February 2013 and ends in March 2017.

The project aimed to develop a mobile application that allows citizens to securely access their health data when they move to other countries. The application should be flexible and compatible with the different infrastructures, standards and interfaces that each health system uses, as well as fully comply with the laws and regulations that guarantee

²⁶ <http://www.deciphercp.eu/>.

security and privacy of data access. The project started in February 2013 and had a term of three years.

Several countries, namely: Spain, Italy, United Kingdom and Finland are participating in the project. Spain participated through the Department of Health of the Catalanian Government, via the TicSalut Foundation, which acted as the tendering organisation, and the Catalanian Quality and Health Assessment Agency (AQuAS), which coordinated the pre-commercial public procurement process and performed project evaluation.

This pre-commercial public procurement (PCP) was structured into different phases as shown in the following diagram:

The first phase, called Phase 0 (or exploratory phase), was based on an open tender process in which any company could participate. After concluding the Phase 0 tender process, the proposals received were evaluated and the best 9 proposals were shortlisted to participate in Phase 1. Companies or consortia which progress to this new phase (Phase 1) would receive a maximum of €25,000 each to develop a design proposal for the solution in 3 months. After completing Phase 1, all proposals from participants were re-evaluated and the 6 best designs were selected to participate in the next phase (Phase 2). The solution proposals that survived this phase received a maximum funding of €52,500 each to develop a prototype in a maximum period of 6 months.

Prototypes were evaluated again at the end of Phase 2 to select the three that best answered the needs identified by the health system to participate in the following phase (Phase 3), where each participant received €120,000 to test the prototypes developed during a period of 9 months. Projects would then enter in the last phase (Phase 4), which corresponded, to marketing of the product or service.

In total 16 bids submitted by 22 organizations from 7 countries. Nine bidders were awarded and entered Phase 1 of DECIPHER PCP. Six bidders prepared their prototypes in Phase 2. Three bidders entered Phase 3.

An international consortium of entities from all participating countries (Spain, Finland, Italy and the United Kingdom) was created to implement this project. In particular, the consortium was comprised of four public sector healthcare authorities (Catalonian Quality and Health Assessment Agency/Spain, ESTAV Center/Italy, TicSalut/Spain and CMFT-TRUSTECH/United Kingdom; the latter three were the authorities that were buyers of PCP DECIPHER) and of three other additional organisations (ANCI Innovazione/Italy, Barcelona Digital Center Tecnològic/Spain and VTT Technical Research Center of Finland). These additional organisations contributed to the DECIPHER project by providing support to technically define the subject of this PCP, as well as by evaluating tender bids and the development of solutions.

However, as has been indicated earlier, project coordination and evaluation of the technologies developed, as well as the overall innovation process, was managed by the Catalanian Agency AQuAS, on behalf of all the contracting entities that participate in the project. It was the sole 'Contracting Entity' that represents the consortium and it acted with the support of a "Procurement Committee", chaired by the Director of AQuAS. This Committee, in turn, was supported by an "Expert Committee" comprised of:

A) External experts appointed by the "Contracting Entity" drawn from among patients, health professionals, experts in e-health and/or mobile solutions and investment experts related to these matters.

B) Experts appointed by the procurement entities of PCP DECIPHER.

C) Technical experts appointed by the "Contracting Entity" at the behest of the PCP DECIPHER consortium. These in turn are members of one of the PCP DECIPHER consortium partners. Procuring entities are excluded from the expert committee.

This project was considered to be a big step forward for the configuration and organisation of international joint public procurement models and processes. This was the first time ever that several European public health administrations have formed a consortium in conjunction with technology suppliers, to define the technological solutions required to address the needs of health systems.

In order to stimulate participation of SMEs, the tendering specifications included some measures that can be viewed as favourable for such promotion. In particular, the participation of entities similar to the temporary joint ventures (termed Grouping of Tenderers) was envisaged. This is so because *any natural or legal person (including duly registered non-profit entities such as, for example, universities), can participate, either individually or as a group or association that encompasses several tenderers that is temporarily created precisely to participate in PCP DECIPHER and to assume responsibility for the implementation of the contracts awarded within the framework.*

Moreover, it was permitted a high amount of subcontracting in each phase of the procedure, i.e., up to a total of 49% of the services to be executed.

Prior to implementation, a “*Market Consultation Day, DECIPHER Pre-Commercial Procurement process*” was organised. This contributed to raising awareness about the contractual process and was attended by some sixty-company representatives from different countries. Attendance at the event was free and companies specialised in healthcare technologies and R&D centres were invited to participate. The objective was to inform companies present about the scope of the project, the pre-commercial public procurement process that was being developed, and the needs and requirements of the IT application that had to be developed.

Another issue of great interest that the DECIPHER project highlights is the one related to the applicable law and competent jurisdiction for resolving any conflicts that could arise.

With regard to the applicable law, the bidding specifications expressly stated that the entire procedure of PCP DECIPHER would be governed by Spanish law. Moreover, since this was a pre-commercial public procurement that meets the requirements of EU Law (namely, that the award is directed towards R&D services paid in full by the contracting authority and that risks and benefits are shared between the public purchaser and the winning companies, and furthermore, that the innovative solutions are far better than those available in the market), the contract was outside the scope of the European Directives, as

well as of the Spanish TRLCSP (Consolidated text of the Public Sector Contracts Act); that is to say, it was an excluded contract. However, as the specifications indicated, in accordance with the provisions of Article 4(1)(r) of the TRLCSP, the principles of publicity, competition, transparency, confidentiality, equality and non-discrimination, and that of the most advantageous economic proposal, were guaranteed throughout the procedure. They also clarify that the competitive procedure (particularly, although not exclusively, the decisions on exclusion of tenderers and the award of the framework agreements and contracts) would be subject to Spanish Administrative Law, and of special relevance in this case is the Common Administrative Procedure Act. However, any decisions, issues and/or discrepancies concerning the performance of the contracts, once awarded, would be subjected to the general Spanish Civil Law, with special relevance in this regard to the Spanish Civil Code.

As can be seen, the DECIPHER specifications applied the doctrine of detachable acts according to which contract preparation and award was governed by Administrative Law, while contract effects, compliance and extinction were subject to Private Law.

In regard to the competent jurisdiction for resolving any conflicts that could arise, the DECIPHER specifications began by asserting the exclusive jurisdiction of the Spanish courts, which was construed as accepted upon mere submission of the proposals by the candidates.

In coherence with the applicable Law, the specifications further clarified, that the selection of contractors was the competence of the Administrative jurisdiction, in particular, the Administrative Chamber of the High Court of Catalonia, with prior appeal for review before the Regional Minister of Health of the Government of Catalonia.

In contrast, any dispute or claim related to the implementation of the Framework Agreement or with the contracts concluded between the “Contracting Entity” and the contractor would fall under civil jurisdiction, in particular, with the civil courts (courts of first instance of Barcelona).

One of the problems presented by the exclusion of the PCP contracts from the TRLCSP, along the terms expressed in its Article 4(1)(r), was regarding the jurisdiction that must be considered competent to deal with any arising conflicts. In this regard, a solution other than that stated in the DECIPHER specifications and which we feel is more in line with the public nature of the activity being carried out, was based on the understanding that the PCP contracts concluded by public entities, when fulfilling some of their public specific competence functions, are special administrative contracts, and hence are the competence of the administrative jurisdiction, even during the implementation phase.

8.2. The PAPIRUS Project

The other project to which we want to pay attention to is the so-called PAPIRUS Project (*Public Administration Procurement Innovation to Reach Ultimate Sustainability/Innovation in Hiring Public Administration to Achieve Maximum Sustainability*)²⁷. It was a project co-financed by the European Commission whose duration was from October 2013 to October 2016.

The development of this project aimed to introduce innovative solutions in the construction sector. Specifically, its objective was to promote the use of new materials and possibilities capable to generate of Zero Energy consumption, both in new buildings and in rehabilitated buildings. That is, the goal was to achieve environmentally sustainable construction.

The EU's concern for this area is understood if we realize that urban buildings are responsible for 40% of energy consumption in Europe. This consumption accounts for about a third of the carbon dioxide emissions in the continent. This consumption accounts for about a third of the carbon dioxide emissions in the continent. In view of these figures,

²⁷ <http://www.papirus-project.eu/>.

it has seemed appropriate to promote public action aimed at improving them so as to reduce significantly the emissions of greenhouse gases in the coming years, both in new buildings but also in the rehabilitation of buildings. The European objective is to achieve a reduction of emissions between 80% and 95% by 2050. In this goal, the involvement of Public Administrations will have a clear role.

In this project there were four countries involved, Spain, Italy, Norway and Germany. The contracting parties were: in Spain, Sestao Berri 2010 S.A, (Urban regeneration agency of Sestao); in Italy, ATC Torino (Territorial Agency for housing in the province of Turin); in Norway, Oslo Kommune (City of Oslo); and in Germany, the Landratsamt Enzkreis (Municipality of Enzkreis). Each of the participating parties chose one or several buildings to be built or rehabilitated using the new innovative technologies provided by contractors for the different fields of construction required. The type of buildings to which the innovations were applied was very different. In Spain was promoted the construction of two buildings included in the social housing system. In Italy these technologies were applied to the rehabilitation of a social housing building. In Norway, to build a nursing home. Finally, in Germany it was promoted to the rehabilitation of an educational building.

Due to legal difficulties it was decided to launch four procurement procedures. PAPIRUS is an example of “coordinated public procurement” in four pilot sites in four European countries (Spain, Germany, Norway and Italy). So it was not a model of joint procurement in the narrow sense of the expression.

Each of the contracting authorities promoted its own contract, with its documentation, publication, their respective award, etc. Each tender procedure was performed in the respective national language and in English. The PAPIRUS partners launched at the same time four Open Procedures in the four countries involved. The tender documents of each procedure were adapted to the particularities of each procuring entity’s national legislation as well as the technical requirements of each case study.

Notwithstanding, relevant aspects were established on a consensual basis and were, therefore, common to the four contracts. Thus, the identification of the issues in which innovations were looked for; the definition of functional specifications that should be satisfied through the awarded companies; the award criteria of the contracts; or the moment in which the contract procedures were launched, (it was desired these moments were as close as possible), etc. For instance, the award criteria were prepared by a “Joint Cross-Border Evaluation Team” (JCBET), composed of members from the four pilots and the project coordinator Tecnia. The (JCBET) had also an important role in the evaluation of the bids. The composition of the JCBET was aligned with the national regulations of each contracting entity.

As far as the thematic fields were concerned, the five that were chosen were related to the following functionalities: the reduction of energy losses through the opaque envelope of buildings (for example, super-insulation); The reduction of energy losses in winter and solar gains through the window in summer (e.g.: smart window); The development of technologies that provide good quality natural lighting (e.g. technologies for the use of natural lighting); The proposal of thermal energy storage solutions that increase thermal comfort and change the maximum heating and cooling loads (e.g. materials and solutions for storage of thermal energy); And, finally, the development of lightweight prefabricated panels with low CO₂ emissions (for example, the industrialized internal partition with minimal thickness, high thermal and acoustic insulation and low carbon footprint).

As regards the buildings to which these innovations will be applied, they were very different in each country. In Spain was promoted the construction of two buildings of official protection; In Italy these technologies were applied to the rehabilitation of a social housing building; In Norway to build a nursing home; And in Germany to the rehabilitation of an educational building.

In spite of the fact that, as mentioned above, each of the entities convened its own contract, in this case an international consortium was also created. It was integrated by seven members from five different countries: Tecnia Research Innovation Foundation

(Spain) as Technical expert and, in addition, as general coordinating entity of the project; Oslo Kommune (Norway), Landratsamt Enzkreis (Germany), ATC Torino (Italy), Getica Srl (Italy) and Sestao Berri 2010, S.A. (Spain), who acted as public buyers; and ASM Centrum badan i analiz rynku sp. ZOO. (Poland), which is an expert in outreach.

In addition to the various meetings and contacts between the parties involved in the project, a number of preliminary market consultations took place. One in Brussels and others in the four countries involved. More than 200 representatives of interested companies attended to these meetings. In those events the companies were able to know the characteristics of the project; The needs that were wanted to be satisfied; Express their concerns (for example, the difficulties of SMEs to participate in these contracts); Or even promote ideas on evaluation criteria to be considered in subsequent tenders, etc.

As regards the Law applicable to contracts, unlike the previous case, in this case four different contracts were launched, -although with some important common characteristics as mentioned above-, for instance the applicable Law was in each case the one of the country where the contract was launched. Therefore, four different legislations were applied: Spanish, Italian, Norwegian and German.

As regards the promotion of SME participation, the four contracts launched included the possibility that different companies, associated or temporarily consorted, could submit a joint offer. Likewise, it was also allowed a considerable margin to subcontract part of the works and services, although in this case, the specific percentage was established by each contracting entity, so it was not the same in all contracts.

As mentioned before, there were five thematic areas addressed by this project. This resulted in the identification of five different lots. Each of the contracting authorities decided the lot or lots that would include in the particular contract that would launch. This decision was made depending on their economic availabilities and on the specific characteristics of the constructions to which the innovations would be applied. For example, in the case of Spain, the contract included only two lots: a) Solutions to reduce

energy losses through buildings opaque envelope; b) Solutions to reduce energy losses in winter and solar gains through window in summer.

The type of the contract was diverse from one country to another. Thus, each contracting authority configured its contract depending on the scope of the activity to be assumed by the awarded bidder. In Spain, it was conceived as a service contract that had as its object the purchase of products and the operations of installation of such products. In Germany as a public works contract that also had as its object the acquisition of products and their installation. In Italy, as a public supply contract excluding the installation and placement of materials. Finally, in Norway it was conceived as a public supply contract, which aimed at the purchase of products and operations for its installation.

A very low number of offers were submitted in all four countries, but not for all lots. This contracts with the huge interest and participation in the five market events beforehand. One bidder' groups formed, no actual international participation was detected. There were presented: Torino: 3 offers; Oslo: 4; Germany: 10; Spain: 6. But twelve offers had to be excluded. As a result of the few offers Torino and Oslo launched new tenders for some lots.

All but one contract awarded after the PAPIRUS coordinated tender have been executed smoothly and reliably. One of the companies awarded by Sestao Berri (Spain) had a financial crack, so they proposed the cession of the contract to another company, which could fabricate, supply and install the same product.

The project coordinator of PAPIRUS Project, Tecnalia, prepared a really useful document explaining the main characteristics of the project. It also included a section about "lessons learned" where it is explained that PAPIRUS partners faced and overcame quite a lot obstacles and barriers during the innovative procurement process.

In the pre-tender stage the main difficulties lay in finding a common ground for the coordinated tender in four different countries. Besides, the preparation of common tender documents was very challenging because of the differences in national law and in practice regarding public procurement among the four participating countries. In spite of

the EU legislation (Directives), national legislations were found out to be a barrier for joint procurement.

The preparation of the coordinated tender was the most time-consuming and challenging phase of this project. The PAPIRUS consortium not only established convincing tender documents and manageable means of awarding the offers, but also created a climate that aimed to facilitate cross-border procurements and the participation of SME and bidder's consortia. Still, despite all the efforts the participation in the tender was disappointing, and many bids had to be excluded.

The consortium drew the some conclusions from the low number of bids:

a) The tender documents were too demanding, the requirements were not specified clear enough and included too many criteria, particularly award criterion; the bidders were discouraged and not ready for this kind of justification package they had to provide; b) Involve all important actors from an early stage, like end-users, technical and legal experts, policy makers, officials; c) Too many award criteria and requirements disrupt the focus of really important objectives and the functionality required; d) PPI requires subjective award criteria; mathematical formula limit the freedom to propose different innovative solutions.

Future implementation of PPI by the different partners.- Encouraged and motivated by the results and lessons learned of the PAPIRUS project the four partners who are public procurers will definitely use PPI for further suitable procurements in the future – not only in the construction sector.

9. CONCLUSIONS

At this point, we can offer a final conclusion. As a general consideration, the first idea that must be highlighted is that Joint or collaborative public purchases –which broad meaning we have explained in this chapter- may entail relevant advantages that can contribute to maximize the efficiency of the buying power in the public sector.

There also exist limitations, difficulties or disadvantages that must be taken into consideration when launching JCBPP Projects. However, taking into particular consideration the specificity of the object of the purchase: Innovation, to stimulate maximum expected results the joining of efforts of contracting authorities from different MS can be specially useful.

There already exists quite interesting experiences in launching JCBPP for buying innovation, but research and practice on this topic is still too scarce. In any case, improving the preparation of these projects, learning from the experience and, in particular, solving the legal problems for their implementation, are some of the main challenges vis-à-vis the regulation on public procurement in the immediate future.

There is no perfect model of collaborative purchasing, and buyers should identify and choose the coordination or collaboration strategies that best suits to each case, but according to the experiences carried out up to the moment, there are evidences that JCBPP can be a very effective tool to boost better innovative solutions.

The benefits associated to the Innovation makes it worth gamble for the intensification of the JCBPP in this field.

**THE POWERS OF THE ITALIAN ANTI-CORRUPTION
AUTHORITY IN PUBLIC PROCUREMENT: NEW TOOLS TO
PURSUE GOOD ADMINISTRATION?**

Dott.ssa Flaminia APERIO BELLA*

INDEX

- 1. INTRODUCTION**
- 2. THE GOOD ADMINISTRATION AS AN OPEN LEGAL CONCEPT**
- 3. 3. THE HISTORY SO FAR**
 - 3.1. *Public Procurement Tasks***
 - 3.2. *Anti-Corruption Tasks***
 - 3.3. *The History in a Nutshell: the “Super Powers” of ANAC***
- 4. THE NEW POWERS OF ANAC IN THE FIELD OF PUBLIC
PROCUREMENT**
- 5. AN OUTLOOK RATHER THAN A CONCLUSION**

* Dott.ssa F. Aperio Bella, Postdoctoral Researcher - University of Roma Tre

1. INTRODUCTION

The title of the paper gives three important information about the topics we are going to analyse.

First of all the subject of our analysis will be the Italian Anti-corruption Authority.

Secondly the object of the study will focus on the powers of this Authority in the field of public procurement

Finally there is a question: are those powers efficient and appropriate tools to pursue good administration?

The article will be divided accordingly in three parts: the foundation of principle of good administration and its legal basis at European level will be analysed first. The history so far of the Italian Anti-corruption Authority will follow. A focus on the new powers of the Authority introduced since 2016 in the field of public procurement will conclude the analysis.

2. THE GOOD ADMINISTRATION AS AN OPEN LEGAL CONCEPT

The principle of good administration is an open legal concept which increasingly appeared in the jurisprudence of the European Courts (EU and ECHR).

H.P. Nehl, in the first monograph dedicated to Principles of Administrative Procedure in EC Law, stated that *“The notion “good administration” in the broad sense is nothing but an aid to describing the corpus of the continuously evolving – legally*

enforceable and unenforceable – procedural and substantive requirements with which a modern administration has to comply”².

In a procedural perspective the term “good administration” embodies some basic features generally underlying procedural constraints on administrative decision-making.

The requirements of individual right to good administration stem from the fundamental principles of the rule of law, such as those of lawfulness, equality, impartiality, proportionality, legal certainty, taking action within a reasonable time limit, participation, respect for privacy and transparency. These fundamental principles provide for procedures to protect the rights and interests of private persons, inform them and enable them to participate in the adoption of administrative decisions³.

At a legislative level the principle of good administration is mainly analysed under the aspect of the attained legal standards (leaving aside discussions about ethics in the public service). However, at least for the analytical purposes of this paper, only the procedural aspect shall to be taken into account, excluding the analysis of the role played by the above mentioned principle in the definition of an “administrative culture” by instigating process of conceptual and mind-changing convergence⁴.

² H.P. NEHL, *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Oxford, 1999, 13.

³ It has been noted that dividing line between positive obligations (on public authorities as to how administrative procedures ought to be carried out) and negative obligations (entailing individual guarantees) imposed by the principle of good administration “is fuzzy, with substantive and procedural aspects overlapping. For instance, the duty to provide reasons for decisions that affect individual rights may be understood as fostering the principle of lawfulness on the part of administration as well as offering legal protection for the individual” (U. STELKENS, A. ANDRIJAUSKAITE, *Added Value of the Council of Europe to Administrative Law: The Development of Pan-European General Principles of Good Administration by the Council of Europe and their Impact on the Administrative Law of its Member States*, Speyer, 2017, 24).

⁴ See K.P. SOMMERMAN, *Towards a Common European Administrative Culture?*, in J. ZIEKOW (eds.) *Grundmuster der Verwaltungskultur*, Nomos, 2014, 606, also for more references to doctrine.

The right to good administration, enshrined since 2000 in Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the EU (hereafter CFR), acquired legally binding status thanks to the entry into force of the Treaty of Lisbon. Legal scholars do agree that the catalogue of principle's sub-elements provided by art. 41 CFR is not exhaustive, and that the case law of CJEU still remains a benchmark⁵.

The Italian Constitutional Court use to describe the above mentioned principle as a result from the constitutional traditions common to the Member States, connected to our constitutional principles of equality (art. 3), impartiality and "buon andamento" (provided by art. 97 and considered by many Italian scholars to be a duty of good administration or, literally, best practice in the public administration)⁶.

There is hardly any doubt that an established authoritative catalogue of general principles of EU administrative procedural law does not exist - neither as an instrument of primary or secondary EU law, nor in the jurisprudence of the CJEU, nor is there a minimum consensus in scholarship about such a list⁷.

With considerable effort the Research Network on EU Administrative Law (ReNEUAL) developed on 2014 a set of Model Rules, combining the need to bring

⁵ F. TRIMARCHI BANFI, Il diritto ad una buona amministrazione, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da) Trattato di diritto amministrativo europeo, Milano, 2007, 49 ss.; H.P. NEHL, *Good Administration as procedural right and/or general principle?*, in H. HOFMANN, A. TÜRK (eds), Legal Challenges in EU Administrative, Cheltenham, 2009, 322 ss.; S. CASSESE, Il diritto a una buona amministrazione, in Studi in onore di Alberto Romano, Napoli, 2011, 115 ss.; K.P. SOMMERMAN, Towards a Common European Administrative Culture?, already quoted, 618; J. PONCE, The Right to Good Administration and the Role of Administrative Law In Promoting Good Government, 2016, 7, available at the Website <https://ssrn.com/abstract=2737538> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2737538>.

⁶ See, among most recent decisions, Corte Cost., 4.6.2012, n. 148; Corte Cost. 3.11.2016, n. 231.

⁷ D.-U. GALETTA, H.C.H. HOFMANN, O.M. PUIGPELAT, J. ZILLER, The General Principles of EU Administrative Procedural Law. An in-depth Analysis, in Riv. it. dir. pub. com., 5, 2015, 1421 ss.

together in one document existing principles, which are scattered across different laws and regulations and in the case-law of courts, with a innovative-codification approach⁸. Even if the Rules will not mature into a legally binding EU code on administrative procedure, they do represent, without any doubt, a “model” for legal scholars. However, for the purposes of this analysis the scope of Model Rules is too broad and, in the meantime, too specific to represent a paradigm of the content of the principle of good administration to take into account for the analysis of national rules.

An important document to clarify the meaning of principle of good administration is the Recommendation CM/Rec(2007)7 on good administration, enacted by the Council of Europe (hereafter CoE), according to art. 15 of the Statute of the CoE⁹, which drew inspiration from the European Code of Good Administrative Behaviour of 2001¹⁰.

The Recommendation represents the more recent (and probably most interesting) product of the activities of the CoE in administrative matters and it has been described as a promising tool to harmonize the core structures of administrative law of the 47 Member

⁸ See Introduction to the ReNEUAL Model Rules / Book I – General Provisions that can be found on the website of the ReNEUAL: <http://www.reneual.eu>. For a more recent and shorter version of the proposal of codification see D.-U. GALETTA, H.C.H. HOFMANN, O.M. PUIGPELAT, J. ZILLER, Proposal for a Regulation on the Administrative Procedure of the European Union’s institution, bodies, offices and agencies, in europarl.europa.eu/studies, 2015. For the Italian version see G. DELLA CANANEA, D.-U. GALETTA, H.C.H. HOFMANN, J.P. SHNEIDER, J. ZILLER (a cura di), Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell’Unione Europea, Napoli, 2016.

⁹ Article 15 refers to the recommendations of the Committee of Ministers to the government of its members. These recommendations are not binding on the Member States, However, Member States have to report on their implementation to the Committee of Ministers.

¹⁰ See P. GERBER, Recommendation CM/Rec(2007)7 on good administration – general presentation, in Council of Europe (ed.), In Pursuit of Good Administration – European Conference Warsaw, 29-30 November 2007, 2008, 3 ss. For an in-depth analysis see U. STELKENS, A. ANDRIJAUSKAITE, Added Value of the Council of Europe to Administrative Law: The Development of Pan-European General Principles of Good Administration by the Council of Europe and their Impact on the Administrative Law of its Member States, Speyer, 2017.

States of the CoE¹¹. The recommendation provides for a model code, intended to bring previously disparate standards of good administration together and to promote the concept of good administration by encouraging Member States to adopt, as appropriate, the standards set out in the “model code” and assuring their effective implementation.

Thanks to its clear formulation and its reasonable length, first and foremost the “model code” enacted by CoE will be considered in this analysis.

3. THE HISTORY SO FAR

Italian Anti-corruption Authority is a public independent body of composite nature which combines the role of effective public procurement policy supervisor and the role of body in charge for fighting against illegality and corruption by ensuring transparency. The process that brought ANAC to be vested with such complex role is the outcome of an interesting evolution that will be briefly examined in the following pages.

It is worth to separate the analysis in two parallel paths: the one related to public procurement system and the one related to the transparency and anti-corruption.

¹¹ U. STELKENS, A. ANDRIJAUSKAITE, Added Value of the Council of Europe to Administrative Law, quoted, 34. Founded in the aftermath of the Second World War the main aim of the CoE was to ensure peace on the European continent. This rationale of the CoE is reflected in art. 1 of the Statute of the CoE, where is stated that “The aim of the Council of Europe is to achieve a greater unity between its Members for the purpose of safeguarding and realising the ideals and principles which are their common heritage and facilitating their economic and social progress”.

3.1. Public Procurement Tasks

Since the Green paper of European commission of 1996 about “Public procurement in European Union”¹² EU system suggested to Member States to entrust the supervision of its contracting entities to an independent Authority, following the model of Sweden. The aim of the drafters of the Green paper, is that the very existence of such an Authority should “even prevent behaviour giving rise to complaints, thereby reducing the potential burden on national courts and tribunals as well as on the Community institutions”¹³.

The same suggestion was repeated in a Communication adopted by the Commission in 1998, while the EU Commission also specified that with its previous Communication it was “not proposing that new institutions are set up from scratch, but rather that already existing bodies, such as audit offices or competition authorities, be used for the purpose”¹⁴.

These suggestions has been translated into law on 2004, when the directives 2004/17/EC and 2004/18/EC provided that to ensure their implementation Member States may, among other things, appoint or establish an independent body¹⁵.

¹² Communication adopted by the Commission on 27th November 1996 on the proposal of Mr. Monti.

¹³ “Experience suggests that not only does this authority handle particular complaints, its very existence may even prevent behaviour giving rise to complaints, thereby reducing the potential burden on national courts and tribunals as well as on the Community institutions. With a view to monitoring application of the rules more effectively at national level, it could be worthwhile for other Member States to set up a similar body” (see the quoted Green paper, p. 17).

¹⁴ Communication adopted by the Commission on 11th March 1998 on “Public procurement in the European Union”.

¹⁵ See art. 72 “Monitoring mechanisms”, 2004/17/EC, witch, inter alia, provides that “...Member States shall ensure implementation of this Directive by effective, available and transparent mechanisms. For this purpose they

The legislative instrument chosen by the EU legislator (the directive) allows Member States to decide upon the way of implementation of such provision: giving Authorities the power to oversight the public procurement procedures, also introducing systems to gather information and data about public contracts.

Those two tasks were (at least formally) already in place in Italy after the establishment of the Authority for the Supervision of Public Contracts “AVCP” (instituted in 1994 but in operation from 1999)¹⁶, in charge of monitoring public procurement by fostering compliance with principles of fairness and transparency; and after the introduction, within the Authority (in the same structure) of the Osservatorio dei contratti pubblici, an office in charge of collecting information on public contracts all over the country (in particular, those related to tenders and contract notices, awarding, participating undertakings, the use of workforce and related safety standards, costs, execution time schedule etc.) and also of updating the software designed to enable all judicial records to be exchanged within a short timeframe¹⁷.

The Authority had only oversight powers but not the power to sanction infringements.

Is important to outline that the Authority never had “quasi-judicial” competence. Overall, in Italy remedies against administrative measures or inaction are, also in the field

may, among other things, appoint or establish an independent body”. The same provision was in art. 81 of directive 2004/18/EC.

¹⁶ About the constitutional compatibility of such Authority regarding to the distribution of legislative powers between regions and central State, see the decision of the Italian Constitutional Court 7.11.2005, n. 428.

¹⁷ For the list of competences of the “Osservatorio” see art. 6, c. 5-8, l. n. 537/1993; art. 4, l. n. 109/1994; art. 13, D.P.R. n. 573/1994.

of public procurement, judicial remedies before administrative courts¹⁸. Public procurement litigations represent a huge part of the workload of administrative courts, even if legislator is constantly introducing measures to reduce it (rising costs and speeding-up procedures).

The Authority's powers were increased in 2006, when Italy implemented the quoted directives of 2004¹⁹, including, inter alia, the power to

- sanction the parties;
- ensure compliance with the legislative and regulatory framework by verifying, also with sample surveys, the fairness of contract award procedures;
- ensure that the performance of the contracts has not resulted in waste of public resources;

¹⁸ In the area of public contracts European lawmakers understood early on that substantive provisions were not enough to safeguard the “*effet utile*” of what has become EU law. Directive 89/665/EEC first regulated remedies in public procurement cases. Specific remedial rules for the utilities sector were soon enacted in Directive 92/13/EEC (the Utilities Remedies Directive). EU directives allow member states to decide upon the identification of the “bodies responsible for review procedures” (breviter “review bodies”) in charge of determining a possible breach of substantive directives and whether such review bodies should or should not be judicial in character. The remedies to be provided under the two original remedies directives correspond to the traditional administrative law remedies in those jurisdictions following the French model: interim relief (suspension), setting aside (annulment) and damages. Directive 2007/66/EC, amending (but neither replacing nor repealing the previous Directives) introduced new remedies to be provided by Member States like standstill period, ineffectiveness of contract signed with egregious breaches of EU public procurement law. See R. CARANTA, Remedies in EU Public Contract Law: The Proceduralisation of EU Public Procurement Legislation, in *Rev. eur. adm. law*, 1, 2015, 75 ss.; M. COMBA, R. CARANTA, Administrative Appeals in the Italian Law: On the Brink of Extinction or Might They Be Saved (ad Are They Worth Saving)? in D.C. DRAGOS, B. NEAMTU (eds.) *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Berlin-Heidelberg 2014, 87.

¹⁹ See. art. 6 Legislative Decree 12.4.2006, n. 163.

- warn the Government and the Parliament, with appropriate communication, of particularly serious non-compliance or distorted application of the rules on public contracts;
- submit to the Government proposals for legislative reforms on public contracts;
- transmit its acts and its findings to the supervisory bodies (also jurisdictional) if any irregularity is found;
- supervise the activity of the Osservatorio;
- give non-binding advices if requested by the bidders or by contracting entities to guide them in the interpretation of rules applicable.

As we will see below, in the latest reform something is changing regarding these advices²⁰.

The Italian lawmakers vested the Authority with new powers in order to attain the dual aim of ensuring the fairness and transparency of the award procedures, as a guarantee for competition between economic operators, and monitoring the quality of contracts ensuring efficient and economic execution of contracts.

Among scholars it was discussed whether those power were sufficient to pursue effectively the tasks assigned to the Authority²¹.

On 2014 the current Anti-corruption Authority absorbed the competences of the Italian Authority for the supervision of public contracts²².

²⁰ See *infra* par. 4.

²¹ C. CELONE, La funzione di vigilanza e regolazione dell'autorità sui contratti pubblici, Milano, 2012; D. DE GRAZIA, La vigilanza e il controllo sull'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, in D. SORACE (a cura di), Amministrazione pubblica dei contratti, Napoli, 2013, 214.

3.2. Anti-Corruption Tasks

After this brief overview of ANAC's competences in the field of public procurement, it should be analysed the development of its anti-corruption and transparency tasks²³.

Is well known that the need to fight against corruption and bribery is widespread also at an international level.

The Convention adopted by OECD²⁴, which, *inter alia*, called for effective measures to deter, prevent and combat the bribery of foreign public officials in connection with international business transactions dates back to 1997. In the same period, EU Convention on the Fight against Corruption involving Officials of the European Communities or Officials of Member States of the EU was enacted²⁵. Many others acts

²² See Decree Law l. 24.6.2014, n. 90, converted into law with amendments by Law 11.8.2014, n. 114.

²³ See, ex multis, B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di) *La legge anticorruzione*, Torino, 2013; B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione: i profili amministrativistici*, in A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO (a cura di) *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, 2015, 301 ss.; R. CANTONE, *La prevenzione della corruzione e il ruolo dell'ANAC*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Combattere la corruzione*, Soveria Mannelli, 2016, 25 ss.; F. GIUFFRÉ, *Le Autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in I. NICOTRA (a cura di), Torino, 2016, 9 ss..

²⁴ See Council of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD, in Italian language OCSE) on 23 May 1997, C(97)123/FINAL. Followed by the "Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions", adopted by the Negotiating Conference on 21.11.1997.

²⁵ Council Act of 26 May 1997 drawing up the Convention made on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of Member States of the European Union [Official Journal C 195 of 25 June 1997]. The Convention entered into force on 28 September 2005. On the basis of the Convention "each Member State must take the necessary measures to ensure that conduct constituting an act of passive corruption or active corruption by officials is a punishable criminal offence".

have been enacted by OECD to pursue the objectives to combat corruption developing co-operation efforts, also in the field of public procurement²⁶.

It should also be mentioned, in the perspective of criminal law, “The Criminal Law Convention on Corruption”, adopted by the Council of Europe on 1999²⁷. In the preamble the drafters emphasised that “corruption threatens the rule of law, democracy and human rights, undermines good governance, fairness and social justice, distorts competition, hinders economic development and endangers the stability of democratic institutions and the moral foundations of society”, that is the reason why the Council enacted an ambitious instrument aiming at the co-ordinated criminalisation of a large number of corrupt practices.

To complete the picture, we must mention the United Nations Convention Against Corruption, adopted by the UN General Assembly on 31.10.2003²⁸.

What are the measures taken in Italy?

Historically combating corruption in Italy was a task of criminal courts and police force. Until recently, the idea to enact internal administrative control was underestimated because of the lack of confidence in the efficiency and effectiveness of the Administration.

²⁶ See the “Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions”, adopted by the Council on 26.11.2009 and the Council Recommendation on Enhancing Integrity in Public Procurement [C(2008)105] adopted on 2008. Lastly see Recommendation of the Council on Public Procurement adopted by the CoE on 18.2.2015 [C(2015)2].

²⁷ Adopted by the Council on 27.1.1999 and ratified in Italy with Law 29.9.2000 n. 300 (see Monitoring report of Implementation and enforcement of the convention, “Phase 1 report”, that can be found on the website of the OECD: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/italy-oecdanti-briberyconvention.htm>).

²⁸ Entered into force on 14.12.2005, in accordance with article 68. Ratified in Italy with Law 3.8.2009, n. 116 and currently ratified by 182 Parties. The Convention covers five main areas: preventive measures, criminalization and law enforcement, international cooperation, asset recovery, and technical assistance and information exchange.

It is worthily of mention the Legislative Decree No. 231/2001, which introduced in the Italian legal system the administrative liability of legal entities, companies and associations, in respect to certain criminal offences committed – in the interest or to the benefit of the entity – by individuals who have particular managing or collaborating relationships with the entity itself. The liability was introduced after ratification by Italy of the abovementioned OECD and EU Conventions against bribery and corruption in international trade and fraud in detriment of the EU²⁹.

In 2004 it was introduced the “Expert at the High Commission for combating and preventing corruption and other forms of illegal activities in the Civil Service”³⁰. This body had only monitoring functions on public procurements and outgoings. It had no sanction tools, having only the duty to submit to judicial authority its findings. Because of its low efficacy it was repealed in 2008³¹.

²⁹ The introduction of criminal liability of legal entities represented a significant innovation: its introduction abolished one of the main principles of the Italian legal system (arising from the Roman Law “*societas delinquere non potest*”) pursuant to which corporate bodies could not be considered liable of a crime. The offences in respect of which the Italian law contemplates the administrative liability of the legal entity originally were only those committed against the Public Administration, but the liability has been subsequently extended to other kind of offences. Sanctions applicable to the legal entity held responsible for the above offences, affect both the entity’s assets and its freedom of action, they are of pecuniary nature and of interdictive nature (for example disqualification from the activity; ban from dealing with the Public Administration, including participating to public tenders; exclusion from State financial subsidies, etc). The Decree provides also the confiscation and the publication of the Court decision as accessory sanctions.

³⁰ S. STICCHI DAMIANI, I nuovi poteri dell’Autorità Anticorruzione, in Libro dell’anno del diritto, Roma, 2015; G. SCIULLO, L’Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione in L. VANDELLI (a cura di) Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli? Milano, 2009, 71 ss..

³¹ Cfr. art. 68 Decree Law 25.6.2008, n. 122, converted into law with amendments by Law 6.8.2008, n. 133.

In 2008 it was introduced an Anti-corruption and transparency body into the Department of civil service (Servizio anticorruzione e trasparenza del Dipartimento della funzione pubblica - SAET³²) in charge of analysing and monitoring functions and to make a Report to Parliament every year.

In 2009 it was introduced an Independent commission to evaluate transparency and integrity of public Administrations (Civit - Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche³³), merged into the current Anti-corruption Authority in 2012³⁴.

The 2012 is the key-year for combating corruption in Italy.

With Law No. 190/2012 Italy has introduced a system of norms to fight corruption which is similar to prevention-based models already in practice in other countries. Law n. 190/2012 was adopted not only to align the Italian legal system with guidelines in international conventions of which Italy is a signatory, but also to respond to popular demand as a result of instances of corruption that continue to come to light. Among other measures, Law n. 190/2012 modified in part the Criminal Code and introduced tools aimed at preventing corruption that complement existing measures in the field of transparency and integrity. This choice was strictly related to the forthcoming EXPO exhibition, expected in Milan in 2015.

³² See D.P.C.M. (Ministerial Regulation) 5.8.2008.

³³ See Legislative Decree 27.10.2009, n. 150.

³⁴ See Legislative Decree 6.11.2012, n. 190 and Law 30.10.2013, n. 125.

As mentioned above, in 2014 ANAC absorbed also the competences of the Italian Authority on public procurement³⁵.

3.3. The History in a Nutshell: the “Super Powers” of ANAC

If any guidance is to be drawn by the evolution described, it points in the direction to concentrate powers in the hand of one “super-enforcement authority”³⁶.

The Authority is now composed by a President and four members (together they form a collective body) and the rules set forth for their appointment ensures an high level of independence and expertise³⁷.

³⁵ Is well known that the same year, while the construction works of the EXPO had barely started, the judiciary and police forces shed light on corrupt acts that had tarnished the procurement procedures. Thanks to the strong commitment by the Italian Government, new strict regulations in the sector, controls by ANAC and by the other institutions involved made it possible to open the Universal Exposition on 1st May 2015. This specific cooperation between ANAC and the OECD led to the adoption of a more general control template for institutional cooperation on the supervision of public contracting procedures and of their subsequent performance: the “High-level principles for integrity, transparency and effective control of major events and related infrastructures” enacted in 2016 as a model of co-operation procedure that can be applied to other large infrastructures projects (that can be found on the website of OCSE: http://www.oecd.org/governance/ethics/High-Level_Principles_Integrity_Transparency_Control_Events_Infrastructures.pdf). In the document is stated that “Taking stock of the immediate outcomes and results of the project, this report presents the consolidated “legacies” of the experience and a model that can be applied to many other large infrastructure projects that face the same challenges of balancing the need for integrity in processes and tight deadlines” (p. 3).

³⁶ The expression is the same used by the Commission in the quoted Communication of 1998 describing what Commission would like to avoid to become (“Without trying to evade its responsibilities as the guardian of Community law, the Commission takes the view that it cannot set itself up as a kind of “super enforcement authority” for settling all disputes in the public procurement field”). See G.M. RACCA, Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema, Dir. amm., 2015, 345 ss.

³⁷ See Decree Law 31.8.2013, n. 101 converted into law with amendments by Law 30.10.2013, n. 125 (art. 5 c. 3).

The Authority has now the power to rule, to oversight and to punish in the field of transparency, anti-bribery and public procurement and, as we will see a bit more in detail, in the public procurement field it has also the power to judge³⁸.

Thus this question arises: is it an improvement of good administration?

On the one hand, to concentrate all competences in the end of one specialized Authority could be a great tool to pursue good administration. It ensures the coherence of the policy in each sector and, if it is well organised, it avoids functional overlap and wastes. The legislators' choice to merge the supervision of public contracts in the system of corruption prevention outlined by Law n. 190/2012, can be seen as a significant intervention intended to sharply help the fight against corruption in Italy. The integration of functions and the consequent extension of the powers of ANAC, could establish the conditions for a more effective oversight of the scope of contracts and public procurement, where a substantial portion of corruption originates.

On the other hand, it may undermine the principle of separation of power, especially because, due to its independence, the Authority is not subject to Government and not even to political responsibility³⁹. Among scholars is also criticized that mixing competences weakens the main aim of the Authority in each sector: is supervising public

³⁸ E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, 499 ss..

³⁹ The issue is well known in Germany. In the famous case CJEU 9.3.2010, C-518/07 the Court of Justice made clear that Germany was under obligation to provide institutional arrangements to pursue independence of the regulatory Authority on data protection. Germany claimed that this functional independence could not be understood as excluding each external influence invoking the democratic principle of accountability of the executive power before Parliament (imposing on a parliamentary accountable member of the government to supervise the functionally independent authority). The CJEU dismissed this argument.

contracts a tool to fight against corruption or is fighting against corruption a tool to ensure competition and transparency in public procurement?⁴⁰.

4. THE NEW POWERS OF ANAC IN THE FIELD OF PUBLIC PROCUREMENT

Even if no provision about Authorities nor about remedies was expressly provided in the directives of 2014, while implementing them, Italian lawmakers delegated the government to assign to ANAC “the more extensive functions of promoting efficiency, supporting the development of best practices, facilitating the exchange of information between contracting entity and supervisory organs in the field of public procurement and concession contracts, including control powers, recommendation, interim measures, deterrent and sanctioning measures, as well as the adoption guidelines, standard call for tender, standard contracts and other flexible regulatory instruments, binding or not, always ensuring to challenge all binding decisions and acts taken by ANAC before the competent administrative courts”⁴¹.

Legislative Decree n. 50/2016 (hereafter also “Code”) gave to ANAC, inter alia, two new competences. ANAC is actually in charge of issuing Guidelines, to support contracting entities and improve the quality of procurement procedures and can also issue

⁴⁰ See L. TORCHIA, Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo, in *Giorn. dir. amm.* 5, 2016, 605 ss..

⁴¹ Is an almost literal translation of the Law of delegation: see art. 1, c. 1, lett. t “attribuzione all’ANAC di più ampie funzioni di promozione dell’efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l’impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall’ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa” and Articles 211 and 213 Legislative Decree 18.4.2016, n. 50.

binding pre-litigation advices, in addition to the traditional judicial remedies, as an optional and ancillary non-judicial remedy.

Guidelines are flexible regulatory instruments provided in addition to ordinary regulatory powers of the Authority. The nature of these legally binding non-legislative acts of general application is presently under scholar's debate in Italy, because of its unclear position among the sources of law⁴². The rational is to progressively replace the regulation that we use to have in the field of public procurement with binding Guidelines enacted by ANAC⁴³.

Living aside the (well-founded) scepticism of scholars, it is fair to say that ANAC is strengthening its legitimacy with a "bottom-up legitimacy" process.

Do to the fact that the code of administrative procedure (enacted in 1990⁴⁴) is not applicable for rule making (but only to single-case decision-making procedures)⁴⁵, the Code requires ANAC to ensure a systematic consultation and participation of stakeholders, civil society and the general public⁴⁶.

⁴² See the advice given by the special Commission established within the Council of State on the draft of the new Code on public procurement 855/2016. See also G. MORBIDELLI, Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?, in Atti del Convegno di Scienze dell'Amministrazione di Varenna, 2016; M.P. CHITI, Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici, in Giorn. dir. amm., 4, 2016, 436 ss. F. CINTIOLI, Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC, in Dir. proc. amm., 2, 2017, 381 ss.

⁴³ The previous regulation (which is still partially in force) was an act of about 300 articles, enacted following the ordinary procedure provided for government Regulation (the source which is at a lower level compared to law).

⁴⁴ l. 7.8.1990, n. 241.

⁴⁵ See art. 13 of the mentioned l. n. 241/1990.

⁴⁶ See art. 213 of the mentioned d.lg. n. 50/2016.

The draft act of each Guideline is published on the ANAC website for consultation and it is accompanied by an open invitation to any person to electronically submit comments. It contains information about the adoption procedure, including the deadline for submissions. ANAC also developed the practice to voluntarily submit Guidelines to the advice of Council of State to ensure the maximum level of compliance (Council of State do so in a special composition in charge of giving advices). The Authority also analyses the impact assessment and periodically verifies the impact of its regulation. Guidelines are explicitly submitted to judicial review so their constitutional compliance is safeguarded.

Others important (and controversial) tools to be taken in to account are the new pre-litigation advices provided by art. 211.

Art. 211, entitled “pre-litigation advices” is in the Part II dedicated to “Alternative Dispute Resolution Remedies”.

The first paragraph states that, if requested by the contracting entity or one or more other parties, ANAC gives its advice within thirty days about issues raised during the tendering procedure. The advice is binding for the parties who have agreed to submit to ANAC the issue. The binding advice is challengeable before administrative court of first instance and the appeal will follow a speed procedure. In case of rejection of the appeal, the court shall assess the conduct of the claimant in determining the awarding of costs (pursuant to and for the purposes of Article 26 of the Code of Administrative Process).

The second paragraph of article 211 has had a quite troubled evolution.

The text in force until April 2017 stated that if ANAC while exercising its powers, discovers the unlawfulness of an act, it shall invite the contracting entity to withdrawal it and to remove its harmful effects. If the contracting entity does not follow the “binding recommendation” it is submitted to a financial penalty to be paid by the responsible officer. Binding recommendations were explicitly submitted to judicial review.

The reactions to this hybrid remedy were immediate.

Following are only some of the shortcomings of the new instrument: it made it compulsory for the contracting entity to revoke its own act without any reference to legitimate expectations (undermining the rights and interests of private persons) and it was self-contradicting in character, combining the recommendation, a *per se* non-binding act, with binding effects.

The criticism increased when ANAC adopted the related regulation, stating that the power to issue “binding regulation” might be activated /solicited by private requests.

Also the Council of State, in the special composition in charge of giving advices on regulatory drafts, outlined critical issues about the “binding recommendation”⁴⁷.

As provided by the Law of delegation, one year after the Legislative Decree n. 50/2016 entered into force, it was amended by a “corrective” Legislative Decree⁴⁸.

Even if in the bill of law nothing was provided about the binding recommendation, a last minute amendment cancelled the second paragraph of article 211 and in the final text the binding recommendations “disappeared”.

Mass media and politics immediately reacted, implying that the “invisible hand” who modified the draft had the intent to reduce the “super powers” of the Authority.

The echo on the media was huge (Council of State was requested to issue an official statement about its position) but the very central issue was probably the ineffectiveness of the “hybrid” tool of “binding recommendation” and not the dissatisfaction with ANAC’s powers.

⁴⁷ See the quoted advice of the Council of State n. 855/2016.

⁴⁸ Legislative Decree 19.4.2017, n. 56.

Four days later, the Decree Law about budgetary manoeuvre embodied a new regulation of the ANAC repealed power⁴⁹.

As suggested since the very beginning by the Council of State, the new power is now designed as an extraordinary standing of the ANAC to act before the administrative courts, which is very similar to the extraordinary standing recognised to Antitrust Authority since 2011⁵⁰.

According to new paragraph 1-*bis* of article 211, ANAC can challenge call for tenders, other acts of general scope and individual decisions related to contract of “relevant impact” if issued in breach of the legislation on public procurement.

When contracts of “relevant impact” are not involved, ANAC has standing to challenge acts only in case of “serious violations” of the legislation on public procurement. In this case, before filing the appeal, the Authority has to address an advice to the contracting entity, underlying the unlawfulness discovered. Only if the contracting entity does not implement the suggested remedies within 60 days, ANAC can file the claim before administrative court within the following thirty days⁵¹.

⁴⁹ See art. 52-ter of the Decree Law 24.4.2017, n. 50, converted into law with amendments by Law 21.6.2017, n. 96.

⁵⁰ See art. 21-bis, Law 10.10.1990, n. 287, as amended by Decree Law n. 201/2011, converted into law with amendments by Law 22.12.2011, n. 214. About the amendment see M.A. SANDULLI, Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell’AGCM nell’art. 21 bis L. n. 287/90, pubblicato in *federalismi.it*, n. 12/2012; F. CINTIOLI, Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti, in *federalismi.it*, n. 12/2012.

⁵¹ See art. 211, co. 1-ter Legislative Decree n. 50/2016 as amended on 2017.

5. AN OUTLOOK RATHER THAN A CONCLUSION

According to the fact that “good administration is an aspect of good governance [...] and must preclude all forms of corruption”⁵², the Italian Anti-corruption Authority could represent, as a whole, a tool to pursue good administration. Moreover the strict connection between a fair and transparent regulation of public procurement and fighting against corruption was clearly reaffirmed by OECD on 2015⁵³.

We can add that the above described evolution of the Italian system can be seen as a way to foster the fight against corruption as a secondary-policy objective. In this perspective public procurement in Italy is a way to support the “common societal goal”⁵⁴ to combat corruption, which is a national priority. To find the balance between main and secondary objective will be the main issue to solve.

Regarding the single measures analysed above, is possible to make more specific remarks.

First of all, Italy follows its own technique implementing EU directives. It is nothing comparable with the “one to one” approach used in Germany but it is not a real “gold plating” approach. We can say that in Italy we use the implementation of EU

⁵² See the Preamble of CM/Rec(2007)7 on good administration, quoted *supra*, par. 2.

⁵³ See the quoted Recommendation of the Council on Public Procurement adopted by the CoE on 18.2.2015 [C(2015)2], which recognises that “public procurement is a key economic activity of governments that is particularly vulnerable to mismanagement, fraud and corruption” and that “efforts to enhance good governance and integrity in public procurement contribute to an efficient and effective management of public resources and therefore of taxpayer’s money” and that “Competitive procedures should be the standard method for conducting procurement as a means of driving efficiencies, fighting corruption, obtaining fair and reasonable pricing and ensuring competitive outcomes” (see IV “Recommends”, pt. iii).

⁵⁴ See regard n. 2 of directive 2014/24/UE.

directives as an occasion to reform our system under the slogan that “Bruxelles is asking us to do it”⁵⁵. Often, like in the examples mentioned below, there is rather no connection between the measures enacted and the implemented EU law⁵⁶.

Guidelines respect, in principle, the requirements of a right to good administration. They, for example, can fill gaps in formal regulation, structure the interaction between administrations and inform individuals about the potential future decision-making of the Authority. Also the principle of participation is respected, fostering transparent and effective stakeholder participation⁵⁷. Even if a standard process when formulating Guidelines is developed and followed it still remains the concern that the excessive

⁵⁵ See D.-U. GALETTA, *Obblighi di rispetto del diritto UE e convergenze fra diritti amministrativi nazionali*, in C. FRAENKEL-HAEBERLE, D.-U. GALETTA, K.-P. SOMMERMAN (eds.) *Europäisierung und Internationalisierung der nationalen Verwaltungen im Vergleich. Deutsch-italienische Analysen*, Berlin, 2017, 167.

⁵⁶ A really weak connection between the above mentioned “binding recommendation” of ANAC and EU directives can be found in the regard n. 122 of directive 2014/24/UE and n. 128 of directive 2014/25/UE, which states that “Directive 89/665/EEC provides for certain review procedures to be available at least to any person having or having had an interest in obtaining a particular contract and who has been or risks being harmed by an alleged infringement of Union law in the field of public procurement or national rules transposing that law. Those review procedures should not be affected by this Directive. However, citizens, concerned stakeholders, organised or not, and other persons or bodies which do not have access to review procedures pursuant to Directive 89/665/EEC do nevertheless have a legitimate interest, as taxpayers, in sound procurement procedures. They should therefore be given a possibility, otherwise than through the review system pursuant to Directive 89/665/EEC and without it necessarily involving them being given standing before courts and tribunals, to indicate possible violations of this Directive to a competent authority or structure. So as not to duplicate existing authorities or structures, Member States should be able to provide for recourse to general monitoring authorities or structures, sectoral oversight bodies, municipal oversight authorities, competition authorities, the ombudsman or national auditing authorities”.

⁵⁷ See art. 8 of CM/Rec(2007)7. It has to be stressed that according to the definition of “administrative decisions” given by art. 11 (“‘administrative decisions’ shall mean regulatory or non-regulatory decisions taken by public authorities when exercising the prerogatives of public power”) the principles stated in Section I are, in principle, applicable also to administrative rule-making. See also U. STELKENS, A. ANDRIJAUSKAITE, *Added Value of the Council of Europe to Administrative Law*, already quoted, 43.

flexibility of such a tool could undermine the legal certainty⁵⁸. It should be provided a coherent and stable regulatory framework to facilitate access to procurement opportunities.

About pre-litigation advices, first of all it is clear that in the same provision (Art. 211) are regulated two very different instruments. This legislative technique is an obstacle to the pursuit of the principle of good administration which provides for comprehensive and clear rules⁵⁹.

On the one hand, the pre-litigation advice set forth in paragraph one, is a remedy that, if provided with binding effects, can compete with traditional judicial remedies, as an optional and ancillary non-judicial remedy improving good administration. On the other hand, the new ANAC extraordinary standing is more coherent with the above mentioned principle rather than the “binding recommendation”.

Regarding the first tool, an important strength of the new remedy is that it is free of charge. Costs of judicial review and legal expenses are quite a relevant issue in Italy, affecting the effectiveness of judicial remedy, therefore introducing an alternative way to solve disputes could be an improvement. The rule providing for penalties in case actions brought against ANAC decisions are rejected could be an effective incentive not to challenge them.

The weaknesses of the remedy is that its binding effect depends on the agreement of both parties, it does not have the power to enact interim measures with suspensive effect (it is up to the contracting entity to avoid adversely affecting behaviours) and the time-

⁵⁸ See the Preamble of CM/Rec(2007)7, where states that “good administration must be ensured by the quality of legislation, which must be appropriate and consistent, clear, easily understood and accessible”.

⁵⁹ An unclear legislative framework is an obstacle for the pursuit of the principle of lawfulness, see Art. 2 Rec(2007)7. See also J. PONCE, *The Right to Good Administration and the Role of Administrative Law In Promoting Good Government*, already quoted, that states that “good regulations are a result of (good) administration and allow themselves future good administration, avoiding corruption” (22).

limit gave to ANAC to give its advice (binding or not) overlaps with the time-limit to file an appeal before administrative court.

The pre-litigation advice could represent an important tool to pursue good administration, combining speed, lower costs, and expertise without undermining the primacy of judicial review⁶⁰.

Overall, the effectiveness of the remedy is strictly linked to the capacity of ANAC to give well-founded and well reasoned decisions in a short term, otherwise parties will be obliged to file a claim before the judge.

Regarding the tool provided by the following paragraphs of art. 211, first of all, in the amended version the non-compliance with ANAC's advice is not sanctioned. The power of the contracting entity to withdraw its own act or to adopt any other measure is now designed as a discretionary power. It avoids the breach of the legitimate expectation of parties involved (because their interest still has to be balanced by the contracting entity following the ordinary rules⁶¹).

The choice to enact two different regimes for the contracts of "relevant impact" and for others remains unclear. As anticipated, only for the latter is provided the procedure

⁶⁰ See art. 22 of CM/Rec(2007)7 which regulate "Appeals against administrative decisions". See also D.C. DRAGOS, D. MARRANI, *Administrative Appeals in Comparative European Administrative Law: What Effectiveness?*, in D.C. DRAGOS, B. NEAMTU (eds.) *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Berlin-Heidelberg, 2014, 556, where is stated that "An effective administrative Tribunal addresses in the same time the shortcomings of administrative appeal procedure (lack of independence) and those of court proceedings (length, associated costs, and, in some cases, lack of specialization), providing for independent review and quick redress".

⁶¹ According to art. 21 of CM/Rec(2007)7, which provides that amending or withdrawing individual administrative decisions public authorities "should have regard to the rights and interests of private persons".

of prior ANAC advice. The rationale is probably to speed-up the procedure when contracts of “relevant impact” are involved.

In conclusion, the mentioned reforms are addressed to improve the public procurement system and its institutional frameworks in the light of the principle of good administration. To really pursue this aim it remains necessary to ensure that several tasks gave to ANAC are coordinated, sufficiently resourced and integrated.

In order to assess their effectiveness, only future applications will give an answer.

This should be an important challenge for Italian legal system.