

**Concerne: Avis du SYVICOL concernant le projet de loi sur les marchés publics (N°5655)
et le projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi sur les marchés
publics**

Considérations générales

La législation sur les marchés publics est largement conditionnée par le droit communautaire, ne laissant aux Etats membres qu'une latitude restreinte en matière de réglementation sur les marchés publics étatiques et communaux. Afin de garantir une meilleure prise en compte des intérêts des communes dans le cadre des négociations au niveau de l'Union Européenne, le SYVICOL ne cesse de revendiquer une consultation systématique par le gouvernement dans la phase d'élaboration des normes européennes qui auront un impact sur les communes.

Le projet de loi sous examen entend transposer en droit national la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Les directives ont pour buts essentiels:

- la clarification et la transparence des textes, notamment par une terminologie uniformisée
- la modernisation et la simplification des procédures de passation des marchés
- le recours renforcé aux technologies électroniques
- le renforcement des dimensions sociale et environnementale et la promotion du développement durable.

Les nouvelles directives imposent au pouvoir adjudicateur le respect du traité instituant la communauté européenne, dont les principes de la liberté d'établissement, de la libre circulation des marchandises, de la libre prestation de services et des principes qui en découlent: la non discrimination, l'égalité de traitement, la reconnaissance mutuelle, la transparence et la proportionnalité.

Le gouvernement profite de l'occasion pour adapter parallèlement la législation à la jurisprudence récente, notamment les dispositions relatives à l'exclusion de la participation aux marchés publics.

A l'instar de la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics, qui sera abrogée dès l'entrée en vigueur de la nouvelle législation, le projet de loi sous examen est divisé en 3 livres. Alors que le livre I regroupe les dispositions générales applicables à tous les marchés publics, le livre II reprend les dispositions communautaires relatives aux marchés publics d'une certaine envergure, le livre III traitant des dispositions communautaires spécifiques aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

Les principales nouveautés des livres I et II sont:

- La transposition des directives en droit national entraîne l'eupéanisation de la terminologie nationale : le terme «soumission publique» sera remplacé par «procédure ouverte», «soumission restreinte» deviendra «procédure restreinte», «marché négocié» deviendra dorénavant «procédure négociée».
- Désormais, le pouvoir adjudicateur qui a recours à la procédure négociée et à la procédure restreinte sans publication est obligé de motiver sa décision.
- L'intégration des nouvelles technologies de l'information dans le processus de passation des marchés publics est intensifiée. Rappelons que, dans le cadre du programme eGovernment, le ministère des travaux publics a mis en place un portail électronique des marchés publics permettant à l'ensemble du secteur public de publier des avis d'adjudication et des documents de soumission. Dans une deuxième phase, le gouvernement entend développer cet outil pour permettre la remise et l'ouverture électronique des offres, procédures sensibles qui devront absolument répondre aux exigences de sécurité, de confidentialité, d'intégrité et de transparence.
- En matière de mode d'attribution, outre l'offre au prix le plus bas, le pouvoir adjudicataire peut désormais choisir l'offre économiquement la plus avantageuse sans devoir obligatoirement faire sa sélection parmi les trois offres les moins chères. Il lui appartiendra dès lors de fixer dans le cahier de charges des critères pondérés, liés à l'objet du marché en question, pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.
- La nouvelle réglementation introduit la possibilité de réserver le droit de participation aux procédures de passation de marchés publics aux ateliers protégés, c'est-à-dire aux institutions œuvrant en faveur des personnes handicapées au sens de l'article L.561-1 du Code du Travail.

Les directives européennes introduisent un certain nombre de concepts innovants dont celui de l'**accord-cadre**. Il s'agit d'un accord conclu entre le pouvoir adjudicateur et (les) l'entreprise(s) en vue d'établir certaines conditions régissant les marchés (éventuellement) à passer au cours d'une période donnée devant permettre au pouvoir adjudicataire d'attribuer un marché sur base de critères de qualité, de quantité, de prix et/ou de valeur technique. Les accords-cadres peuvent être individuels (conclus avec un opérateur économique) ou multiples (conclus avec au moins 3 opérateurs économiques). Les stipulations contractuelles seront fixées lorsque le marché sera conclu sur l'accord-cadre, en cas d'accord-cadre multiple, elles devront faire l'objet d'une remise en concurrence entre parties.

Le recours à une **centrale d'achat** pourra se faire désormais dans le respect des principes de non discrimination et d'égalité de traitement. Cette procédure permettra au pouvoir adjudicataire de coordonner des commandes au sein d'une même administration ou de regrouper des achats entre différentes administrations en vue d'élargir la concurrence et d'optimiser le rendement de la commande publique, l'augmentation du volume des quantités achetées devant garantir de meilleures conditions d'achat.

La principale nouveauté du livre II est l'introduction de la procédure du **dialogue compétitif** réservée aux marchés d'une certaine envergure et particulièrement complexes du point de vue technique, juridique et financier. Ce concept permet au pouvoir adjudicateur de négocier les aspects techniques, économiques et juridiques du marché tout en respectant l'égalité de traitement entre participants et sauvegardant la concurrence entre opérateurs économiques. Le recours à la procédure du dialogue compétitif ne peut se faire que sur base du critère d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse

Le principe du dialogue compétitif ouvre la porte notamment à la mise en œuvre de partenariats public-privé (PPP) pour réaliser de grands projets d'investissement (immeubles administratifs, écoles, infrastructures de transport, centres culturels, sportifs ou de loisirs...) comportant un financement complexe et structuré, dont le montage juridico-financier ne peut être prescrit à l'avance. Outre l'accélération de la réalisation des projets, la formule du PPP, impliquant le recours au préfinancement privé, devrait permettre aux autorités publiques de construire plus rapidement, de limiter les coûts et d'amortir leurs frais sur une plus longue période.

Le SYVICOL suit d'ailleurs de près l'évolution du projet lancé par un ensemble de communes en collaboration avec des partenaires privés en vue de la réalisation d'une piscine à caractère régional par le biais du partenariat public-privé.

D'une manière générale, le SYVICOL salue ces différents concepts innovants devant garantir au secteur communal une plus grande flexibilité en matière de passation de marchés et augmentant sensiblement la marge de manœuvre des pouvoirs adjudicateurs publics.

1) Projet de loi

Examen des articles

Art. 16 Commission des soumissions

Le SYVICOL tient à réitérer sa revendication que soit accordé au secteur communal, par le biais du SYVICOL, une représentation au sein de la Commission des soumissions. Comme cette commission est censée être composée de représentants des pouvoirs publics et des entreprises, il est légitime d'y inclure un représentant du secteur communal. Le volume considérable des marchés du secteur communal et, partant, son poids dans l'économie du pays, justifient largement cette requête.

Art.18 Clause préférentielle en faveur d'un soumissionnaire local

Cette clause permet à la commune, respectivement à l'établissement public placé sous la surveillance des communes, d'attribuer un marché en dessous du seuil de 20.000 € (HTVA – NI 100) à un concurrent implanté sur le territoire de la commune, à condition que le prix offert ne dépasse pas de plus de 5% celui de l'offre d'un autre concurrent. Le SYVICOL demande à ce que cette dérogation soit élargie aux syndicats de communes en faveur des entreprises résidant dans une des communes membres du syndicat. Cette requête se justifie d'autant plus que les communes sont de plus en plus incitées à évoluer dans un contexte régional et que le plan sectoriel «zones d'activités économiques », en phase d'élaboration, prône la promotion de zones intercommunales et régionales.

Art. 53 Marchés publics de travaux – règles particulières concernant la réalisation de logements sociaux

Le projet de loi envisage la possibilité de recourir à des règles particulières, à définir par règlement grand-ducal, devant permettre au pouvoir adjudicateur de choisir l'entrepreneur le plus apte pour la réalisation de logements sociaux.

Cette procédure pourrait particulièrement intéresser les communes, notamment dans la perspective du vote du projet de loi promouvant l'habitat et créant un "pacte logement" avec les communes. Le SYVICOL recommande cependant de revoir la rédaction de l'article 260 du projet de règlement grand-ducal fixant les règles d'exécution de cette procédure spéciale, qui dans sa forme actuelle, manque de clarté.

2. Projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi sur les marchés publics

Le texte sous examen modifie le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics en vue l'adapter à la nouvelle législation.

Examen des articles

Art. 10 Entreprise générale et sous-traitance

(2) Afin d'éviter toute équivoque, il est suggéré de compléter la définition de la sous-traitance par l'ajout suivant : *«Tous travaux que l'adjudicataire ne réalise pas par son propre chef, même s'il est en possession des autorisations afférentes... »*.

3) Le règlement grand-ducal contraint l'entrepreneur général à joindre à son offre une liste des sous-traitants avec lesquels il a obligatoirement conclu un pré-contrat de sous-traitance. Le règlement devrait préciser la forme et le contenu de ces pré-contrats qui ont actuellement souvent un aspect plutôt rudimentaire.

(6) Pour ce qui est du paiement direct à un sous-traitant, le SYVICOL rend attentif à une incohérence entre les dispositions du présent article et l'article 14 de la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance. Alors que l'art. 10 (6) du règlement grand-ducal sous examen renvoie à l'art.14 de la loi mentionnée, celui-ci renvoie quant à lui à la législation sur les marchés publics. Il y a dès lors lieu de préciser une fois pour toute les formalités de paiement direct à un sous-traitant.

Art.38 Publication de l'avis de marché

A côté de la publication obligatoire des avis par le biais du portail électronique, le règlement grand-ducal sous examen maintient l'obligation pour les pouvoirs adjudicateurs de publier subsidiairement les avis dans la presse imprimée indigène, à l'exception des avis relatifs aux marchés de faible envergure.

Le SYVICOL se demande cependant si, dans l'esprit de la dématérialisation des procédures et, compte tenu de la volonté de mettre les technologies électroniques "*sur un pied d'égalité avec le papier* », l'on ne peut pas envisager la publication des avis dans la presse sous une forme condensée avec un renvoi au site Internet, respectivement à la publication au Journal officiel de l'Union Européenne. Cette manière de procéder évitera des doublons évidents et permettra de réaliser des économies d'échelle, sans pour autant entraver les principes de transparence et de publicité.

Art. 51.2 Contenu de la soumission

Pour des raisons de transparence et de sécurité juridique, le règlement grand-ducal devrait préciser les pièces à produire par les opérateurs économiques lors de l'ouverture de la soumission, respectivement les pièces à produire ultérieurement et ce sous peine d'exclusion de l'offre.

Art. 80 Justification de prix

Le pouvoir adjudicataire est obligé de demander la remise d'une analyse de prix aux soumissionnaires dont les offres sont de plus de quinze pour cent inférieures à la moyenne arithmétique des prix de toutes les offres à l'exception de l'offre la plus chère et de l'offre la moins chère. En revanche, si moins de cinq offres conformes ont été reçues, le pouvoir adjudicataire peut demander une analyse de prix, soit de sa propre initiative, soit sur demande d'un soumissionnaire.

Dans un souci de simplification administrative et de gain de temps, le SYVICOL propose de lever cette obligation dans le chef du pouvoir adjudicataire tout en conférant à celui-ci la possibilité, s'il le juge utile, de demander une analyse de prix.

Art. 90 Information

Dans un souci d'allègement des procédures, le SYVICOL approuve l'abrogation de l'obligation d'informer par lettre recommandée l'adjudicataire respectivement ses concurrents. Il donne cependant à considérer que l'information par télécopie proposée dans le présent projet de règlement d'exécution risque d'engendrer une insécurité juridique vu les besoins de la charge de la preuve, notamment en cas d'attribution par le mode de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Art. 156 Elaboration des projets de travaux

(4) L'article 106 (10) de la loi communale stipule que *«les délibérations relatives aux projets de construction, de grosses réparations, de démolition des édifices communaux, sont soumis à l'approbation du ministre de l'Intérieur si le montant en dépasse 250.000 euros, somme qui pourra être relevée par règlement grand-ducal. Les projets comprennent le devis, les plans et les cahiers des charges.»* Le SYVICOL propose de profiter de la présente adaptation du règlement grand-ducal pour revoir à la hausse le seuil en question.

Art. 161 Seuils

Le SYVICOL note l'adaptation des seuils à l'évolution des prix à la consommation au 1^{er} septembre 2006 et ce en conformité avec les dispositions de l'article 161 de la loi sur les marchés publics. Il échet cependant de procéder à une nouvelle actualisation au vu de l'évolution récente des indices.

Art. 260 Logements sociaux – règles particulières

Il y a lieu de se référer au commentaire des articles de la loi sur les marchés publics. (art.53)

Conclusions

Sous réserve de la prise en compte des remarques qui précèdent, le SYVICOL accueille favorablement le présent projet de loi et son règlement d'exécution et souscrit aux instruments innovants devant offrir au secteur communal davantage de flexibilité en matière de passation de marchés publics. Il échet cependant, dans un premier temps, d'appliquer ces nouveaux concepts au quotidien avant de les évaluer et, le cas échéant, de les adapter aux besoins d'une administration publique moderne.

Devant la complexité de cette législation techniquement pointue et le nombre considérable d'instruments innovants, le SYVICOL insiste sur la nécessité d'une information et formation adéquate du personnel communal et des élus par le biais d'une circulaire ministérielle, de cours de formation (INAP) ou par le biais de séances d'information à l'organisation desquelles le SYVICOL prêtera volontiers son concours.

Luxembourg, le 25 février 2008