

Objet : Projet de loi n°6982 sur les marchés publics et amendements gouvernementaux. (4626MST, 4626bisMST, 4626terMST)

Projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi sur les marchés publics et de la loi sur l'attribution de contrats de concession et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 et amendements gouvernementaux. (4640MST, 4640bisMST)

*Saisine : Ministre du Développement durable et des Infrastructures
(25 avril, 2 juin, 31 août et 20 septembre 2016)*

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

Table des matières

Résumé synthétique	4
Contexte	9
A. Réforme européenne en cours	9
B. Une réforme luxembourgeoise articulée en cinq livres	13
1. <i>Le Projet de loi et ses amendements</i>	13
2. <i>Le Projet de règlement grand-ducal et ses amendements</i>	19
Considérations générales et commentaires des articles	20
A. Considérations générales	20
1. <i>Un remaniement « à la carte » de dispositions d'inspiration européenne aux marchés nationaux qui peut poser problème</i>	20
2. <i>Des pratiques d'e-procurement trop peu ambitieuses</i>	26
3. <i>Un système national de passation des marchés publics potentiellement plus transparent et dont la performance pourra être suivie</i>	30
4. <i>Un accès facilité des PME aux marchés publics à démontrer</i>	34
5. <i>Des mesures de prévention du dumping social et environnemental dont l'effet dissuasif reste à démontrer</i>	36
6. <i>Des aspects sociaux et environnementaux renforcés, source de nombreux questionnements</i> 38	
7. <i>La notion d'« offre économiquement la plus avantageuse » à clarifier dans le cadre de travaux issus d'un GT technique</i>	44
B. Commentaires des articles	48
1. <i>Articles du Projet de loi et leurs amendements</i>	48
2. <i>Articles du Projet de règlement grand-ducal et leurs amendements</i>	62
Annexe 1 - Seuils européens	86
Annexe 2 - Evolution de l'adoption de l'e-procurement dans les 28 Etats membres à fin 2013	87

Annexe 3 - <i>Strategic public procurement's policies and strategies</i>	89
Annexe 4 - <i>Key Facts and Figures of the Luxembourg public procurement system</i>	90

Le projet de loi et ses amendements¹ sous avis (ci-après le « **Projet de loi** ») a pour objet de transposer en droit luxembourgeois les dispositions issues, d'une part, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (ci-après la « **Directive 2014/24/UE** ») et, d'autre part, de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par les entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (ci-après la « **Directive 2014/25/UE** », toutes deux ci-après dénommées les « Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE »). Chemin faisant, le Projet de loi abroge la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics² (ci-après la « **Loi du 25 juin 2009** »).

Les Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE ne sont pas entièrement transposées par le Projet de loi et celui-ci est complété par un projet de règlement grand-ducal et ses amendements³ (ci-après le « **Projet de règlement grand-ducal** »), également commenté dans le présent avis. Ce Projet de règlement grand-ducal transpose plus particulièrement les dispositions d'ordre technique de la Directive 2014/24/UE et de la Directive 2014/25/UE régissant la passation des marchés publics (division de marchés en lots, cahier des charges, délais) et leur exécution (sous-traitance, résiliation, modifications, sanctions). Sous la législation luxembourgeoise actuelle, ces dispositions sont déjà couvertes, du moins en partie, par le règlement grand-ducal exécutant la Loi du 25 juin 2009, à savoir le règlement grand-ducal modifié du 3 août 2009 portant exécution de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale du 13 décembre 1988 (ci-après le « **Règlement grand-ducal du 3 août 2009** »). De même que la Loi du 25 juin 2009 est abrogée par le Projet de loi, le Règlement grand-ducal du 3 août 2009 est abrogé par le Projet de règlement grand-ducal sous avis.

La Directive 2014/24/UE et la Directive 2014/25/UE sont étroitement liées à la Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concessions (ci-après la « **Directive 2014/23/UE** »). La transposition de la Directive 2014/23/UE est commentée par la Chambre de Commerce dans un avis séparé⁴, l'objectif de la Commission européenne étant de créer un instrument juridique distinct réglementant uniquement l'attribution des concessions, celles-ci présentant des spécificités propres⁵.

L'ensemble des directives concessions (2014/23/UE), marchés publics secteurs classiques (2014/24/UE) et marchés publics secteurs spéciaux (2014/25/UE) vise à créer un cadre législatif moderne dans le domaine de la commande publique.

¹ Les 31 août et 20 septembre 2016, la Chambre de Commerce a été saisie de deux séries d'amendements gouvernementaux, soit d'un total de 43 et de 15 amendements portant respectivement sur le Projet de loi et le Projet de règlement grand-ducal. Ces amendements sont de nature légistique, voire technique, et n'ont pas pour objectif de modifier les grands principes de la présente réforme. Ils n'appellent pas de commentaire particulier de la part de la Chambre de Commerce.

² La loi du 25 juin 2009 et son règlement grand-ducal d'exécution avaient transposé en droit luxembourgeois (i) la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, ci-après la « **Directive 2004/17/CE** », et (ii) la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ci-après la « **Directive 2004/18/CE** » (avec la Directive 2004/17/CE, toutes deux ci-après dénommées les « Directives 2004/17/CE et 2004/18/CE »).

³ Pour rappel, les 31 août et 20 septembre 2016, la Chambre de Commerce a été saisie de deux séries d'amendements gouvernementaux apportés au Projet de loi, d'une part, et au Projet de règlement grand-ducal, d'autre part.

⁴ Avis n°4625SBE/MST de la Chambre de Commerce disponible sur son site, www.cc.lu. Il est à noter que le Projet de règlement grand-ducal sous avis a également pour objet de transposer les dispositions d'ordre technique de la Directive 2014/23/UE régissant l'attribution de contrats de concessions. Dans le présent avis, seules les dispositions du Projet de règlement grand-ducal relatives aux marchés publics sont commentées. Celles relatives aux concessions le sont dans l'avis précité.

⁵ A ce jour, l'attribution de contrats de concession de travaux publics est partiellement régie par la Loi du 25 juin 2009.

En outre, le 15 février 2016, la Chambre de Commerce a été saisie d'un projet de règlement grand-ducal relatif à l'efficacité énergétique dans les marchés publics⁶ transposant l'article 6 de la directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique, modifiant les directives 2009/125/CE et 2010/30/UE et abrogeant les directives 2004/6/CE et 2006/32/CE (ci-après la « **Directive 2012/27/UE** »). L'avis du Conseil d'Etat a été émis le 24 mai 2016, et ce projet de règlement grand-ducal est devenu le règlement grand-ducal du 5 juillet 2016 relatif à l'efficacité énergétique et portant modification du règlement grand-ducal modifié du 3 août 2009 portant exécution de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 (ci-après le « **Règlement grand-ducal du 5 juillet 2016** »).

Le Règlement grand-ducal du 5 juillet 2016 insère un article 169bis au Règlement grand-ducal du 3 août 2009 qui, pour rappel, est abrogé par le Projet de règlement grand-ducal sous avis. Le texte de l'article 169bis de ce dernier est retranscrit à l'article 154 du Projet de règlement grand-ducal sous avis, intitulé « Exigences en matière d'efficacité énergétiques ». L'article 154 est commenté *in extenso* par la Chambre de Commerce dans le commentaire des articles ci-dessous, plusieurs remarques du Conseil d'Etat émises en mai 2016 demeurant pertinentes à ses yeux.

Résumé synthétique

De manière générale, la Chambre de Commerce accueille favorablement les textes avisés et les Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE qu'ils transposent, qu'elle salue à différents égards.

L'objectif central de ces directives est de permettre aux Etats membres d'utiliser les marchés publics à des fins stratégiques, plus spécifiquement dans l'atteinte de leurs objectifs découlant de la stratégie « Europe 2020 » pour une croissance intelligente, durable et inclusive. Pour ce faire, plusieurs nouveautés sont à recenser dans les directives et, à quelques exceptions près⁷, celles-ci sont généralisées à tous les marchés publics luxembourgeois, quelle que soit leur envergure (ceci alors que les textes européens sont en principe applicables aux marchés publics d'« envergure européenne », dont la valeur estimée dépasse un certain seuil⁸).

Par exemple, afin de promouvoir l'innovation dans les marchés publics, la procédure du « partenariat d'innovation » est créée. Toujours à des fins de promotion de l'innovation, mais également afin de mieux tenir compte de considérations sociales et environnementales dans les marchés publics, la notion de l'« offre économiquement la plus avantageuse » est retravaillée afin de décourager (sans pour autant nécessairement interdire) le recours au seul prix le plus bas. Des précisions sont également apportées à cette notion, notamment concernant les caractéristiques « innovantes », sociales et environnementales d'une offre.

⁶ Projet de règlement grand-ducal relatif à l'efficacité énergétique et portant modification du règlement grand-ducal modifié du 3 août 2009 portant exécution de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988.

⁷ Principalement : l'obligation de soumission électronique des offres et le « régime assoupli » prévu par les directives pour certains services sociaux et « spécifiques » ne s'appliquent qu'aux marchés d'envergure européenne. A noter aussi qu'au niveau européen, les conditions de recours aux « marchés réservés » sont plus circonscrites que ce qui est prévu au niveau luxembourgeois.

⁸ Par exemple, le seuil européen de 5.186.000 EUR est établi pour les marchés publics de travaux dans les Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE. Voir **annexe 1** pour un récapitulatif de tous les seuils européens.

De plus, des mesures de prévention du dumping social et environnemental sont introduites pour tous les marchés publics, quelle que soit leur envergure. Quant à lui, l'outil dit des « marchés réservés » est redéfini afin de permettre à différentes structures, dont les futures Sociétés d'Impact Sociétal (SIS) pour les marchés d'envergure nationale, de se voir réserver la possibilité de faire offre sur certains marchés.

En outre, **l'objectif de la réforme européenne en cours est de permettre aux PME de davantage participer aux marchés publics.** Pour ce faire, quatre mesures notoires sont introduites par les directives, dont deux sont généralisées à tous les marchés publics luxembourgeois.

Dorénavant, les pouvoirs adjudicateurs ne pourront exiger que les soumissionnaires aient un chiffre d'affaires annuel supérieur à maximum deux fois la valeur estimée du marché, une pratique non limitée à ce jour qui avait pour conséquence de restreindre fortement l'accès des PME aux marchés publics. Si elle n'est pas tout à fait nouvelle au Luxembourg, la possibilité de diviser les marchés en lots est introduite par les directives, également dans le but de faciliter l'accès des PME à ceux-ci.

De plus, selon le souhait des directives, la possibilité de soumettre électroniquement des offres sera rendue obligatoire dans tous les Etats membres à partir d'octobre 2018, une mesure qui devrait faciliter la soumission d'offres pour les entreprises en général et les PME en particulier. Dans la même veine, le nouveau Document unique de marché européen (DUME) est présenté comme une simplification administrative considérable, surtout pour les PME, en ce sens que les documents officiels attestant de l'éligibilité d'un soumissionnaire ne seront plus requis au stade de l'offre (seul le DUME le sera, de manière électronique). Dorénavant, seule l'entreprise remportant un marché sera tenue de fournir la documentation officielle requise, souvent fastidieuse à réunir en pratique. Dans les textes avisés, ces deux mesures ne sont rendues obligatoires que pour les marchés d'envergure européenne. Il s'agit d'une déception pour la Chambre de Commerce, ceci d'autant plus que l'adoption des pratiques d'e-procurement apparaît être à la traîne au Luxembourg, comparé à d'autres Etats membres.

Qui plus est, **la Chambre de Commerce salue l'introduction**, par les directives et généralisée à tous les marchés publics luxembourgeois, **de nombreuses clarifications sur base de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, ainsi que de nouvelles mesures régissant les conflits d'intérêt, le favoritisme et la corruption**, absentes dans la législation luxembourgeoise à ce jour. Il faudra néanmoins attendre de voir quelles « mesures appropriées » seront prises en pratique permettant de prévenir et de détecter ce type de risques.

Enfin, les directives imposent aux Etats membres des obligations de *reporting* accrues, celles-ci se révélant être de nature plus analytique, permettant de comprendre sinon les forces, au moins les faiblesses des systèmes de passation des marchés publics dans les Etats membres. **Ces nouvelles obligations devraient aider à rendre le système de passation des marchés publics luxembourgeois plus transparent, ce qui est à saluer.** La Chambre de Commerce en appelle à ce que les indicateurs de suivi de la performance du système national soient régulièrement mis à jour et rendus publics à l'avenir, dans la foulée de ces nouvelles obligations, ainsi d'ailleurs que dans le double cadre (i) de la réforme de la fonction publique en cours imposant une gestion par objectifs et (ii) de la future réorganisation de l'architecture budgétaire par programmes et missions.

Comme évoqué, nombreuses sont les nouveautés introduites par les directives qui ont été généralisées à tous les marchés publics luxembourgeois, quelle que soit leur envergure. Néanmoins, **l'omission de certaines dispositions européennes dans les marchés d'envergure nationale, voire dans certains cas le remaniement « à la carte » des règles européennes pour ceux-ci, pose plusieurs problèmes.**

Outre le fait que l'obligation de soumission électronique des offres et le DUME ne sont pas prévus pour les marchés d'envergure nationale, la Chambre de Commerce pense à la publication des avis de marchés, traitée différemment dans ces derniers. Elle ne voit notamment pas pourquoi un avis de préinformation de marché ne pourrait pas être exigé pour les marchés nationaux, en tout cas au moins pour ceux dépassant un seuil intermédiaire donné, permettant ainsi aux opérateurs économiques de mieux planifier la préparation de leurs offres. Elle ne voit pas non plus pourquoi les opérateurs économiques faisant offre sur des marchés nationaux, soit une majorité de PME, ne pourraient pas être obligatoirement informés de la pondération (ou, le cas échéant, de la hiérarchisation) des critères d'attribution de leurs offres. **L'absence de pondération des offres au niveau luxembourgeois est d'autant plus regrettable que, pour rappel, l'accent est censé être mis sur les aspects qualitatifs de celles-ci (caractéristiques innovantes, sociales et environnementales) plutôt que sur le seul prix le plus bas.**

De plus, **les délais applicables aux marchés d'envergure nationale sont** non seulement trop flous, mais ils sont également **raccourcis, soi-disant en ligne avec l'approche des directives, ce à quoi la Chambre de Commerce s'oppose formellement.** En effet, le raccourcissement des délais européens est censé « compenser » le gain de temps obtenu, notamment grâce à l'obligation de soumission électronique des offres et au DUME, deux outils qui ne sont justement pas étendus aux marchés publics d'envergure nationale.

En outre, un certain nombre de marchés sont exclus des directives, notamment du champ d'application de la Directive 2014/24/UE⁹, car il n'a pas été jugé nécessaire d'assurer une mise en concurrence au niveau européen. Les marchés exclus des directives se trouvent être régis par les dispositions du « Livre I » des textes avisés, applicables aux marchés d'envergure nationale. Or, comme déjà mentionné, certaines dispositions du Livre I apparaissent être moins strictes que les dispositions européennes (absence d'avis de préinformation et de pondération des offres, délais très courts et trop flous notamment, aux yeux de la Chambre de Commerce). Plus important encore, le Livre I autorise le recours à une « procédure négociée » pour les marchés exclus des directives, une procédure sans publicité et donc peu concurrentielle.

S'il est vrai qu'il n'est sans doute pas nécessaire que la plupart de ces marchés soient mis en concurrence au niveau européen, **la Chambre de Commerce se demande tout de même si une mise en concurrence plus stricte que celle prévue par le Livre I ne pourrait pas être envisagée au niveau luxembourgeois** (comme, simplement, les règles européennes), en tout cas au moins (i) pour les marchés de communications électroniques, de services immobiliers et de médias audiovisuels, et (ii) lorsque ceux-ci dépassent un certain seuil « intermédiaire », propre au Livre I et à définir dans le cadre de travaux issus d'un GT technique, voire de plusieurs GT techniques sectoriels.

La Chambre de Commerce se doit d'émettre par ailleurs d'importantes réserves face au remaniement de l'approche dite de « boîte à outils » prévue par les directives en ce qui concerne le recours aux différentes procédures de passation de marchés publics, dans le

⁹ Il s'agit des services explicitement énumérés à l'article 56 du Projet de loi transposant l'article 10 de la Directive 2014/24/UE et, sous certaines conditions, des marchés de communications électroniques, des marchés subventionnés, certains marchés de services de R&D ainsi que de défense et de sécurité.

Livre I. Selon l'approche européenne, moins une procédure est concurrentielle, plus les « possibilités de recours » qui y sont attachées sont encadrées et strictes. Or, comme il sera montré dans le présent avis, cela n'apparaît pas être toujours le cas dans le Livre I.

En outre, **la Chambre de Commerce est d'avis que l'accès facilité des PME aux marchés publics et l'effet dissuasif des mesures de prévention du dumping social et environnemental restent tous deux à être démontrés sur le terrain.**

La limitation du chiffre d'affaires minimal requis et la division des marchés en lots aux niveaux européen et national devraient faciliter l'accès des PME aux marchés publics. Cependant, l'absence de l'obligation de soumission électronique des offres et du DUME au niveau national constitue une déception (même s'il est vrai que l'attrait du DUME dans le chef des PME reste également à être démontré). De plus, la Chambre de Commerce rappelle que des difficultés induites au niveau des acteurs publics eux-mêmes persistent pour les PME, comme les délais de paiement parfois très longs que ceux-ci s'octroient (la Commission européenne en particulier).

Au niveau de la prévention du dumping social et environnemental, la Chambre de Commerce se demande si les obligations de documentation accrues généralisées à tous les marchés publics, notamment concernant la chaîne des sous-traitants, auront un effet dissuasif dans la pratique. La Chambre de Commerce est d'avis que, dans ce domaine, la Directive 2014/67/UE relative au détachement des travailleurs a sans doute un plus grand potentiel. Au-delà de la Directive 2014/67/UE, les contrôles *in situ* mériteraient à être renforcés, ou encore une liste européenne d'entreprises condamnées pour infractions et récidive en matière de détachement pourrait être produite pour un véritable effet dissuasif.

La Chambre de Commerce constate finalement que **le renforcement des aspects sociaux et environnementaux des marchés publics est source de nombreux questionnements.**

Comme mentionné, une future SIS pourrait tout à fait être considérée pour un marché réservé dans le cadre du Livre I applicable aux marchés d'envergure nationale. De ce fait, les considérations quant au risque de distorsion de concurrence entre entreprises plus « traditionnelles » et futures SIS, plus amplement détaillées dans l'avis de la Chambre de Commerce du 29 juin 2015¹⁰ et dans celui du Conseil de la concurrence du 21 juillet 2016¹¹, demeurent d'actualité.

La Chambre de Commerce s'interroge également face au seuil européen de 750.000 EUR établi pour les marchés de services sociaux et « spécifiques » pour lesquels un « régime assoupli » est prévu au niveau européen. Si elle n'a pas d'objection particulière à relever sur ce régime assoupli, la Chambre de Commerce envisage toutefois difficilement comment des marchés sociaux puissent jamais atteindre ce seuil. Plus important, **le niveau de mise en concurrence sur ces marchés considérés d'envergure nationale apparaît trop peu élevé à ses yeux, et il pourrait difficilement être accepté pour des marchés dont la valeur peut théoriquement atteindre 749.999 EUR.**

¹⁰ Voir avis de la Chambre de Commerce n° 4462 sur son site www.cc.lu ou sur celui de la Chambre des Députés, www.chd.lu (dossier parlementaire n°6831).

¹¹ Voir avis du Conseil de la concurrence sur site de la Chambre des Députés, www.chd.lu (dossier parlementaire n°6831).

Pour toutes ces raisons, la Chambre de Commerce recommande que des seuils « intermédiaires », inférieurs au seuil européen de 750.000 EUR, soient arrêtés. Ceux-ci pourraient être définis dans le cadre de travaux issus d'un GT technique.

De manière générale, la Chambre de Commerce en appelle à ce que soient créés plusieurs GT techniques sectoriels permettant non seulement de définir des seuils intermédiaires pour l'ensemble des marchés tombant sous les seuils européens, mais également de créer et partager des lignes directrices précises, à destination tant des pouvoirs adjudicateurs (une approche que les auteurs semblent vouloir privilégier), que des opérateurs économiques.

La réforme en cours est conséquente et les enjeux sont importants. Il importe donc d'exploiter au mieux les nouveaux outils mis à disposition des différents acteurs, et ce selon une approche la plus objective (aux moyens d'indicateurs de suivi rendus publics) et inclusive (en partenariat avec les opérateurs économiques) qu'elle soit.

* * *

En conclusion, la Chambre de Commerce est en mesure d'approuver le Projet de loi, le Projet de règlement grand-ducal et leurs amendements sous avis sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

Appréciation générale du Projet de loi, du Projet de règlement grand-ducal et de leurs amendements respectifs

	Incidence
Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	++ ¹²
Impact financier sur les entreprises	+ ¹³
Transposition de la directive	0 ¹⁴
Simplification administrative	+ ¹⁵
Impact sur les finances publiques	- ¹⁶
Développement durable	++ ¹⁷

Appréciations :	++	:	très favorable
	+	:	favorable
	0	:	neutre
	-	:	défavorable
	--	:	très défavorable
	n.a	:	non applicable

Contexte

A. Réforme européenne en cours

La réforme des marchés publics découle de la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive (ci-après la « **Stratégie UE 2020** ») adoptée en juin 2010 par les Etats membres et succédant à la stratégie de Lisbonne. Elle repose sur trois priorités stratégiques interdépendantes et se renforçant mutuellement : (1) développer une économie fondée sur la connaissance et l'innovation, (2) promouvoir une économie sobre en carbone et économe dans la consommation des ressources et compétitive et (3) encourager une économie à fort taux d'emploi favorisant la cohésion sociale et territoriale.

La Stratégie UE 2020 confère un rôle essentiel aux marchés publics, qu'elle considère comme l'un des instruments-clés à employer pour atteindre ses priorités stratégiques.

¹² Les marchés publics sont, en principe, censés aider les Etats membres à atteindre leurs objectifs issus de la stratégie « Europe 2020 ». Ils ont notamment pour objectif d'encourager la prise en compte de caractéristiques « innovantes », sociales et environnementales dans la passation de ceux-ci.

¹³ Plusieurs initiatives de simplification administrative, notamment l'obligation de soumission électronique des offres et le recours au DUME, devraient, en principe, faciliter l'accès des entreprises en général, et des PME en particulier, aux marchés publics d'envergure européenne. En outre, la notion retravaillée de l'« offre économiquement la plus avantageuse », étendue à tous les marchés publics luxembourgeois quelle que soit leur envergure, devrait (théoriquement) permettre aux entreprises de mettre en avant d'autres caractéristiques dans leurs offres, de nature plus qualitative, plutôt que le seul « prix le plus bas ».

¹⁴ Comme il le sera expliqué dans le commentaire des articles, la levée des options données par les directives ne pose dans l'ensemble pas de problème particulier aux yeux de la Chambre de Commerce. Une seule obligation, à savoir celle de fournir des informations relatives aux fournisseurs (en plus des sous-traitants), va trop loin, mais cela semble être une erreur de transposition qui devrait être corrigée (voir plus particulièrement le commentaire des articles 105 et 106 du Projet de règlement grand-ducal ci-dessous à ce sujet). Par contre, le remaniement « à la carte » de dispositions européennes dans le Livre I régissant les marchés d'envergure nationale pose plusieurs problèmes.

¹⁵ Plusieurs initiatives de simplification administrative issues des directives pourraient, en principe, faciliter l'accès des entreprises, notamment les PME, aux marchés publics.

¹⁶ Les obligations de *reporting* accrues des Etats membres vis-à-vis de la Commission européenne et la mise à jour du système informatique du portail des marchés publics, principalement face à l'obligation de soumission électronique des offres et le DUME, impliquent un renforcement des capacités dans les différentes administrations concernées, comme en témoigne la fiche financière (+390.000 EUR).

¹⁷ Pour rappel, les marchés publics sont, en principe, censés aider les Etats membres à atteindre leurs objectifs issus de la stratégie « Europe 2020 ». Ils ont notamment pour objectif d'encourager la prise en compte de caractéristiques « innovantes », sociales et environnementales dans la passation de ceux-ci.

En effet, la Commission européenne estime que les marchés publics relevant directement des directives européennes représentent quelques 425 milliards EUR, soit environ 3,5% du PIB de l'Union européenne¹⁸ (ci-après l' « UE »). Plus de 250.000 autorités publiques à travers l'UE dépenseraient environ 14% de leur PIB chaque année dans la commande de services et travaux divers¹⁹. Au Luxembourg, l'OCDE estime qu'environ 12,4% du PIB et 28,4% des dépenses publiques sont opérées *via* le système des marchés publics, ce qui se situe juste en dessous de la moyenne des 32 pays membres de l'OCDE²⁰.

Encadré 1 - La réforme des marchés publics en soutien aux priorités de la Stratégie UE 2020

(1) Développer une économie fondée sur la connaissance et l'innovation : les nouvelles directives européennes précitées ont pour objectif d'encourager les Etats membres à **soutenir l'innovation à travers les marchés publics**. Pour ce faire, une nouvelle procédure de passation des marchés publics, le « partenariat d'innovation », est notamment créée, et des critères de sélection permettant de prendre en compte la qualité des achats plutôt que le prix le plus bas sont définis.

(2) Promouvoir une économie sobre en carbone, économe dans la consommation des ressources et compétitive : les nouvelles règles européennes doivent permettre aux marchés publics de devenir un **instrument de stratégie politique environnementale**. A cette fin, les aspects environnementaux sont renforcés dans les procédures de passation des marchés publics, notamment à travers des « conditions d'exécution particulière » et des critères de sélection permettant de prendre en compte la qualité des achats (aspect « qualité environnementale »). La notion de « marchés réservés » est en outre introduite, et des mesures de prévention du dumping environnemental sont prises.

(3) Encourager une économie à fort taux d'emploi favorisant la cohésion sociale et territoriale : les nouvelles règles européennes doivent permettre aux marchés publics de devenir un **instrument de stratégie politique sociale**. Pour ce faire, les aspects sociaux sont renforcés dans les procédures de passation des marchés publics, notamment à travers lesdites « conditions d'exécution particulière », les marchés réservés et un régime assoupli prévu pour certains services sociaux d'envergure européenne. Des mesures de prévention du dumping social sont également prises. Il est en outre question de faciliter l'accès des PME aux marchés publics et de mieux prévenir les conflits d'intérêt, le favoritisme et la corruption.

Ce faisant, les directives européennes s'attèlent à clarifier et à consolider les règles européennes en vigueur depuis 2004, notamment sur base de l'abondante jurisprudence émise par la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la « CJUE »). Un accent est tout particulièrement mis sur la **simplification** de la passation des marchés publics et sur **l'allègement des contraintes** pesant sur les acheteurs publics et les opérateurs économiques.

Dès avril 2011, la Commission européenne a fait figurer parmi ses douze actions-clés prioritaires l'adoption d'un cadre législatif révisé et modernisé, qui assouplisse les procédures d'attribution et permette une meilleure utilisation des marchés publics au soutien d'autres politiques. En décembre 2011, elle a ensuite publié une proposition de révision et de mise à jour des règles européennes sur la passation des marchés publics²¹.

Suite aux négociations entre les Etats membres, le Parlement européen et la Commission européenne, les textes définitifs des nouvelles Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE, ainsi que de la Directive 2014/23/UE, ont été arrêtés le 17 avril 2014. Les Etats membres ont eu deux ans pour transposer leur contenu dans leurs législations nationales respectives, soit jusqu'au 18 avril 2016. Certaines dispositions, principalement celles régissant la passation des marchés publics par voie électronique (ci-après l'« **e-procurement** ») et la facturation électronique bénéficient

¹⁸ Source : Union européenne. 2014. *Les nouvelles règles sur les marchés publics et les concessions plus simples et plus flexibles*. Luxembourg : Office des publications de l'Union européenne.

¹⁹ Source : Portail UE des marchés publics, sur www.ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement.

²⁰ Source : OCDE. 2015. *Government at a glance*. Paris : OCDE.

²¹ Commission européenne. 20 décembre 2011. *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics*. Référence COM(2011)896. Bruxelles : Commission européenne.

d'un délai additionnel, et les Etats membres ont dès lors respectivement jusqu'au 18 octobre 2018 et au 27 novembre 2018 pour les transposer.

Au printemps 2016, seuls douze Etats membres se sont acquittés de leur tâche à temps²², soit endéans la date butoir du 18 avril 2016, et neuf Etats membres additionnels, dont les Pays-Bas, ont annoncé qu'ils seraient prêts pour l'automne 2016²³. Sept autres Etats membres, dont le Luxembourg, ne seront pas prêts à l'automne 2016, ce que la Chambre de Commerce regrette.

Quoi qu'il en soit, le cadre luxembourgeois transposant le cadre européen de la commande publique peut être visualisé comme suit :

²² A savoir : la Bulgarie, la République Tchèque, le Danemark, l'Allemagne, la France, la Hongrie, l'Italie, Chypre, la Roumanie, la Slovénie, la Slovaquie et le Royaume-Uni.

²³ Séminaire EIPA (*European Institute of Public Administration*). Juin 2016. « *Recent developments in European Public Procurement and Case Law* ». Maastricht : EIPA.

Tableau 1 - Cadres législatifs européen et luxembourgeois de la commande publique

	A ce jour	Réforme
Droit européen	<u>Pas</u> de directive « Contrats de concessions ».	Directive 2014/23/UE « Contrats de concessions » (à transposer au plus tard le 18 avril 2016)
	Directive 2004/18/CE ²⁴ « Marchés publics - Secteurs classiques » (marchés de travaux, fournitures et services)	Directive 2014/24/UE « Marchés publics - Secteurs classiques » (abroge la Directive 2004/18/CE) (à transposer au plus tard le 18 avril 2016)
	Directive 2004/17/CE ²⁵ « Marchés publics - Secteurs spéciaux » (secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et postaux) (marchés de travaux, fournitures et services)	Directive 2014/25/UE « Marchés publics - Secteurs spéciaux » (abroge la Directive 2004/17/CE) (à transposer au plus tard le 18 avril 2016)
	Directive 2007/66/CE ²⁶ « Procédures de recours dans la passation des marchés publics »	<u>Pas</u> encore réformée au niveau européen.
	<u>Pas</u> de directive « Facturation électronique ».	Directive 2014/55/UE ²⁷ « Facturation électronique » (à transposer au plus tard le 27 novembre 2018)
	Plusieurs directives et règlements de nature sectorielle (défense et sécurité, transport et énergie, principalement).	<u>Pas</u> encore réformés au niveau européen.
Droit national	<u>Pas</u> de loi « Contrats de concessions ».	Projet de loi n°6984 « Contrats de concession » (avisé dans un document séparé)
	Loi du 25 juin 2009 « Marchés publics - Secteurs classiques et spéciaux »	Projet de loi n° 6982 « Marchés Publics - Secteurs classiques et spéciaux » (abroge la Loi du 25 juin 2009) (avisé dans le présent document)
	Règlement grand-ducal du 3 août 2009 exécutant la Loi du 25 juin 2009	Projet de règlement grand-ducal exécutant le Projet de loi (abroge le Règlement grand-ducal du 3 août 2009) (avisé dans le présent document)
	Loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de passation des marchés publics	<u>Pas</u> encore réformée au niveau européen.
	<u>Pas</u> de directive « Facturation électronique ».	La Chambre de Commerce n'a pas encore été saisie du projet de texte transposant la nouvelle Directive 2014/55/UE.
	Plusieurs lois et règlements de nature sectorielle (défense et sécurité, transport et énergie, principalement).	<u>Pas</u> encore réformés au niveau européen.

²⁴ La directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (ci-après la « **Directive 2004/18/CE** »).

²⁵ La directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (ci-après la « **Directive 2004/17/CE** »).

²⁶ Les Directives 2004/17/CE et 2004/18/CE sont complétées par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (ci-après la « **Directive 2007/66/CE** »). Comme son intitulé l'indique, cette directive a pour objectif de rendre les procédures de recours plus efficaces. Elle n'est pour l'instant pas impactée par la réforme européenne en cours.

²⁷ La directive 2014/55/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative à la facturation électronique dans le cadre des marchés publics (ci-après la « **Directive 2014/55/UE** »).

B. Une réforme luxembourgeoise articulée en cinq livres

A ce jour, la Loi du 25 juin 2009 et le Règlement grand-ducal du 3 août 2009 transposent en droit national les anciennes Directives 2004/18/CE et 2004/17/CE. Ces deux textes sont divisés en quatre livres. Le premier livre traite des principes généraux applicables aux marchés et concours dont la valeur n'atteint pas les seuils européens. Les deux autres livres couvrent les contrats tombant sous le champ des anciennes Directives 2004/18/CE et 2004/17/CE respectivement, alors que le 4^{ème} livre s'applique aux pouvoirs adjudicateurs uniquement.

Par souci de « lisibilité et de cohérence »²⁸, les auteurs des textes sous avis ont jugé opportun d'abroger la Loi du 25 juin 2009 et le Règlement grand-ducal du 3 août 2009 l'exécutant, et ce en les remplaçant par les textes avisés ici. De plus, à l'instar de la Loi du 25 juin 2009, une structure articulée autour de différents livres, dont le champ est à chaque fois défini, est conservée, soit ici autour de cinq livres plutôt que de quatre.

1. Le Projet de loi et ses amendements

Livre I - Dispositions Générales

Le Livre I énonce les règles applicables à tous les marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs luxembourgeois, nationaux et communaux, dans les secteurs classiques et spéciaux. Elles s'appliquent aux marchés et concours²⁹ dont la valeur n'atteint pas les seuils européens³⁰ (elle s'applique autrement dit aux « marchés nationaux » ou « marchés d'envergure nationale »), mais aussi aux marchés et concours atteignant ces seuils lorsque les Livres II (secteurs classiques) et III (secteurs spéciaux) n'énoncent pas de règle particulière³¹.

Les règles du Livre I sont souvent désignées comme étant les « règles nationales » car elles ne trouvent pas leur origine dans les directives, tandis que les Livres II et III contiennent exclusivement des règles issues de celles-ci. Toutefois, selon l'exposé des motifs (page 13), « *il a été jugé opportun, pour des considérations de sécurité juridique, d'inclure un certain nombre de règles énoncées par les nouvelles directives dans le Livre I, afin de les rendre applicables à tous les marchés publics [luxembourgeois]* ».

²⁸ Selon l'exposé des motifs, page 3.

²⁹ Les concours permettent d'acquérir un service de type plan ou projet choisi par un jury après mise en concurrence (selon une procédure de passation de marchés prévues par la Directive 2014/24/UE), et ce principalement dans les domaines de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture, de l'ingénierie et du traitement de données. Les concours sont régis aux articles 79 à 82 du Projet de loi (Livre II) transposant 78, 80, 81 et 82 de la Directive 2014/25/UE (l'article 79 de la directive étant transposé à l'article 191 du Projet de règlement grand-ducal) - voir le commentaire de ces articles ci-dessous.

³⁰ Tels que défini à l'article 52 du Projet de loi transposant l'article 4 de la Directive 2014/24/UE, soit les marchés dont la valeur estimée hors TVA est égale ou supérieure aux seuils suivants : (i) 5.186.000 EUR pour les marchés de travaux, (ii) 134.000 EUR pour les marchés de fournitures et de services passés par les autorités publiques centrales et pour les concours passés par celles-ci, (iii) 207.000 EUR pour les marchés de fournitures et services passés par les pouvoirs adjudicateurs sous-centraux et (iv) 750.000 EUR pour les marchés de services sociaux et de services spécifiques énumérés à l'annexe I du Projet de loi (annexe XIV de la directive), soit par exemple les services éducatifs, culturels ou de santé (parmi d'autres). Un récapitulatif des seuils européens pour tous les marchés considérés par la réforme en cours est présenté en **annexe 1**.

³¹ En effet, aux termes de l'article 4 paragraphe 1^{er} du Projet de loi (ne transposant aucun article de la Directive 2014/24/UE), « *sans préjudice des dispositions particulières des Livres II et III, le présent Livre [I] établit les règles applicables à tous les marchés et concours passés par les pouvoirs adjudicateurs* ». La Chambre de Commerce revient à plusieurs reprises dans cet avis sur la question des marchés publics non couverts par les livres II et III et traités dans le Livre I (voir notamment les considérations générales, section 1).

C'est le cas des dispositions européennes régissant les conflits d'intérêt, le favoritisme et la corruption³², notamment lors des phases (i) préparatoire (conditions pour la consultation éventuelle de soumissionnaire) et (ii) de sélection (motifs d'exclusion) des marchés publics. **La Chambre de Commerce salue d'emblée cette initiative au vu de la quasi absence de règles luxembourgeoises à ce jour en la matière, même s'il sera sans doute nécessaire d'aller plus loin encore à l'avenir** (voir considérations générales, section 3 point (i) à ce sujet).

C'est également le cas des nouvelles règles européennes régissant la consultation préalable du marché³³. Celles-ci permettent d'encadrer ce type de consultation préalable au lancement d'un appel à candidatures et d'éviter un manque de transparence.

C'est ensuite le cas de certaines des règles applicables aux « marchés mixtes »³⁴ ainsi que de quatre cas d'exclusion, prévus par la Directive 2014/24/UE et s'appliquant aux Livres I et II. Ces quatre cas d'exclusion régissent les marchés (i) passés en vertu des règles internationales³⁵, (ii) comportant des aspects de défense et de sécurité dans le cadre d'un accord international de stationnement de troupes par exemple³⁶, (iii) passés entre entités du secteur public³⁷, et (iv) de services attribués sur base d'un « droit exclusif »³⁸.

C'est enfin le cas des marchés passés à travers une centrale d'achat³⁹, des marchés dits « conjoints »⁴⁰ et « transfrontaliers »⁴¹, des marchés fondés sur un accord-cadre⁴², ainsi que des principes régissant la modification des marchés en cours d'exécution⁴³, à nouveau sur base de l'abondante jurisprudence de la CJUE.

³² Articles 13, 26, 27 et 29 du Projet de loi transposant les articles 24, 40, 41 et 57 de la Directive 2014/24/UE respectivement.

³³ Articles 26 et 27 du Projet de loi transposant les articles 40 et 41 de la Directive 2014/24/UE.

³⁴ Article 5 du Projet de loi transposant l'article 3 de la Directive 2014/24/UE : les marchés mixtes sont les marchés dans lesquels sont regroupés (i) plusieurs types d'achats (travaux, fournitures ou services), (ii) des prestations relevant de différents régimes juridiques (concernés par les dispositions des Livres I ou II, voire du Livre III) ou encore (iii) des prestations relevant à la fois de la Directive 2014/24/UE et d'autres directives (par exemple, le regroupement de prestations de type construction et concession). Des précisions apportées par la jurisprudence de la CJUE sont à présent incluses notamment afin de mieux cerner quelles règles (issues de quelles réglementations) sont applicables à ces marchés.

³⁵ Article 6 paragraphes (1) à (3) du Projet de loi transposant l'article 9 de la Directive 2014/24/UE. La raison de l'exclusion dans le Livre I se justifie dans l'existence d'autres règles, internationales.

³⁶ Article 6 paragraphes (4) et (5) du Projet de loi transposant l'article 17 de la Directive 2014/24/UE.

³⁷ Articles 8 et 9 du Projet de loi transposant l'article 12 de la Directive 2014/24/UE. La CJUE ayant déterminé les conditions et circonstances dans lesquelles les règles applicables aux marchés publics peuvent « s'effacer » au profit de la liberté d'organisation des pouvoirs publics, il n'y a pas lieu, selon l'exposé des motifs, de considérer que les marchés entre entités publiques sous le seuil européen, soit régis par le Livre I, soient moins concernés par la jurisprudence de la CJUE.

³⁸ Article 7 du Projet de loi transposant l'article 11 de la Directive 2014/24/UE : même raisonnement sur base de l'abondante jurisprudence de la CJUE à ce jour. Il est à noter que le terme « droit exclusif » au sens du Livre I ne doit pas être confondu avec le même terme du Livre III (voir ci-dessous). Sont exclus du Livre I (et du Livre II) les services attribués sur base d'un « droit exclusif » donné à un pouvoir adjudicateur (ou à un ensemble de pouvoirs adjudicateurs) en vertu de dispositions légales, réglementaires ou administratives publiées. En cas de « droit exclusif », les autres pouvoirs adjudicateurs ne peuvent attribuer les contrats de services en question qu'à ce pouvoir adjudicateur (ou ensemble de pouvoirs adjudicateurs) et les règles du Livre I (et du Livre II) ne s'appliquent pas.

³⁹ Article 23 du Projet de loi transposant l'article 37 de la Directive 2014/24/UE. Le recours à la centralisation des achats étant de plus en plus utilisé (par exemple : afin de gérer des systèmes d'acquisition dynamique ou de passer des marchés publics et accords-cadres pour d'autres adjudicateurs), il a été décidé de prévoir plusieurs définitions claires au niveau européen.

⁴⁰ Article 24 du Projet de loi transposant l'article 38 de la Directive 2014/24/UE. Les marchés conjoints ont lieu en cas (i) d'achats conjoints moins institutionnalisés qu'à travers une centrale d'achat et/ou (ii) de recours à des prestataires de services gérant les procédures de passation de marchés pour le compte d'un pouvoir adjudicateur. Ceux-ci sont à présent davantage encadrés.

⁴¹ Article 25 du Projet de loi transposant l'article 39 de la Directive 2014/24/UE. A ce jour, la passation conjointe de marchés publics entre pouvoirs adjudicateurs issus de différents Etats membres posait plusieurs problèmes auquel l'article 39 de la Directive 2014/24/UE tente de remédier. Selon le commentaire de l'article 25, au Luxembourg « un certain nombre » de projets transfrontaliers d'infrastructure a déjà été passé de manière conjointe. L'article 25 devrait donc conférer un cadre légal à cette pratique, vitale pour le pays.

⁴² Article 22 du Projet de loi transposant l'article 33 de la Directive 2014/24/UE. L'accord-cadre fonctionnant relativement bien, très peu de modifications ont été apportées sur cet instrument par rapport à la Directive 2014/18/CE.

⁴³ Article 43 du Projet de loi transposant l'article 72 de la Directive 2014/24/UE, qui précise les conditions dans lesquelles des modifications apportées à un marché en cours d'exécution imposent (ou pas) une nouvelle procédure de passation de marché, en ligne avec la jurisprudence de la CJUE, notamment à travers la notion de modification « substantielle ».

Les autres règles du Livre I non concernées par les considérations énoncées aux quatre paragraphes précédents sont reprises en grande partie du Livre I de la Loi du 25 juin 2009, voire du Règlement grand-ducal du 3 août 2009. Dans le commentaire des articles, la Chambre de Commerce avise expressément les règles reprises de ces deux textes qu'elle estime ne pas (ou plus) avoir lieu d'être⁴⁴. Les règles issues de la Loi du 25 juin 2009⁴⁵ (ainsi que du Règlement grand-ducal du 3 août 2009⁴⁶) ne posant pas de problème particulier à ses yeux ne sont pas commentées outre mesure dans le présent avis.

De manière générale, **si la Chambre de Commerce soutient l'ajout de ces dispositions européennes dans le Livre I, les rendant par la même occasion applicables à tous les marchés publics luxembourgeois d'envergure nationale, elle se pose néanmoins la question d'une telle transposition « à la carte »** (voir considérations générales (section 1) ci-dessous pour davantage de détails à ce sujet).

Livre II - Dispositions particulières relatives aux marchés d'une certaine envergure

Le Livre II énonce ensuite un ensemble de règles exclusivement applicables aux marchés atteignant les seuils européens, aussi connus sous les termes de marchés « d'envergure européenne » ou « d'une certaine envergure ». Selon l'exposé des motifs, il se distingue essentiellement du Livre I en ce qui concerne (i) les contraintes de publication, (ii) les délais et (iii) l'e-procurement - sur quoi la Chambre de Commerce revient à plusieurs reprises dans le présent avis, notamment dans les considérations générales (section 1 pour les délais et section 2 pour l'e-procurement).

Le Livre II est entièrement constitué d'articles directement transposés de la Directive 2014/24/UE applicable aux marchés publics dans les secteurs dits « classiques » - par opposition aux marchés publics dans les secteurs spéciaux que sont l'eau, l'énergie, les transports et les services postaux relevant du Livre III. Un certain nombre d'autres marchés est également exclu du champ d'application du Livre II, en ligne avec les dispositions d'exclusion de la directive. Il s'agit notamment des services explicitement énumérés à l'article 56 du Projet de loi transposant l'article 10 de la directive⁴⁷. Il s'agit aussi des marchés exclus des directives européennes pour lesquels il n'est pas jugé nécessaire d'assurer une mise en concurrence au niveau européen, soit, sous certaines conditions : les communications électroniques⁴⁸, les

⁴⁴ Voir particulièrement le commentaire des articles 12, 17, 20, 28 et 49 du Projet de loi ci-dessous qui, pour rappel, ne transposent dans ce contexte aucun article de la Directive 2014/24/UE. Voir la section B.2 sur le Projet de règlement grand-ducal ci-dessous pour les articles repris directement du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 (ne transposant aucun article de la directive), que la Chambre de Commerce estime ne pas (ou plus) avoir lieu d'être. Il s'agit principalement des articles 3 à 5, 8 à 12, 15, 21, 45 et 46, 23 à 25, 51, 81, ainsi que 105 et 106 du Projet de règlement grand-ducal commentés ci-dessous.

⁴⁵ A savoir, principalement : (i) le paragraphe (2) de l'article 3 du Projet de loi (pour rappel, ne transposant dans ce contexte aucun article de la Directive 2014/24/UE) faisant la distinction entre la procédure restreinte avec et sans publication d'avis (procédures #2 et #2bis de l'encadré 2 et du tableau 2) ; (ii) l'article 11 du Projet de loi faisant la distinction entre entreprises générales, globales ou partielles ; (iii) l'article 16 régissant la durée des marchés publics (non régie au niveau européen) ; (iv) les paragraphes (2) à (4) de l'article 44 du Projet de loi prévoyant trois cas additionnels de résiliation de marchés attribués en plus des trois cas minimaux prévus par la Directive 2014/24/UE à son article 73 (celle-ci laissant aux Etats membres la possibilité de prévoir davantage de cas de résiliations que ceux énumérés à l'article 73) ; (v) les articles 45 à 48 du Projet de loi donnant la possibilité aux pouvoirs adjudicateurs de prévoir des sanctions et primes (article 45), des avances et acomptes (article 46) et des décomptes (articles 47 et 48), non prévus par la Directive 2014/24/UE ; (vi) l'article 50 du Projet de loi régissant la suspension ou l'annulation d'un marché par le Grand-Duc lorsque contraire à l'intérêt général ; et enfin (vii) l'article 51 du Projet de loi prévoyant que les règles d'exécution du Projet de loi s'opèrent par règlement grand-ducal.

⁴⁶ Voir la section B.2 sur le Projet de règlement grand-ducal ci-dessous pour les articles repris directement du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 ne posant pas de problème particulier aux yeux de la Chambre de Commerce.

⁴⁷ Par exemple, des services immobiliers, d'achat, de développement de production ou de coproduction de matériel et de programmes audiovisuels ou radiophoniques, d'arbitrage et de conciliation, de prêts, entre autres.

⁴⁸ Article 55 du Projet de loi transposant l'article 8 de la Directive 2014/24/UE.

« marchés subventionnés »⁴⁹, certains marchés de services de R&D⁵⁰ ainsi que de défense et de sécurité⁵¹. Il est à noter que le Projet de loi prévoit que ces marchés soient régis par les dispositions nationales du Livre I, et la Chambre de Commerce revient à plusieurs reprises sur cette possibilité, notamment dans ses considérations générales (section 1).

Par ailleurs, un « régime assoupli » est prévu pour certains services sociaux et certains « services spécifiques », par exemple pour des services éducatifs, culturels, de santé, d'hôtellerie, juridiques, de secours, d'incendie ou pénitentiaires (parmi d'autres) en ligne avec l'annexe XIV de la Directive 2014/24/UE transposée à l'annexe I du Projet de loi. Ces services ne tombent sous le champ d'application du Livre II que si un seuil fixé par la directive de 750.000 EUR est atteint, seuil au-delà duquel les services confèrent une dimension transnationale et en-deçà duquel « *ils n'intéressent généralement pas les prestataires d'autres Etats membres* », et par leur nature, et sont alors régis par le Livre I. La Chambre de Commerce revient de manière extensive sur ce régime assoupli au bénéfice de certains services sociaux et spécifiques dans ses considérations générales (section 6).

Dans le commentaire des articles, la Chambre de Commerce revient à plusieurs reprises sur des articles n'ayant pas été transposés à la lettre dans le Livre II et pour lesquels de tels écarts de transposition pourraient s'avérer problématiques⁵². *A contrario*, ceux ne posant pas de problème particulier à ses yeux⁵³ ne sont pas commentés outre mesure dans le présent avis.

Livre III - Dispositions spécifiques aux marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux

Le Livre III s'applique aux marchés de fournitures, de travaux et de services passés dans les secteurs spéciaux que sont ceux de l'eau, de l'énergie (gaz, électricité et extraction de pétrole et de charbon), des transports (services de transports, ports et aéroports) et des services postaux, pour autant que ceux-ci atteignent une certaine envergure spécifiée à l'article 98 « Montant et seuils » transposant l'article 15 de la Directive 2014/25/UE⁵⁴.

Comme par le passé, les secteurs spéciaux font l'objet de règles distinctes et plus souples, qui s'appliquent non seulement aux pouvoir adjudicateurs « classiques » visés à l'article 86 du Projet de loi⁵⁵, dès lors que ceux-ci exercent une activité visée par la Directive 2014/25/UE

⁴⁹ Article 57 du Projet de loi transposant l'article 13 de la Directive 2014/24/UE.

⁵⁰ Article 58 du Projet de loi transposant l'article 14 de la Directive 2014/24/UE.

⁵¹ Articles 59 à 61 du Projet de loi transposant les articles 15 et 16 de la Directive 2014/24/UE.

⁵² Voir particulièrement le commentaire des articles 57, 63, 72, et 76 et 77 du Projet de loi ci-dessous transposant respectivement les articles 13, 26, 59, et 74 et 76 de la Directive 2014/24/UE.

⁵³ A savoir, principalement : (i) le paragraphe (6) de l'article 67 du Projet de loi transposant le paragraphe (6) de l'article 29 de la Directive 2014/24/UE ; (ii) l'article 71 du Projet de loi ne transposant aucun article de la Directive 2014/24/UE et intitulé « Vérification de la situation des soumissionnaires et, le cas échéant, des entités aux capacités desquelles un soumissionnaire entend avoir recours » ; et (iii) l'article 83 du Projet de loi ne transposant aucun article de la Directive 2014/24/UE, intitulé « Règles d'exécution » et faisant référence au Projet de règlement grand-ducal exécutant le Projet de loi.

⁵⁴ Cf. article 98 paragraphe 1^{er} alinéa 2 du Projet de loi transposant l'article 15 de la Directive 2014/25/UE : (i) 414.000 EUR pour les marchés de fournitures et de services et pour les concours, (ii) 5.186.000 EUR pour les marchés de travaux et (iii) 1.000.000 EUR pour les marchés de services portant sur des services sociaux et autres services spécifiques tels qu'énumérés à l'annexe I du Projet de loi (annexe XVII de la Directive 2014/25/UE). Un récapitulatif des seuils européens pour tous les marchés considérés par la réforme en cours est présenté en **annexe 1**.

⁵⁵ Transposant l'article 3 de la Directive 2014/25/UE, soit « *l'Etat, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public ou les associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou par un ou plusieurs de ces organismes de droit public* ». Un « organisme de droit public » présente toutes les caractéristiques suivantes : (i) il a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ; (ii) il est doté de la personnalité juridique ; et (iii) soit il est financé majoritairement par l'Etat (ou autorités régionales/locales, ou autres organismes de droit public), soit sa gestion est soumise à un contrôle de ces autorités, soit son organe d'administration/direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'Etat/autres autorités régionales ou locales.

et le Livre III, mais également à des « entreprises publiques »⁵⁶ sur lesquelles les acheteurs publics ont une influence dominante, voire aux entreprises privées lorsque celles-ci exercent une ou plusieurs activités susmentionnées et qu'elles bénéficient de « droits spéciaux ou exclusifs »⁵⁷ octroyés par une autorité compétente de l'Etat.

Trois catégories de mesures sont à recenser dans ce livre :

a) des précisions et modifications sont tout d'abord apportées au champ d'application de la directive :

Comparées à la réglementation antérieure, les notions de « pouvoir adjudicateur » et d'« entité adjudicatrice » ont été précisées et figurent dans deux articles distincts (au lieu d'un). La notion de « droits spéciaux » ou « exclusifs » a également été clarifiée, en réponse à de nombreuses interrogations sur le champ d'application de l'ancienne directive. Des exclusions ont encore été opérées sur certains secteurs, principalement pour (i) les activités liées à l'exploration de pétrole et de gaz naturel (seule l'extraction de pétrole et de gaz est à présent visée) et (ii) certains services connexes aux services postaux, comme les services financiers, logistiques, électroniques et de philatélie.

b) ensuite, des adaptations sont apportées au Livre III, par rapport aux Livres I et II, afin de maintenir de la flexibilité et de la souplesse :

- contrairement aux pouvoirs adjudicateurs des Livres I et II, les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices du Livre III peuvent avoir librement recours à la procédure concurrentielle avec négociation (#3 de l'encadré 2 ci-dessous) et au dialogue compétitif (procédure #4), c'est-à-dire qu'aucune « possibilité de recours » n'est attachée à ces deux procédures dans le Livre III contrairement aux « possibilités de recours » prévues dans les Livres I et II⁵⁸. Cette mesure a pour effet d'assouplir l'esprit de l'approche « boîte à outils » de la Directive 2014/24/UE ;
- les dispositions relatives aux conflits d'intérêt ne s'appliquent qu'aux pouvoirs adjudicateurs classiques⁵⁹, et donc pas aux entreprises publiques ou privées tombant dans le champ de la Directive 2014/25/UE ;
- le seuil européen relatif aux services sociaux et autres services spécifiques est plus élevé encore dans le Livre III (1.000.000 EUR) que dans le Livre II (750.000 EUR). *A contrario*, tous les services sociaux et/ou spécifiques tombant sous ces

⁵⁶ Aux termes de l'article 87 paragraphe (2) du Projet de loi transposant l'article 4 de la Directive 2014/25/UE, une « entreprise publique » est « toute entreprise sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété de cette entreprise, de la participation financière qu'ils y détiennent ou des règles qui la régissent ».

⁵⁷ Pour rappel, les « droits exclusifs » au sens du Livre III ne sont pas à confondre avec les « droits exclusifs » au sens du Livre I (et exclus de celui-ci, sur base de l'article 7 du Projet de loi transposant l'article 11 de la Directive 2014/24/UE). Pour rappel, les « droits exclusifs » au sens du Livre I sont définis comme des droits d'attribution de certains contrats de services à un pouvoir adjudicateur donné de manière exclusive, ceci en vertu de dispositions légales, réglementaires ou administratives publiées. Dans le contexte du Livre III, l'article 87 paragraphe (3) du Projet de loi transposant l'article 4 de la Directive 2014/25/UE définit les « droits exclusifs » comme suit : « Les 'droits spéciaux ou exclusifs' sont des droits accordés par l'autorité compétente de l'Etat, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité [de secteurs spéciaux] et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité. ». *A contrario*, l'alinéa 2 de l'article 87 précise que « les droits octroyés au moyen d'une procédure ayant fait l'objet d'une publicité appropriée [soit, une procédure avec « mise en concurrence préalable », c.à.d. une des procédures #1 à #3 de l'encadré 2 ci-dessous aux termes de l'article 123 paragraphe (2) du Projet de loi transposant l'article 44 de la Directive 2014/25/UE] et selon des critères objectifs [en particulier : en conformité avec la législation européenne telle qu'énumérée de manière non exhaustive à l'annexe II de la Directive 2014/25/UE] ne constituent pas des 'droits spéciaux exclusifs' au sens de l'alinéa 1^{er}. ».

⁵⁸ Voir encadré 2 et tableau 2 ci-dessous pour une brève présentation de ces « possibilités de recours » dans le Livre II et le Livre I respectivement.

⁵⁹ Selon l'article 121 du Projet de loi transposant l'article 42 de la Directive 2014/25/UE.

seuils relèvent du Livre I et la Chambre de Commerce revient *in extenso* sur cette question dans le présent avis⁶⁰ ;

- l'exclusion d'opérateurs économiques n'est pas obligatoire dans le Livre III⁶¹, sauf une exception⁶², contrairement au Livre I et à son article 29 ;
- dans la même veine, il n'est pas non plus obligatoire de limiter le niveau du chiffre d'affaires pouvant être exigé pour participer à un marché public à deux fois la valeur estimée du contrat⁶³ : il s'agit simplement d'une possibilité donnée aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices du Livre III, contrairement au Livre I, où c'est une obligation dans leur chef.

c) il existe finalement des mesures nouvelles, mais similaires aux trois livres, comme : la possibilité de diviser des marchés en lots⁶⁴, la possibilité d'avoir recours à l'outil stratégique que sont les « marchés réservés »⁶⁵ et les marchés sociaux et spécifiques, l'obligation d'exclure des sous-traitants dans certaines conditions⁶⁶, ou encore le recours à des critères de sélection mettant davantage l'accent sur la qualité plutôt que le prix le plus bas⁶⁷.

Dans le commentaire des articles du présent avis, la Chambre de Commerce relève un article⁶⁸ n'ayant pas été transposé à la lettre de la Directive 2014/25/UE dans le Livre III, pour lequel des corrections mériteraient d'être apportées. *A contrario*, quelques articles présentant de légers écarts de transposition (mais ne dérogeant pas au principe de « Toute la directive, rien que la directive ») ne posent pas de problème particulier aux yeux de la Chambre de Commerce⁶⁹ et ne sont donc pas commentés outre mesure dans le présent avis.

Livre IV - Gouvernance des marchés publics

Le Livre IV existait également sous la Loi du 25 juin 2009 et une partie seulement de son contenu est nouvelle, commune aux deux Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE. Il s'applique aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices afin de leur permettre de rendre compte de leurs nouvelles obligations en matière de gouvernance, ces dernières figurant en totalité dans le Projet de règlement grand-ducal exécutant le Projet de loi⁷⁰.

Mise à part l'extension du champ d'application de ce livre aux entités adjudicatrices, les dispositions relatives à la Commission des soumissions demeurent inchangées par rapport à

⁶⁰ Voir notamment : le commentaire général (section 6), ainsi que le commentaire des articles 76 et 77 (Livre II). Les articles 148 et 149 du Projet de loi sont les articles équivalents aux articles 76 et 77 du Livre II, dans le Livre III.

⁶¹ Article 141 du Projet de loi transposant l'article 80 de la Directive 2014/25/UE.

⁶² A savoir, pour un pouvoir adjudicateur uniquement, en cas d'exclusion pour condamnation pénale ou manquement aux obligations fiscales, aux termes de l'article 141 paragraphe 1^{er} alinéa 2 du Projet de loi.

⁶³ Voir considérations générales (section 4) ci-dessous : il s'agit d'une mesure destinée à accroître la participation des PME dans les procédures de passation de marchés publics.

⁶⁴ Voir à ce sujet les considérations générales (section 4), ainsi que le commentaire des articles 6 et 7 du Projet de règlement grand-ducal transposant l'article 46 de la Directive 2014/24/UE pour le Livre I, et l'article 214 du Projet de règlement grand-ducal transposant l'article 65 de la Directive 2014/25/UE pour le Livre III.

⁶⁵ Tels que prévus aux articles 15 (Livre I) et 120 (Livre III) du Projet de loi transposant les articles 20 et 38 des Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE respectivement. Voir aussi les considérations générales (section 6) pour plus de détails.

⁶⁶ Article 141 paragraphe 1^{er} alinéa 4 du Projet de loi transposant l'article 88 de la Directive 2014/25/UE. Voir les considérations générales ci-dessous (section 5) pour davantage de commentaires quant à la sous-traitance.

⁶⁷ Voir le commentaire des articles 35 et 37 du Projet de loi ci-dessous pour le Livre I. Les articles 143 et 145 du Projet de loi sont les articles équivalents aux articles 35 et 37 dans le Livre III.

⁶⁸ Voir le commentaire de l'article 118 du Projet de loi transposant l'article 36 de la Directive 2014/25/UE ci-dessous.

⁶⁹ A savoir, principalement : (i) les articles 116, 117 et 157 du Projet de loi ne transposant aucun article de la Directive 2014/25/UE ci-dessous et renvoyant aux articles d'exécution du Projet de règlement grand-ducal ; (ii) le paragraphe (2) de l'article 144 du Projet de loi transposant le paragraphe 1^{er} de l'article 61 de la Directive 2014/25/UE ; et (iii) les paragraphes (2) à (4) de l'article 156 du Projet de loi prévoyant trois cas additionnels de résiliation de marchés attribués en plus des trois cas minimaux prévus par la Directive 2014/25/UE à son article 90.

⁷⁰ Les deux articles du Livre IV du Projet de loi, à savoir ses articles 158 et 159, ne transposent aucun article des Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE et sont repris des dispositions de la Loi du 25 juin 2009 (voir commentaire de l'article 159 du Projet de loi ci-dessous pour davantage de considérations à ce sujet).

celles prévues à l'article 16 de la Loi du 25 juin 2009. La Chambre de Commerce revient sur ce point dans le commentaire de l'article 159 du Projet de loi ci-dessous.

Livre V - Dispositions finales

Le Livre V est entièrement nouveau et contient des dispositions finales n'appelant pas de commentaire particulier de la part de la Chambre de Commerce.

2. Le Projet de règlement grand-ducal et ses amendements

A l'instar du Projet de loi, le Projet de règlement grand-ducal sous avis conserve également une structure articulée autour de différents livres, soit ici autour de cinq livres plutôt que de quatre (comparé au règlement grand-ducal actuel).

Comme dans le Projet de loi, le premier Livre énonce les règles applicables aux marchés d'envergure nationale, par opposition à celles applicables aux marchés d'envergure européenne, traitées dans le second Livre. A nouveau, les règles relatives aux secteurs spéciaux issues de la Directive 2014/25/UE sont transposées au Livre III du Projet de règlement grand-ducal, alors que celles relatives à la gouvernance et aux dispositions transitoires le sont dans ses Livres IV et V respectivement.

Si les articles du Projet de loi portent essentiellement sur les principes applicables à la passation des marchés publics, à leur exécution et à la gouvernance, les articles du Projet de règlement grand-ducal portent davantage sur les règles d'ordre technique.

Par exemple, comparé à la législation antérieure, le Projet de règlement grand-ducal ne contient plus autant de règles relatives à la phase d'attribution des marchés publics, les principes essentiels étant à présent rassemblés, à juste titre, dans le Projet de loi⁷¹. Seules des dispositions à caractère pratique demeurent, comme celles relatives au déroulement de l'ouverture des offres et à l'examen de celles-ci⁷². Ou encore, si de nombreuses règles relatives à l'exécution des marchés publics demeurent ancrées dans le Projet de règlement grand-ducal, les nouveaux principes édictés par les Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE concernant la modification des marchés en cours se retrouvent dans le Projet de loi, car il s'agit là davantage de principes que de règles d'ordre technique⁷³.

Dans le commentaire des articles, la Chambre de Commerce revient à plusieurs reprises sur certaines dispositions directement reprises du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 (ne transposant aucun article des directives) sur lesquelles elle se pose des questions⁷⁴. *A contrario*, les articles repris du même règlement grand-ducal ne posant pas de problème particulier à ses yeux⁷⁵ ne sont pas commentés outre mesure dans le présent avis. La Chambre de Commerce ne

⁷¹ Articles 28 à 38 du Projet de loi régissant, par exemple, les critères d'exclusion, de sélection ou d'attribution des offres.

⁷² Articles 70 à 87 du Projet de règlement grand-ducal transposant notamment l'article 56 de la Directive 2014/24/UE.

⁷³ Articles 42 à 47 du Projet de loi régissant, par exemple, les modifications/résiliations de marchés, et les sanctions.

⁷⁴ Voir particulièrement les commentaires de la Chambre de Commerce ci-dessous : - des articles 3 à 5 sur la division en lots ; - des articles 8 à 12 sur les modes d'offres de prix ; - de l'article 15 sur la provenance des matériaux ; - de l'article 21 sur les données du soumissionnaire dans le cahier des charges ; - des articles 45 et 46 sur les avis de marché ; - d'une partie des articles 23 à 25 et 105 et 106 régissant la sous-traitance ; - de l'article 51 sur la communication des plans et documents aux chambres professionnelles en cours d'adjudication ; ou encore - de l'article 152 sur les dispositions spécifiques aux marchés ne dépassant pas une certaine envergure relatives au recours à la procédure restreinte sans publication d'avis (à savoir la procédure #2bis de l'encadré 2 ci-dessous) et à la procédure négociée (procédure #6 du même encadré).

⁷⁵ A savoir, principalement : - les articles 1^{er} et 2 (introductifs) ; - les articles 20 et 22 (informations sur les soumissionnaires dans le cahier des charges) ; les articles 26 à 35 (sanctions, délais et assurances) ; les articles 36 et 37 (mode de révision des prix) ; - les

recense pas d'écart de transposition particulier entre les Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE et les dispositions du Projet de règlement grand-ducal.

Considérations générales et commentaires des articles

Au vu de l'ampleur des documents à aviser (au total, ce sont plus de 1,000 pages qui ont été soumises à la Chambre de Commerce pour avis) dans un temps réduit (les première et dernière vagues de saisine datant du 25 avril et 20 septembre 2016 respectivement), la Chambre de Commerce a choisi de se concentrer sur les aspects-clés de la réforme en cours, principalement sur ses aspects économiques.

A. Considérations générales

1. **Un remaniement « à la carte » de dispositions d'inspiration européenne aux marchés nationaux qui peut poser problème**

Comme évoqué ci-avant, les auteurs des textes sous avis ont décidé d'inclure dans le Projet de loi et le Projet de règlement grand-ducal un certain nombre de principes et règles énoncés par la Directive 2014/24/UE (soit *a priori* à transposer au Livre II pour les marchés d'envergure européenne seulement) dans le Livre I, ceci afin de les rendre applicables à tous les marchés publics luxembourgeois d'envergure nationale.

La Chambre de Commerce a passé en revue ci-dessus (voir le contexte, point (B), section 1) la liste de ces dispositions ajoutées au Livre I, qu'elle soutient en général.

Néanmoins, elle constate que **l'omission de certaines dispositions européennes dans le Livre I, voire dans certains cas le remaniement « à la carte » des règles du Livre II dans le Livre I, pose plusieurs problèmes.**

La Chambre de Commerce pense premièrement à la soumission électronique des offres qui, bien qu'obligatoire pour les marchés d'envergure européenne, ne l'est pas pour les autres. Comme il en sera question à la section 2 suivante, l'adoption des pratiques de l'e-procurement est relativement lente au Luxembourg comparée à d'autres Etats membres, et cette omission ne va pas aider à en accélérer l'assimilation.

La Chambre de Commerce pense ensuite à la publication des avis de marchés, traitée différemment dans les Livres I et II du Projet de règlement grand-ducal. Elle ne voit notamment pas pourquoi un avis de préinformation de marché ne pourrait pas être exigé pour les marchés nationaux, en tout cas au moins pour ceux dépassant un seuil intermédiaire donné (à définir dans le cadre de travaux issus d'un groupe de travail (ci-après « GT ») technique, par exemple), permettant ainsi aux opérateurs économiques de mieux planifier la préparation de leurs offres⁷⁶.

articles 39 à 42 (rectifications et demande de renseignements en cours d'adjudication) ; - les articles 53 à 55 sur la communication des plans et documents en cours d'adjudication ; - les articles 56 à 68 sur la soumission des offres ; - les articles 70 à 79 sur la remise et l'ouverture des offres ; - les articles 81 à 90 sur l'examen des offres ; - les articles 91 à 99 sur l'adjudication (sauf déception relative aux délais d'adjudication : voir commentaire des articles 51 et 52 et de l'article 97 du Projet de règlement grand-ducal ci-dessous) ; - l'article 107 sur les travaux en régie ; - les articles 108 à 121 sur la résiliation, l'adaptation et la modification de marchés ; - les articles 122 à 141 sur le paiement d'acomptes et la facturation ; - ainsi que les articles 142 à 152 sur les marchés publics relevant des collectivités territoriales et des entités assimilées.

⁷⁶ Voir le commentaire des articles 45 (Livre I) et 157 (Livre II) du Projet de règlement grand-ducal ci-dessous.

Elle ne voit pas non plus pourquoi les opérateurs économiques faisant offre sur des marchés nationaux, soit une majorité de PME, ne pourraient pas être obligatoirement informés de la pondération (ou, le cas échéant, de la hiérarchisation) des critères de sélection de leurs offres⁷⁷. **L'absence de pondération des offres au niveau luxembourgeois est d'autant plus regrettable que, pour rappel, l'accent est censé être mis sur les aspects qualitatifs de celles-ci (caractéristiques innovantes, sociales et environnementales) plutôt que sur le prix le plus bas.**

De plus, bien qu'en ligne avec l'esprit de la directive, le remaniement, dans le Livre I, des délais donnés aux entreprises avant de soumettre leurs offres dans les marchés d'envergure nationale pose problème.

De manière générale, on observe une réduction substantielle des délais minimaux de soumission d'offres pour les marchés d'envergure européenne régis par la nouvelle Directive 2014/24/UE et transposés dans le Livre II⁷⁸, ce que la Chambre de Commerce tend à regretter. Le raccourcissement des délais dans la directive est censé être compensé par les efforts de simplification administrative consentis, notamment en faveur des PME. Or comme il le sera montré ci-dessous (voir section 4), il n'est pas garanti qu'une véritable simplification administrative se matérialise sur le terrain. Par contre, le raccourcissement des délais de soumission se concrétisera sans aucun doute pour les entreprises opérant sur les marchés d'envergure européenne, dont les PME.

Si la Chambre de Commerce ne peut s'opposer à l'approche prise par la Directive 2014/24/UE, elle s'oppose en tout cas formellement à l'approche prise par les auteurs pour les marchés d'envergure nationale régis par le Livre I, qui font le choix d'également réduire les délais du Livre I en ligne avec l'esprit de la directive⁷⁹.

Il est vrai que le commentaire des articles du Livre I concernés⁸⁰ insiste sur le fait que *« les pouvoirs adjudicateurs demeurent libres de prévoir des délais plus longs s'ils souhaitent donner plus de temps aux potentiels soumissionnaires pour préparer des dossiers de qualité »*. Malheureusement, la Chambre de Commerce se doit de constater et de rappeler que, dans la pratique et dans 99% des cas, les pouvoirs adjudicateurs s'en tiennent toujours aux délais minimaux prévus dans les textes légaux, sans se demander si ceux-ci mériteraient d'être rallongés.

⁷⁷ Voir le commentaire des articles 13 et 46 du Projet de règlement grand-ducal (Livre II) ci-dessous.

⁷⁸ Par exemple, le délai minimal de réception des offres est passé de 52 jours (ancienne Directive 2004/18/CE) à 35 jours (Directive 2014/24/UE) pour une procédure ouverte (#1), et il est passé de 37 jours à 30 jours pour une procédure restreinte (#2), toutes les autres procédures considérées par la nouvelle Directive 2014/24/UE ayant été assignées un délai minimal de 30 jours. Outre le raccourcissement des délais minimaux, la Directive 2014/24/UE prévoit plusieurs opportunités de réduction(s) additionnelle(s) de ceux-ci, notamment en cas (i) de préinformation, (ii) de soumission par voie électronique ou encore (iii) de situation d'urgence dûment justifiée (à ne pas confondre avec une situation d'« extrême urgence » au caractère imprévisible et non imputable au pouvoir adjudicateur, pour laquelle la Directive 2014/24/UE prévoit une procédure négociée sans publication préalable (#6)). Il est entendu que ce ne sont-là que des délais minimaux à respecter, et le considérant 80 de la Directive 2014/24/UE invite les pouvoirs adjudicateurs à fixer des délais supérieurs aux minimums prévus eu égard à la « complexité du marché » et au « temps requis pour l'élaboration des offres ».

⁷⁹ En tout cas au moins pour les marchés « importants », le délai minimal pour les marchés « de moindre importance » régis par le Livre I demeurant inchangé : Voir le commentaire des articles 47 et 49 (Livre I) du Projet de règlement grand-ducal ci-dessous.

⁸⁰ Voir le commentaire des auteurs (page 12) concernant les articles 47 et 49 (Livre I) du Projet de règlement grand-ducal.

Pour cette raison, elle demande à ce que les délais minimaux ne soient pas raccourcis pour les marchés d'envergure nationale régis par le Livre I.

Toujours concernant les délais prévus au Livre I et contrairement aux délais clairs (quoique trop courts) imposés par la Directive 2014/24/UE, les dispositions du livre I paraissent trop floues aux yeux de la Chambre de Commerce et mériteraient d'être clarifiées⁸¹.

Les délais d'adjudication, à savoir les délais imposés aux pouvoirs adjudicateurs pour attribuer un marché, représentent une déception tant au niveau européen que luxembourgeois⁸².

Important également et comme déjà mentionné, un certain nombre de marchés sont exclus du champ d'application de la Directive 2014/24/UE car il n'a pas été jugé nécessaire d'assurer une mise en concurrence au niveau européen. Il s'agit des services explicitement énumérés à l'article 56 du Projet de loi⁸³ et, sous certaines conditions, des marchés de communications électroniques, des marchés subventionnés, certains marchés de services de R&D ainsi que de défense et de sécurité. Or, l'article 1 paragraphe 1^{er} du Projet de loi (ne transposant aucun article de la Directive 2014/24/UE) prévoit que, sans disposition contraire, tous les marchés publics luxembourgeois soient régis par le Livre I⁸⁴. En outre, l'article 20 paragraphe (5) du Projet de loi (ne transposant aucun article de la directive) prévoit que :

« Les marchés qui sont exclus du champ d'application du Livre II conformément aux articles 55 à 61⁸⁵ et qui tombent dans le champ d'application du Livre I, peuvent en toute hypothèse être attribués par voie de procédure négociée [soit une procédure équivalente à la procédure #6 de l'encadré 2 ci-dessous, une procédure sans publicité et donc peu concurrentielle] ».

S'il est vrai qu'il n'est pas jugé nécessaire que ces marchés soient mis en concurrence au niveau européen, la Chambre de Commerce se demande tout de même si une mise en concurrence plus stricte que celle prévue ici ne pourrait pas être envisagée, en tout cas au moins pour les marchés de communications électroniques, de services immobiliers et de médias audiovisuels. Elle demande donc à ce que des règles de mise en concurrence plus strictes soient envisagées (comme, simplement, celles du Livre II notamment) pour ceux-ci, en tout cas au moins lorsqu'ils dépassent un certain seuil⁸⁶ à

⁸¹ A nouveau, voir le commentaire des articles 47 et 49 (Livre I) du Projet de règlement grand-ducal ci-dessous.

⁸² Voir le commentaire des articles 50 et 51 du Projet de règlement grand-ducal (Livre I) ci-dessous.

⁸³ Transposant l'article 10 de la Directive 2014/24/UE, à savoir : « a) l'acquisition ou la location de terrains / bâtiments existants ou d'autres bien immeubles quelles qu'en soient les modalités financières ; b) l'achat, le développement, la production ou coproduction de matériel de programmes destiné à des services de médias audiovisuels ou radiophoniques (...); c) les services d'arbitrage et de conciliation ; d) certains services juridiques [énumérés au point (d) de l'article 56] ; e) des services financiers liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers au sens de la loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers, des services fournis par des banques centrales et des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière et le Mécanisme de stabilité ; f) des prêts, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers ; g) les contrats d'emplois ; h) les services de défense civile, de protection civile et de prévention des risques qui sont fournis par des organisations ou des associations à but non lucratif (...); i) les services publics de transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro ; j) les services liés aux campagnes politiques (...). ».

⁸⁴ Pour rappel, « sans préjudice des dispositions particulières des Livres II et III, le présent Livre [I] établit les règles applicables à tous les marchés et concours passés par les pouvoirs adjudicateurs ».

⁸⁵ Soit les marchés de communications électroniques (article 55 du Projet de loi, Livre II), les marchés de services exclus à l'article 56 (Livre II), les marchés subventionnés (article 57, Livre II), certains marchés de services de R&D (article 58, Livre II) ainsi que de défense et de sécurité (articles 59 à 61, Livre II).

⁸⁶ Voir commentaire de l'article 152 (Livre I) du Projet de règlement grand-ducal ci-dessous : A titre d'exemple, il apparaît qu'un seuil que l'on pourrait qualifier d'« intermédiaire » au Livre I de 60.000 EUR (anciennement : 55.000 EUR) est prévu, seuil en-deçà duquel les pouvoirs adjudicateurs peuvent avoir recours à une procédure peu concurrentielle (à savoir, une procédure #2bis ou #6). Aux yeux de la Chambre de Commerce, de tels seuils intermédiaires au Livre I mériteraient d'être établis dans le cadre de travaux issus de GT techniques sectoriels.

définir dans le cadre de travaux issus d'un GT technique, voire de plusieurs GT techniques sectoriels.

Enfin, la Chambre de Commerce se doit d'émettre d'importantes réserves face au remaniement de l'approche dite de « boîte à outils », prévue par la directive en matière de recours aux procédures de passation de marchés publics, dans le Livre I.

Selon la volonté de la Directive 2014/24/UE, le Livre II donne davantage de flexibilité et d'options quant aux procédures de passation des marchés publics à suivre, avec les mesures nouvelles principales suivantes :

- de manière générale, davantage de précisions quant à la structure des procédures existantes sont données pour plus d'équité et de transparence entre participants (voir encadré 2) ;
- une nouvelle procédure dite de « partenariat d'innovation » est créée⁸⁷ (voir procédure #5 de l'encadré 2 ci-dessous) ;
- il est rendu possible de raccourcir les procédures ouverte (#1), restreinte (#2) et concurrentielle avec négociation (#3) en cas de « situation d'urgence » ;
- les possibilités données aux pouvoirs adjudicateurs pour avoir recours à une « procédure concurrentielle avec négociation »⁸⁸ (#3) sont élargies ;
- la possibilité est donnée aux acheteurs publics d'inverser l'ordre classique d'attribution d'une procédure ouverte (#1), soit en examinant d'abord le contenu avant de vérifier l'absence de critère d'exclusion et le respect des critères de sélection⁸⁹, ce qui est à saluer particulièrement ; et enfin
- la possibilité est donnée aux opérateurs économiques participant à une procédure restreinte (#2) d'en fixer les délais de commun accord et sous conditions⁹⁰.

Au total, six procédures de passation de marchés publics d'envergure européenne se retrouvent ainsi à disposition des pouvoirs adjudicateurs. Elles sont organisées selon une approche dite de « boîte à outils » permettant aux pouvoirs adjudicateurs de recourir à une procédure adaptée en fonction de leurs besoins (objet du marché, taille, degré d'urgence).

Encadré 2 - Approche « boîte à outils » de la Directive 2014/24/UE

#1. Les procédures ouvertes à tout candidat potentiel et organisées en une seule étape, soit suite à un appel à la concurrence. Comme le montre le tableau de l'**annexe 4**, celles-ci représentent 82% des procédures utilisées au Luxembourg en 2014 pour des appels d'offres d'envergure européenne émis sur le portail européen TED (*tenders electronic daily*).

#2. Les procédures restreintes, ouvertes à un minimum de cinq candidats et organisées en deux étapes, soit (1) suite à un appel à la concurrence suivi (2) d'une invitation à soumettre une offre. (10% des procédures nationales d'envergure européenne sur TED comme montré en **annexe 4**)

#3. Les procédures concurrentielles avec négociation, ouvertes à un minimum de trois candidats et organisées en plusieurs étapes, soit suite à (1) un appel à la concurrence suivi (2) d'une invitation à faire offre et (3) de plusieurs *rounds* successifs de négociation. Les possibilités de recours à cette procédure (ainsi qu'au dialogue compétitif) sont définies à l'article 63, paragraphe (4) du Projet de loi⁹¹ : besoin d'adapter des solutions existantes, besoin de concepts/solutions innovants, complexité du marché, difficulté dans la définition des spécifications techniques, procédures ouvertes (#1) ou restreintes (#2) pour lesquelles seules des offres « irrégulières » ou « inacceptables » ont été reçues, principalement. (6% des procédures TED)

⁸⁷ Voir article 69 du Projet de loi (Livre II) transposant l'article 31 de la Directive 2014/24/UE.

⁸⁸ Anciennement connue sous le terme « marché négocié avec publication d'avis de marché ».

⁸⁹ Voir article 80 du Projet de règlement grand-ducal (Livre I) transposant l'article 56 paragraphe (2) de la Directive 2014/24/UE.

⁹⁰ Voir article 178 du Projet de règlement grand-ducal (Livre II) transposant l'article 28 paragraphe (4) de la Directive 2014/24/UE.

⁹¹ Transposant l'article 26 de la Directive 2014/24/UE.

#4. Le dialogue compétitif, ouvert à un minimum de trois candidats et organisé en plusieurs étapes similaires, mais plus approfondies encore⁹², à la procédure #3. Les possibilités de recours à cette procédure sont les mêmes que pour la procédure #3. (1% des procédures TED)

#5. Le partenariat d'innovation (nouvellement créé par la directive), ouvert à un minimum de trois candidats et organisé en plusieurs étapes similaires, mais plus approfondies encore⁹³, à la procédure #3. Les différences notoires entre le partenariat d'innovation et les autres procédures sont les suivantes : (i) l'objet, qui vise la recherche et le développement (R&D) de produits / services / travaux innovants et l'acquisition ultérieure de produits / services / travaux résultant de ce travail de R&D, (ii) les candidats invités concurrent sur la seule base du meilleur rapport qualité/prix⁹⁴, (iii) le partenariat est conclu sur le long terme, soit en phases successives suivant les étapes du processus de recherche et innovation et pouvant être éventuellement résilié, sous conditions, à l'atteinte de chaque phase successive. (pas de procédure TED à ce jour)

#6. La procédure négociée sans publication préalable, ouverte uniquement aux opérateurs économiques directement invités par les pouvoirs adjudicateurs (pas de nombre minimal imposé) et possible dans un nombre encadré de cas définis à l'article 64 du Projet de loi⁹⁵: absence d'offre ou « offre inappropriée » en réponse à une procédure #1 ou #2, objet/prestation artistique, absence de concurrence pour raisons techniques, besoin de protection de droits de propriété intellectuelle, « urgence impérieuse » résultant d'évènements imprévisibles non imputables au pouvoir adjudicateur, recherche/expérimentation/développement, livraisons complémentaires ou renouvellement de fourniture sous certaines conditions, fournitures cotées sur une bourse de matières premières, fournitures ou services achetés à conditions « particulièrement avantageuses », concours, répétition de travaux ou services sous certaines conditions, entre autres. (1% des procédures TED)

A la lecture de l'encadré 2, l'on se rend compte que, si l'approche « boîte à outils » a pour objectif d'offrir une procédure de passation de marché appropriée à chaque besoin, elle a également pour pendant le principe suivant : moins une procédure est concurrentielle, comme par exemple la procédure #6 par opposition à la procédure #1, plus les « possibilités de recours » qui y sont attachées sont encadrées et strictes.

Or, la Chambre de Commerce se demande si ce principe est bien respecté au Livre I, en comparaison au Livre II, notamment à travers les procédures sans publicité (et donc : peu concurrentielles) que sont les procédures « #2bis » (voir tableau 2 ci-dessous), soit une variante de la procédure #2 de l'encadré 2, et #6.

Selon le commentaire de l'article 17 du Projet de loi (page 15), « *il n'y a pas de raison qu'un pouvoir adjudicateur envisageant de passer un marché 'national' dispose de moins de possibilités que dans le cadre d'un marché 'européen' (...)* ». Il faut donc permettre aux pouvoirs adjudicateurs du Livre I de profiter des mêmes instruments et des mêmes possibilités que pour les marchés d'envergure en fonction de leurs besoins.

Pour cette raison, le Projet de loi reprend bien les six procédures du Livre II dans le Livre I, mais en les remaniant comme suit :

⁹² Une différence notable entre le dialogue compétitif (#4) et la procédure concurrentielle avec négociation (#3) est la place attribuée à la « clarification », la « précision » et l'« optimisation » des offres de dialogue compétitif en lice. Face à ces exigences accrues, des primes ou des paiements peuvent être prévus afin de compenser les participants au dialogue.

⁹³ Une différence notable entre le partenariat d'innovation (#5) et la procédure concurrentielle avec négociation (#3) est la place attribuée à la négociation. En effet, des phases de négociation additionnelles sont prévues (et encadrées) afin de réduire le nombre d'offres à négocier et d'en améliorer le contenu. A la différence du dialogue compétitif (#4), des primes ou paiement compensatoires ne sont pas prévus.

⁹⁴ Voir le commentaire des articles 35 et 37 du Projet de loi (Livre I) au sujet du critère d'attribution du rapport qualité/prix.

⁹⁵ Transposant l'article 32 de la Directive 2014/24/UE.

Tableau 2 - Procédures de la Directive 2014/24/UE remaniées dans le Livre I

Procédure du Livre II	Livre I	Traitement spécifique au Livre I du Projet de loi
#1. Ouverte	Article 17 (1) Article 18	Selon l'article 18, la procédure ouverte est la « règle générale » dans les marchés d'envergure nationale et les modalités de publication sont fixées dans le Projet de règlement grand-ducal.
#2. Restreinte : - Avec (#2) ou, - Sans (#2bis) publication d'avis au préalable.	Article 17 (1) Article 19 Article 20 (1) et (3)	Contrairement à la directive et au Livre II, le Livre I prévoit une procédure restreinte « avec ou <u>sans</u> publication d'avis », et les marchés aux seuils dépassant ceux fixés à l'article 19 ⁹⁶ « peuvent » être passés selon une procédure #2 avec avis de marché (ce n'est pas une obligation). En cas de procédure #2bis restreinte <u>sans</u> publication d'avis, les pouvoirs adjudicateurs adressent une demande d'offre à au moins trois d'opérateurs économiques selon l'article 20 paragraphe 1 ^{er} . Il peut être recouru à la procédure #2bis restreinte <u>sans</u> publication d'avis dans les cas prévus aux paragraphes (1) et (3) de l'article 20. Les cas énumérés à ces paragraphes sont un « mélange » de possibilités de recours prévues par la Directive 2014/UE/24 (pour les procédures #3 et #4, d'une part, et #6, d'autre part), ainsi que d'anciens cas repris de la Loi du 25 juin 2009.
#3. Concurrentielle avec négociation	Article 17 (2)	Les « modalités applicables au déroulement de [ladite procédure #3, #4 ou #5] prescrites dans le cadre du Livre II s'appliquent » aux termes de l'article 17 (2).
#4. Dialogue compétitif		
#5. Partenariat d'innovation		
#6. Négociée.	Article 17 (1) Article 20 (1) à (6)	Il peut être recouru à la « procédure négociée » ⁹⁷ dans les cas prévus aux paragraphes (1) à (6) de l'article 20. Comme pour la procédure restreinte <u>sans</u> publication (#2bis), les cas énumérés dans ces paragraphes consistent en un « mélange » de possibilités de recours prévues par la Directive 2014/24/UE et de cas repris de la Loi du 25 juin 2009.

Comme il ressort du tableau 2, les six procédures du Livre II sont remaniées « à la carte » dans Livre I de la façon suivante :

- une procédure sans publication d'avis de type « #2bis » est « rajoutée »⁹⁸ : Au total, deux procédures sans publicité (donc peu concurrentielles), soit les procédures #2bis et #6⁹⁹, sont prévues pour les marchés d'envergure nationale, au lieu d'une seule pour les marchés d'envergure européenne, à savoir la procédure #6 ;
- les cas de recours à ces deux procédures sans publicité sont choisis « à la carte », consistant tant en un mélange de dispositions issues de la Directive 2014/24/UE (applicables aux procédures #3 et #4, d'une part, et à la procédure #6, d'autre part) que de cas repris de la Loi du 25 juin 2009 (comme il l'est montré en détails au commentaire de l'article 20 ci-dessous) ;

⁹⁶ A savoir 125.000 EUR pour des marchés publics de travaux (625.000 EUR en cas de réalisation d'ouvrages par une entreprise générale), TVA exclue.

⁹⁷ Il est à noter que la dénomination (raccourcie) de « procédure négociée » est utilisé dans le Livre I, par opposition à la dénomination « procédure négociée sans publication préalable » des Livres II et III résultant des Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE. Il s'agit pourtant de deux procédures #6 équivalentes, la « procédure négociée » du Livre I prévoyant que les pouvoirs adjudicateur « *consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient les conditions de marchés avec un ou plusieurs d'entre eux* » aux termes du paragraphe 1^{er} alinéa 2 de l'article 20 du Projet de loi.

⁹⁸ Cette procédure sans publicité vient s'ajouter aux 6 procédures de la Directive 2014/24/UE, mais elle n'est pas neuve et était déjà prévue dans la Loi du 25 juin 2009.

⁹⁹ A noter que la principale différence entre ces deux procédures est que la procédure #2bis prévoit un nombre minimal de trois candidats, alors que la procédure #6 n'en prévoit pas (voir encadré 2 pour rappel).

- enfin, certaines conditions de recours à ces deux procédures sans publicité sont « rajoutées »¹⁰⁰ par rapport au Livre II et à la Directive 2014/24/UE alors qu'elles ne sont pas définies, créant ainsi de l'insécurité juridique.

Pour ces raisons, la Chambre de Commerce se demande si le principe de l'approche « *tool box* » de la Directive 2014/24/UE voulant que moins une procédure est concurrentielle, plus les possibilités de recours y attachées soient encadrées et strictes, est respecté au Livre I régissant les marchés d'envergure nationale.

Vu la complexité du remaniement opéré au Livre I, la Chambre de Commerce demande à ce que celui-ci soit analysé (ou en tout cas : expliqué et justifié) plus en profondeur, éventuellement lors d'une réunion technique.

Pour des raisons de simplification légale évidentes, la Chambre de Commerce se demande même si le remaniement de cette approche ne devrait pas être abandonné au profit de l'une transposition littérale des conditions de recours explicitement prévues par la Directive 2014/24/UE, dans le Livre I.

2. Des pratiques d'e-procurement trop peu ambitieuses

Les moyens électroniques d'information et de communication peuvent permettre de simplifier considérablement la publicité des marchés publics et d'en rendre les procédures de passation plus efficaces et transparentes. Pour réduire davantage les charges administratives liées aux marchés publics, les directives énoncent un certain nombre de dispositions visant à progressivement mettre en œuvre la passation des marchés publics en ligne. En outre, l'e-procurement permet, du moins en théorie¹⁰¹, d'améliorer l'accès des PME aux marchés publics et de stimuler la concurrence transfrontière. Il peut donner lieu à des économies importantes, une réduction de la consommation, du transport et de l'archivage du papier, ainsi qu'une réduction non négligeable des coûts administratifs liés à ces procédures¹⁰².

Encadré 3 - Les procédures européennes d'e-procurement

Les procédures européennes d'e-procurement comprennent :

- la publication en ligne des avis de marché (ci-après l'« **e-notification** »),
- la communication électronique,
- l'accès en ligne à tous les documents relatifs aux appels d'offre (ci-après l'« **e-access** »),
- les procédures de soumission électronique des offres (ci-après l'« **e-soumission** »), et
- la facturation électronique (ci-après l'« **e-invoicing** » ou l'« **e-facturation** »).

Les procédures européennes d'e-procurement comprennent, en premier lieu, la publication en ligne des avis de marchés européens (e-notification), obligatoire dans tous les Etats membres depuis avril 2016. Au Luxembourg, depuis 2005, le portail des marchés publics (ci-après le « portail ») centralise tous les avis relatifs aux opportunités de marchés émanant des pouvoirs adjudicateurs luxembourgeois. Il informe les opérateurs économiques des avis de préinformation prévus par les directives européennes, des avis d'adjudication nationaux et européens, des appels de candidatures divers et des avis d'attribution de marché. Les

¹⁰⁰ Ces conditions sont en fait reprises de la Loi du 25 juin 2009, mais ne sont définies nulle part dans la loi - voir le commentaire de l'article 20 du Projet de loi (Livre I) ci-dessous.

¹⁰¹ Voir la section 4 des considérations générales ci-dessous pour davantage de commentaires à ce sujet.

¹⁰² Source : COM(2012) 179 final du 20 avril 2012 « Un stratégie pour la passation électronique des marchés publics ».

opérateurs économiques ont d'ailleurs la possibilité de s'abonner à la newsletter « services alertes » du portail à des fins d'e-notification.

Les procédures européennes d'e-procurement comprennent ensuite un certain nombre de règles relatives à la communication électronique. Le portail luxembourgeois des marchés publics est d'ailleurs conçu pour fonctionner comme une « plateforme d'information et de communication » et, parmi les rubriques disponibles figurent notamment les textes législatifs et réglementaires applicables, un glossaire des termes les plus importants, un aperçu des diverses procédures, les seuils et délais imposés par la législation, ainsi que les cahiers des charges standardisés pour le secteur de la construction.

Les procédures européennes d'e-procurement comprennent encore l'accès en ligne à tous les documents relatifs aux appels d'offres (e-access) tels que les cahiers des charges ou les bordereaux, obligatoire à travers l'UE depuis avril 2016 avec la Directive 2014/24/UE¹⁰³. Dans ce domaine, les pouvoirs adjudicateurs luxembourgeois ont depuis 2006 la possibilité d'attacher les documents de soumission à leurs avis de marché respectifs. De plus, le règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics modifiant le règlement grand-ducal modifié du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale du 13 décembre 1988 (ci-après le « **Règlement grand-ducal du 27 août 2013** ») rend obligatoire l'e-access pour la plupart des procédures.

Cependant, selon une étude réalisée par la Commission européenne et comparant les capacités des 28 États membres en matière d'e-procurement¹⁰⁴ :

« Les nombreuses exceptions dans la législation et un manque de suivi et de sanctions dans la pratique font que l'adoption de l'e-access [au Luxembourg] ne s'élève qu'à 27% en 2013 et à 43% en 2014 »¹⁰⁵, un résultat qui apparaît « relativement modeste » comparé aux autres États membres¹⁰⁶.

En effet, l'alinéa 2 de l'article 4 du Règlement grand-ducal du 27 août 2013 ouvre la porte à une multitude d'exceptions¹⁰⁷ qu'il s'agira de retirer à l'avenir, vraisemblablement au moment de transposer la Directive « Facturation électronique », celle-ci devant logiquement impacter ce règlement grand-ducal (voir tableau 1 ci-dessus pour un rappel des cadres européen et luxembourgeois de la commande publique à ce jour).

Les procédures européennes d'e-procurement comprennent en outre les procédures dites de soumission électronique des offres¹⁰⁸ (e-soumission) et de facturation électronique (e-invoicing). Pour rappel, la soumission électronique sera obligatoire au moins pour les marchés

¹⁰³ Article 22 de la Directive 2014/24/UE transposé aux articles 198 à 204 du Projet de règlement grand-ducal (Livre II).

¹⁰⁴ PwC EU Services pour DG GROW. Avril 2015. *e-Procurement Uptake*. Bruxelles : PwC pour DG GROW.

¹⁰⁵ Voir étude PwC pour DG GROW, page 98 : « *Since 2013, legislation makes e-access mandatory for most procedures, however, exceptions to the rule and lack of enforcement of this regulation have led to the e-access uptake of 27% in 2013 and 43% in 2014* » et (...) « *Although e-access is mandatory, there is no penalty for a contracting authority that does not comply, hence the relatively modest rate of 43% e-access uptake in 2014* ».

¹⁰⁶ Voir **annexe 2** pour une comparaison des résultats des États membres en matière d'e-notification et d'e-access notamment.

¹⁰⁷ Cf. alinéa 2 de l'article 4 du Règlement grand-ducal du 27 août 2013 (exceptions soulignées par la Chambre de Commerce): « *Par exception, certains éléments sensibles ou confidentiels et qui figurent dans les documents de la soumission peuvent au besoin être transmis aux opérateurs économiques uniquement sur support papier. Il en est de même lorsque certains documents de la soumission sont inadaptés ou trop volumineux pour être téléchargés aisément par les opérateurs économiques* ».

¹⁰⁸ Voir articles 198 à 204 du Projet de règlement grand-ducal (Livre II) transposant l'article 22 de la Directive 2014/24/UE.

publics d'envergure européenne dès le 17 octobre 2018¹⁰⁹ et les Etats membres ont jusqu'au 27 novembre 2018 pour transposer la directive facturation électronique.

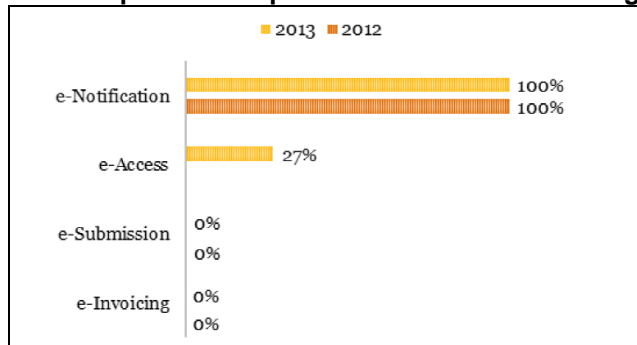
Si la Chambre de Commerce n'a à ce jour pas été saisie d'un projet de texte régissant la facturation électronique, la question de l'e-soumission est bien traitée dans le présent Projet de loi. A ce sujet, l'exposé des motifs est clair¹¹⁰ : le Projet de loi n'ira pas plus loin que la directive, et l'e-soumission demeurera facultative dans le Livre I.

La Chambre de Commerce regrette cet apparent manque d'ambition à l'heure de la stratégie « Digital Lëtzebuerg »¹¹¹ et alors que quatre Etats membres, à savoir Malte, le Portugal, la Lituanie et la Suède ont déjà généralisé l'e-soumission dans leurs systèmes (et que d'autres Etats membres devraient suivre¹¹²).

Les responsables politiques luxembourgeois ambitionnent de faire du pays une « *start-up nation* » à la suite des succès déjà engrangés dans le secteur des TIC et avec la digitalisation de l'économie notamment. Malheureusement, force est de constater que les accomplissements du secteur privé en la matière contrastent avec l'ambition affichée dans la réforme des marchés publics en cours.

Toujours selon la même étude comparant les capacités d'e-procurement à travers l'UE, l'e-soumission a « seulement » été rendue possible pour les marchés d'envergure européenne fin 2014 au Luxembourg, suite à l'adoption du Règlement grand-ducal du 27 août 2013. Ceci explique le résultat nul (0%) du pays dans ce domaine à fin 2013 :

Graphique 1 - Adoption de l'e-procurement au Luxembourg à fin 2013



Source : PwC pour DG GROW (2015, p. 98)

Le Département des Travaux publics du Ministère du Développement durable et des Infrastructures (MDDI), en charge du portail, ne publiant pas d'indicateurs de performance¹¹³, il est malencontreusement impossible de savoir si les taux d'e-soumission se sont améliorés depuis l'adoption du Règlement grand-ducal du 27 août 2013.

¹⁰⁹ Elle le sera déjà à partir de mars 2017 pour les centrales d'achats principales dans les Etats membres. Pour toutes les autres, la *deadline* d'octobre 2018 est de rigueur.

¹¹⁰ Cf. exposé des motifs, page 16 : « La nouvelle directive présente certes la passation électronique des marchés publics comme mesure de simplification administrative. Cependant, tant qu'il n'est pas certain que les pouvoirs adjudicateurs habitués à passer couramment des marchés de petite envergure soient, dans l'immédiat, disposés à procéder à la passation électronique de leurs marchés, ces règles ne seront pas rendus obligatoires dans le Livre I [régissant les marchés nationaux de moindre envergure], ce qui n'empêche que tous les pouvoirs adjudicateurs [concernés tant par le Livre II que les Livres I et III] peuvent avoir recours à la passation électronique. ».

¹¹¹ Notamment le volet « Administration électronique » de la stratégie « Digital Lëtzebuerg », contenant les chantiers des « démarches administratives électroniques » et de « modernisation de l'administration », parmi d'autres.

¹¹² Source : PwC pour DG GROW (2015, p. 55) et au vu des scores enregistrés par ces quatre pays en **annexe 2**.

¹¹³ Le rapport d'activité le plus récent disponible sur le site du Département (www.mtp.public.lu) date d'ailleurs de 2008. La Chambre de Commerce revient sur la question de la publication d'indicateurs de performance en section 4 ci-après.

Quoi qu'il en soit, parmi les 26 Etats membres analysés dans l'étude comparative précitée¹¹⁴ dont les résultats principaux sont résumés à l'**annexe 2**, le Luxembourg apparaît n'être ni « bon » ni « mauvais » élève, se contentant d'une performance moyenne. Comme montré dans le graphique 1, le pays (i) a largement adopté l'e-notification (comme dans la plupart des autres Etats membres), (ii) vient d'amorcer « relativement modestement » l'e-access (une majorité des autres pays l'ayant déjà fortement adopté à fin 2013), (iii) n'a pas encore entamé ni l'e-soumission, ni (iv) l'e-facturation (à l'instar d'une majorité de pays).

Enfin, les procédures européennes d'e-procurement prévoient cinq outils additionnels à composantes électroniques, officiellement introduits par la Directive 2014/24/UE pour les marchés d'envergure européenne et facultatifs jusqu'à nouvel ordre, la Commission européenne désirent se laisser du temps pour en analyser l'utilité et la possibilité de les rendre obligatoires. Ces cinq outils sont de nature double et l'on trouve :

- les moyens de preuve électroniques, avec (1) le « Document unique de marché européen »¹¹⁵ (DUME - voir section 4 des considérations générales ci-dessous pour davantage de commentaires quant au DUME) et (2) la base de donnée « e-Certis »¹¹⁶ ; et
- les techniques de passation électronique, avec (3) les systèmes d'acquisition dynamiques¹¹⁷, (4) les systèmes d'enchères électroniques¹¹⁸ et (5) les catalogues électroniques¹¹⁹.

En conclusion, la Chambre de Commerce constate un état d'avancement relativement modeste des pratiques d'e-procurement au Luxembourg, notamment lorsqu'il est comparé aux autres Etats membres. Le nombre d'exceptions autorisées par le Règlement grand-ducal du 27 août 2013 en matière d'e-access n'est pas indifférent à ce résultat mitigé et la volonté du législateur de ne pas être plus ambitieux que la directive en matière de soumission électronique ne va pas favoriser une adoption plus volontariste des bonnes pratiques.

Pour ces raisons, **la Chambre de Commerce demande que soient accélérées les pratiques d'e-procurement au Luxembourg. Afin de pouvoir s'en assurer, elle demande plus de transparence sur les résultats accomplis en la matière** (et en matière d'autres objectifs d'ailleurs, comme celui de la participation accrue des PME dans les marchés publics¹²⁰). Selon l'étude comparative précitée, les indicateurs luxembourgeois d'e-procurement sont bien

¹¹⁴ L'Autriche et la Grèce ont été exclues de l'étude comparative par absence de données.

¹¹⁵ Article 72 du Projet de loi (Livre II) transposant l'article 59 de la Directive 2014/24/UE.

¹¹⁶ Article 73 du Projet de loi (Livre II) transposant l'article 61 de la Directive 2014/24/UE. E-Certis est un système électronique géré par la Commission qui a pour but de faciliter la transmission des certificats et autres pièces justificatives fréquemment exigés par les pouvoirs adjudicateurs européens. Avec cet article, la Commission impose à ceux-ci une simple obligation de maintenance du système. Son utilisation sera rendue obligatoire dans un second temps.

¹¹⁷ Article 205 du Projet de règlement grand-ducal (Livre II) transposant l'article 34 de la Directive 2014/24/UE. Ces systèmes, propres à chaque Etat membre, fonctionnent comme un processus de passation de marchés entièrement électronique, ouvert pendant toute la durée d'une procédure (procédure #2 de l'encadré 2). Des règles propres au système et régissant l'information requise ou encore son organisation sont définies à l'article 34 de la Directive 2014/24/UE.

¹¹⁸ Article 206 du Projet de règlement grand-ducal (Livre II) transposant l'article 35 de la Directive 2014/24/UE. L'enchère électronique est un processus itératif permettant de faire évoluer le classement de plusieurs offres en temps réel selon des critères d'attribution prédéfinis (dont le prix) et leur pondération respective. Une enchère électronique commence après une première évaluation de toutes les offres reçues par un pouvoir adjudicateur, suite à une invitation formelle d'enchère de sa part.

¹¹⁹ Article 207 du Projet de règlement grand-ducal (Livre II) transposant l'article 36 de la Directive 2014/24/UE. Les catalogues électroniques constituent un format propre à chaque Etat membre permettant de présenter et d'organiser des informations d'une manière commune à tous les soumissionnaires et qui se prête au traitement électronique. Ils peuvent prendre des formes diverses, comme une feuille de calcul. Ils ont pour objectif d'accroître la concurrence et de rationaliser la commande publique, notamment en termes de gain de temps et d'économies.

¹²⁰ Voir section 4 ci-après pour davantage de considérations au sujet de l'accès des PME aux marchés publics.

suivis par les autorités luxembourgeoises responsables¹²¹, mais ne sont pas rendus publics. Ceux-ci devraient donc l'être, par exemple dans le cadre du rapport annuel du Département des travaux publics du MDDI ou à l'occasion de la remise du « rapport de contrôle »¹²² à la Commission européenne (tous les trois ans).

Le cas échéant et lorsque des données comparatives à jour seront disponibles, ces taux devraient être comparés à ceux en vigueur dans les autres Etats membres, comme il l'est opéré fin 2013 dans le présent avis et son **annexe 2**.

3. Un système national de passation des marchés publics potentiellement plus transparent et dont la performance pourra être suivie

(i) Nouvelles règles de prévention des conflits d'intérêts, de fraude et de corruption

Selon le dernier Eurobaromètre Flash de la Commission européenne traitant de la question des marchés publics (2013), **le Luxembourg jouit de taux de perception de la corruption dans les marchés publics parmi les plus faibles de l'UE.**

Seules 20% des entreprises luxembourgeoises interrogées estiment que la corruption soit « généralisée » dans les marchés publics gérés par les autorités nationales¹²³. Ce taux figure parmi les plus bas de l'UE derrière la Finlande (19%) et le Danemark (14%), la moyenne européenne s'élevant à 56%¹²⁴. Il est à noter que, comme le montre le graphique 2 ci-dessous, les taux de réponse du Luxembourg se situent systématiquement sous la moyenne européenne lorsqu'il s'agit d'évaluer la prévalence d'irrégularités dans les procédures de passation de marchés publics telles que l'élaboration de spécifications sur mesure pour certaines entreprises (44%, contre une moyenne européenne de 57%), l'existence de conflits d'intérêts dans l'évaluation des offres (42%, contre 54%), ou encore l'occurrence de soumissions concertées (40%, contre 52%) :

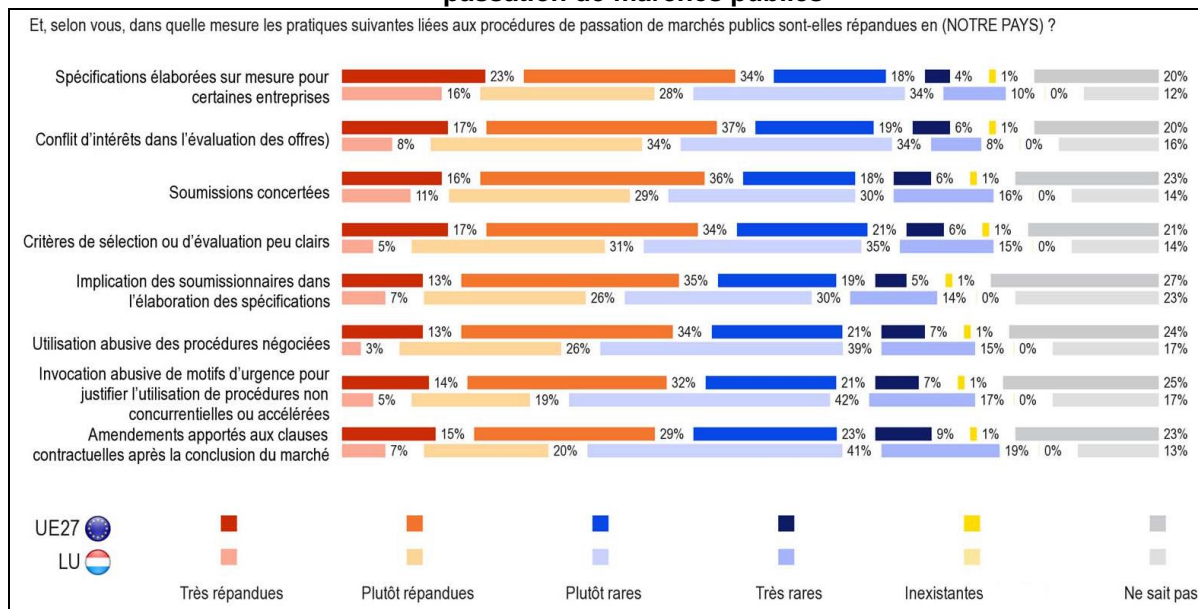
¹²¹ Source: PwC pour DG GROW (2015, p. 18 et 33) : « *In Luxembourg, the uptake of e-notification and e-access is measured, while e-submission was started to be measured as of September 2014, when it became available. (...) Luxembourg has defined an e-access target uptake level of 90% for 2014* ».

¹²² Voir le commentaire de l'article 263 du Projet de règlement grand-ducal (Livre IV) ci-dessous au sujet du « rapport de contrôle ».

¹²³ Source : Eurobaromètre Flash (2013, p. 74) : « *And how widespread do you think the following practices are in [YOUR COUNTRY]: Corruption in public procurement managed by national authorities?* ».

¹²⁴ Ce taux est de 31% au Luxembourg lorsque la même question est posée pour les marchés publics gérés par les autorités locales, contre 20% au Danemark et 15% en Finlande, pour une moyenne UE de 60%.

Graphique 2 - Les irrégularités perçues dans les procédures de passation de marchés publics



Source : Eurobaromètre Flash (2013) - Business' attitudes towards corruption in the EU

A ce jour (et vraisemblablement en partie dû à la faible corruption perçue), la Loi du 25 juin 2009 ne bannit pas les conflits d'intérêt dans la commande publique ni ne prévoit de périodes de transition (« *cooling off periods* ») pour les fonctionnaires ayant un emploi ou une autre fonction dans le secteur privé.

Toutefois (et pour rappel), les dispositions des Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE régissant les conflits d'intérêt¹²⁵, le favoritisme¹²⁶ et la corruption¹²⁷ dans les phases préparatoire et de sélection des marchés publics sont à présent rajoutées au Livre I du Projet de loi. La Chambre de Commerce salue cette initiative du législateur qui, ce faisant, étend ces règles à l'ensemble des marchés publics luxembourgeois.

Néanmoins, il faudra attendre de voir quelles « mesures appropriées »¹²⁸ seront prises en pratique permettant de prévenir et de détecter ces risques. Ces mesures devraient théoriquement être décrites dans le « rapport de contrôle » à soumettre tous les trois ans à la Commission européenne par chaque Etat membre¹²⁹. Sur base de ce rapport (à mettre en perspective avec les mêmes rapports issus des autres Etats membres), il faudra se demander

¹²⁵ Voir article 13 du Projet de loi (Livre I) transposant l'article 24 de la Directive 2014/24/UE.

¹²⁶ Dans le cadre de la préparation d'un appel d'offres, les acheteurs publics peuvent être amenés à consulter des opérateurs économiques. Ces « consultations préalables » peuvent conduire à des situations de favoritisme, raison pour laquelle celles-ci sont à présent encadrées par les articles 26 et 27 du Projet de loi (Livre I) transposant les articles 40 et 41 de la Directive 2014/24/UE.

¹²⁷ La corruption est définie à l'article 29 du Projet de loi (Livre I) transposant l'article 57 de la Directive 2014/24/UE. Aux termes de ces articles, elle est considérée comme un motif d'exclusion obligatoire lors d'une procédure d'attribution de marché. De plus, des offres comprenant des éléments manifestes de collusion et de corruption sont considérées irrégulières et passables d'obliger le pouvoir adjudicateur de recommencer une procédure, sous conditions telles que définies à l'article 63 du Projet de loi transposant l'article 26 de la Directive 2014/24/UE.

¹²⁸ Cf. Article 13 paragraphe 1^{er} du Projet de loi (Livre I) traitant des conflits d'intérêt : « *Les pouvoirs adjudicateurs prennent les mesures appropriées permettant de prévenir, de détecter et de corriger de manière efficace les conflits d'intérêt (...)* ». Article 27 alinéa 1 du Projet de loi (Livre I) traitant du favoritisme : « (...) *le pouvoir adjudicateur prend les mesures appropriées pour veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée (...)* ».

¹²⁹ Pour rappel, voir le commentaire de l'article 263 du Projet de règlement grand-ducal (Livre IV) ci-dessous au sujet du « rapport de contrôle ». Dans ce rapport, devront notamment apparaître « *des informations sur les causes les plus fréquentes de mauvaise application des règles ou d'insécurité juridique (...) ainsi que sur la prévention, la détection et le signalement adéquat des cas de fraude, de corruption, de conflits d'intérêts et d'autre irrégularités graves dans le cadre de la passation de marchés* ».

s'il ne serait pas nécessaire d'aller plus loin encore que ce que prévoit actuellement le Projet de loi.

En effet, à l'exception notable de plusieurs acteurs du secteur financier dont la CSSF, il n'existe pas à ce jour, au Luxembourg, de code de conduite pour les fonctionnaires, ni non plus de mécanisme permettant de vérifier de potentiels conflits d'intérêts dans leur chef (autres que les « mesures appropriées » à prévoir selon le présent Projet de loi et la directive). Et, s'il est vrai que la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat (ci-après la « Loi du 16 avril 1979 ») bannit bien les conflits d'intérêts de manière relativement générale¹³⁰, cet ensemble de dispositions ne peut toutefois pas s'apparenter à un cadre global de prévention des conflits d'intérêts dans la fonction publique en général et dans les marchés publics en particulier¹³¹.

(ii) Suivi de la performance du système de passation des marchés publics

La Chambre de Commerce constate qu'une étude récente comparant les capacités institutionnelle et administrative des 28 Etats membres en matière de marché publics¹³² juge les mécanismes de supervision et de suivi (*monitoring*) de la commande publique au Luxembourg « relativement limités ».

Premièrement, les deux organismes pouvant enquêter sur de potentiels cas d'irrégularités en matière de commande publique au Luxembourg, à savoir la Cour des comptes et le Conseil de la concurrence, ne sont pas mandatés pour le faire de manière systématique. Par exemple, si la Cour des comptes enquête bien annuellement sur une sélection d'organisations publiques (et que des questions relatives aux marchés publics peuvent faire surface dans le cadre de ces enquêtes¹³³), elle n'est ni chargée de suivre ni d'analyser le système dans son entièreté. Le Conseil de la concurrence n'est pas non plus mandaté pour ce faire, même s'il publie régulièrement des avis sur des cas de compétition déloyale dans le domaine des marchés publics (cas de collusion entre opérateurs économiques, par exemple).

Deuxièmement, il existe bien une Commission (consultative) des soumissions publiques instituée auprès du MDDI à laquelle la Chambre de Commerce prend d'ailleurs part¹³⁴. Cette commission veille à ce que les dispositions légales, réglementaires et contractuelles soient strictement observées par les pouvoirs adjudicateurs et les adjudicataires. Dans le cadre de cette mission, elle instruit des réclamations et émet des avis consultatifs permettant d'éviter le recours en justice dans de nombreux cas¹³⁵. Toutefois, la Commission des soumissions ne publie pas

¹³⁰ Voir, chapitre 5 dédié aux « devoirs du fonctionnaire », article 14 paragraphe (3) de la Loi du 16 avril 1979 : « Il est interdit au fonctionnaire d'avoir un intérêt quelconque, par lui-même ou par personne interposée, sous quelque dénomination et sous quelque forme juridique que ce soit, dans une entreprise soumise au contrôle de son administration ou service, ou en relation avec son administration ou service. ». Voir également le paragraphe (4) du même article : « Le fonctionnaire doit notifier au ministre toute activité professionnelle exercée par son conjoint ou son partenaire, à l'exception de celles accomplies au service de l'Etat. Si le ministre considère que cette activité est incompatible avec la fonction du fonctionnaire, et si ce dernier ne peut pas garantir qu'elle prendra fin dans le délai déterminé par le ministre, l'autorité investie du pouvoir de nomination décide si le fonctionnaire doit être changé de résidence, changé d'administration, de fonction ou d'affectation, avec ou sans changement de résidence, ou s'il doit être démis d'office. ».

¹³¹ Pour un exemple de cadre global (« *comprehensive framework* ») et de bonnes pratiques en la matière, voir : Commission européenne - *European anti-fraud office* (OLAF). 2013. *Identifying conflicts of interest in public procurement procedures for structural action : a practical guide for managers*. Bruxelles : OLAF.

¹³² PwC pour la Commission européenne. Avril 2016. « *Public procurement : Study on administrative capacity in the EU* ». Bruxelles: PwC.

¹³³ PwC rapporte que trois cas d'irrégularités ont été reportés par la Cour des comptes en 2012 et 2013 respectivement.

¹³⁴ La Commission des soumissions se compose de neuf membres, à savoir de cinq membres dont le président, représentant le pouvoir adjudicateur et de quatre membres représentant les chambres professionnelles.

¹³⁵ PwC rapporte que la Commission des soumissions a publié 84 avis liés à des conflits de marchés publics en 2012 et 79 en 2013. Ses avis ne sont pas obligatoires mais les autorités contractuelles les suivent généralement, selon PwC.

ses avis ou, en tout cas, n'a jamais à ce jour produit d'analyse des cas soumis. Or, un tel travail d'analyse permettrait d'identifier les problématiques récurrentes du système, et de mieux y remédier.

Selon la Commission européenne, **il n'existe donc pas à ce jour au Luxembourg de rapport public analysant de manière objective le système de passation des marchés publics national, ce qui en limite la compréhension du fonctionnement et de la performance.**

Cet état de fait va cependant changer grâce aux dispositions des Livre IV des textes avisés, ce dont la Chambre de Commerce se réjouit tout particulièrement.

En effet, il apparaît que les Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE imposent aux Etats membres de produire un « rapport de contrôle » de nature relativement analytique¹³⁶. Dans ces rapports, l'information à fournir par les Etats membres devrait permettre de comprendre, sinon les forces, au moins les faiblesses de leurs systèmes de passation des marchés publics respectifs dans leur capacité à les aider à atteindre leurs objectifs stratégiques, comme celui de la participation accrue des PME. Ce dernier constitue par ailleurs un objectif important de la réforme des marchés publics, qu'il importe de suivre de manière transparente au moyen d'indicateurs pertinents et sur lequel la section 4 ci-après revient plus en détail.

Qui plus est, les résultats des « opérations de contrôle » des Etats membres, identifiant des violations précises aux directives et des « problèmes systémiques »¹³⁷, devront être rendus publics. Cette obligation de transparence accrue devrait permettre à toutes les parties prenantes du système de mieux en cerner les faiblesses et de les améliorer, ceci d'autant plus que la Commission européenne compilera cette information dans des analyses comparatives.

Quoi qu'il en soit, **la Chambre de Commerce relève qu'aucun indicateur de suivi de la performance du système n'a été rendu public au Luxembourg à ce jour**, par exemple permettant de suivre la proportion de contrats passés par des PME, la proportion de contrats passés ayant recours à des critères sociaux et/ou environnementaux précis, ou encore les différents taux d'adoption de l'e-procurement. A ses yeux, il est intéressant qu'il ait fallu attendre la publication de deux analyses comparatives externes, commanditées par la Commission européenne et datant d'avril 2015 et 2016 respectivement, pour avoir accès publiquement, pour la première fois, à quelques indicateurs-clés du système au Luxembourg. Ceux-ci sont présentés en **annexe 2** (indicateurs d'adoption de l'e-procurement), **annexe 3** (indicateurs stratégiques) et **annexe 4** (divers) de cet avis.

La réforme en cours est conséquente et les enjeux sont importants. Il importe d'en suivre régulièrement les effets (output, résultats et, théoriquement en tout cas, impact) et de s'assurer que ceux-ci soient en ligne avec les objectifs stratégiques affichés.

Pour ces raisons, la Chambre de Commerce demande à ce que, outre l'analyse approfondie du système telle qu'imposée dans les présents textes par les Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE, des indicateurs de suivi pertinents soient mis à jour par les

¹³⁶ Voir le commentaire de l'article 259 du Projet de loi (ne transposant aucun article des Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE) et celui de l'article 263 du Projet de règlement grand-ducal (Livre IV) transposant les articles 83 et 99 des Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE respectivement ci-dessous.

¹³⁷ Ce terme mériterait tout de même d'être précisé. Cf. commentaire de l'article 263 du Projet de règlement grand-ducal (Livre IV) ci-dessous.

responsables concernés et, plus important, soient rendus publics à l'attention de toutes les parties prenantes.

L'objectif de ce suivi collectif n'est pas de sanctionner ni de critiquer, mais bien d'apprendre des forces et faiblesses du système, et de l'améliorer.

La publication d'indicateurs de suivi viendrait également élégamment s'inscrire dans le cadre de deux réformes importantes en cours, à savoir celle de la fonction publique imposant une gestion par objectifs aux administrations et services de l'Etat¹³⁸, d'une part, et celle, attendue, de la réorganisation de l'architecture budgétaire en programmes/missions, avec suivi systématique de l'efficacité des dépenses publiques également au moyen d'indicateurs de performance, d'autre part.

4. Un accès facilité des PME aux marchés publics à démontrer

Comme évoqué précédemment, un des objectifs affichés des nouvelles directives est de permettre aux PME européennes d'accéder plus facilement aux marchés publics.

A cette fin, les nouvelles règles européennes prévoient notamment de limiter le niveau du chiffre d'affaires pouvant être exigé pour participer à un marché public à deux fois la valeur estimée du contrat au maximum¹³⁹. L'objectif de cette mesure, à saluer, est d'éviter que les PME soient exclues de la participation à un marché du fait que le cahier des charges requiert un chiffre d'affaires minimal disproportionné par rapport à l'envergure du marché.

Les nouvelles règles européennes encouragent également la division des contrats en lots¹⁴⁰ en ce sens qu'elles rendent possible l'octroi de plusieurs contrats à différentes petites entreprises plutôt qu'un seul contrat à une grande entreprise. Pour ce faire, les pouvoirs adjudicateurs peuvent (mais ne sont pas obligés de) vérifier l'opportunité de diviser leurs marchés en lots et de motiver leur décision s'ils ne le font pas¹⁴¹.

Dans ce domaine, la Chambre de Commerce constate que les auteurs des textes sous avis ont choisi d'encourager plutôt que d'obliger les pouvoirs adjudicateurs à diviser leurs marchés en lots, ce à quoi elle ne s'oppose pas *per se*. Elle demande toutefois que les indicateurs mesurant la participation des PME dans les procédures de marchés publics soient suivis de près et de manière transparente dans les prochaines années. S'il venait à s'avérer que la participation des PME demeure insuffisante, alors la possibilité donnée par la directive d'obliger la division en lots, selon un certain nombre de critères à définir, devrait être reconsidérée.

Qui plus est, la Chambre de Commerce rappelle que la transposition « à la carte » de la Directive 2014/24/UE dans le Livre I, un livre susceptible de concerner davantage les PME et les TPE opérant sur les marchés d'envergure nationale, pose plusieurs problèmes déjà décrits en section 1 ci-dessus. Dans cette transposition « à la carte », deux problématiques identifiées par la Chambre de Commerce sont particulièrement susceptibles de décourager les PME et les TPE à participer aux marchés publics, à savoir : le raccourcissement des délais minimaux de

¹³⁸ Voir : www.fonction-publique.public.lu/fr/publications/Reformes/index.html.

¹³⁹ Article 30 paragraphe (3) du Projet de loi (Livre I) transposant l'article 58 paragraphe (3) de la Directive 2014/24/UE.

¹⁴⁰ Voir articles 6 et 7 du Projet de règlement grand-ducal (Livre I) transposant l'article 46 de la Directive 2014/24/UE ci-dessous. Les articles 3 à 5 du même texte régissent eux aussi la division de marchés en lots mais sont issus du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 (non sans problèmes - voir le commentaire des articles 3 à 5 du Projet de règlement grand-ducal ci-dessous).

¹⁴¹ Aux termes de l'article 155 alinéa 2 du Projet de règlement grand-ducal (Livre II) transposant l'article 46 paragraphe 1^{er} alinéa 2 de la Directive 2014/24/UE. Voir le commentaire de cet article 155 ci-dessous.

soumission d'offres, qui pénalise davantage les petites structures que les grandes, et l'impossibilité de faire offre de manière électronique, l'e-soumission pouvant pourtant se révéler source de gain de temps précieux pour de petites structures.

La Chambre de Commerce se doit également d'émettre une certaine réserve face au DUME, soit pour rappel le « Document unique de marché européen », dont l'objectif affiché est celui de la simplification administrative, notamment en faveur des PME.

Le DUME consiste en une déclaration sur l'honneur par laquelle un opérateur économique confirme qu'il remplit les conditions d'un appel d'offres, soit par exemple qu'il ne se trouve pas dans une situation d'exclusion (condamnation, non-paiement d'impôt ou de cotisations sociales, entre autres¹⁴²) ou qu'il répond aux critères de sélection (capacités économique, financière ou technique, entre autres¹⁴³) d'une offre.

Dorénavant, les participants à une procédure ouverte (ou à un premier appel à la concurrence dans les autres procédures de l'encadré 2) seront uniquement tenus de remettre cette déclaration (électronique) sur l'honneur. Ensuite, seul l'opérateur économique remportant la procédure ouverte (ou les opérateurs économiques invités à soumettre une offre dans les autres procédures) sera (seront) tenu(s) de fournir les documents attestant de son (leur) éligibilité et sur lesquels il(s) s'étai(en)t engagé(s) préalablement au moyen du DUME.

En théorie, ce mode opératoire représente une avancée par rapport au passé puisque, jusqu'à présent, tous les participants à une procédure de passation de marché public étaient tenus de fournir l'entièreté des documents, sans savoir s'ils seraient sélectionnés ou invités par le pouvoir adjudicateur par la suite. La Chambre de Commerce accueille donc très favorablement le DUME.

Néanmoins, elle relève par ailleurs que les experts européens sont relativement dubitatifs face au DUME¹⁴⁴. En effet, ce document standardisé apparaît lourd à manipuler et à remplir et, de ce fait, pourrait malencontreusement devenir un obstacle pour les PME et les TPE, celles-ci ne bénéficiant généralement pas en interne de personnel dédié aux appels d'offres. Il reste donc à voir si le DUME sera adopté par les PME en pratique.

Finalement, la Chambre de Commerce relève que des difficultés induites au niveau européen lui-même persistent pour les PME.

Elle pense notamment tout particulièrement aux délais de paiement parfois très longs que s'octroient le cas échéant les acteurs publics en général et la Commission européenne en particulier, une fois un marché (ou une partie de celui-ci déclenchant la facturation d'une tranche) exécuté. Ces délais de paiement peuvent atteindre jusqu'à plusieurs mois et posent d'importants problèmes de trésorerie, principalement pour les PME et les TPE dépendant fortement de la commande publique.

De plus et comme relevé en section 1 ci-dessus, les délais d'adjudication, inchangés par la Directive 2014/24/UE, demeurent trop longs et peuvent s'avérer source d'insécurité opérationnelle pour les plus petites entreprises tentant de planifier leurs offres¹⁴⁵.

¹⁴² Voir article 29 du Projet de loi (Livre I) transposant l'article 57 de la Directive 2014/24/UE.

¹⁴³ Voir article 30 du Projet de loi (Livre I) transposant l'article 30 de la Directive 2014/24/UE.

¹⁴⁴ Source : Séminaire EIPA. Avril 2016. *The new procurement directives*. Maastricht : EIPA.

¹⁴⁵ Pour rappel, voir le commentaire des articles 50 et 51 du Projet de règlement grand-ducal (Livre I) ci-dessous.

En conclusion, l'effet net de toutes ces considérations est difficilement appréhendable à ce stade, et il n'est pas certain que les PME accéderont plus facilement aux marchés publics suite à la réforme en cours. Il incombera donc de suivre avec une attention particulière les indicateurs de participation des PME aux marchés publics, tant au Luxembourg qu'au niveau européen, et d'adapter, le cas échéant, la législation en fonction, en concertation avec les acteurs économiques.

5. Des mesures de prévention du dumping social et environnemental dont l'effet dissuasif reste à démontrer

Comme indiqué dans l'encadré 1, au-delà des aspects purement économiques, la Directive 2014/24/UE renforce substantiellement les aspects sociaux et environnementaux dans les marchés publics d'envergure européenne.

L'objectif de la Commission européenne est d'aider les Etats membres à mieux utiliser ces marchés en tant qu'outil stratégique, permettant de répondre à des objectifs de développement durable et de cohésion sociale, tant au niveau national que dans le cadre de la Stratégie UE 2020. Il incombe également de mettre en place des outils permettant d'endiguer les abus qui conduisent à des pratiques de dumping social et environnemental, faussant le bon fonctionnement du marché intérieur.

Des mesures visant à prévenir le dumping social/environnemental dans les marchés publics sont ainsi introduites en trois temps dans la Directive 2014/24UE et les textes avisés.

Premièrement, une « clause sociale horizontale » est introduite, affirmant l'obligation, pour les opérateurs économiques, de respecter les règles nationales et internationales applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail¹⁴⁶. Les pouvoirs adjudicateurs sont également tenus de veiller au bon respect de celles-ci¹⁴⁷.

Deuxièmement, en cas de non-respect de la clause sociale horizontale, il est rendu possible d'exclure un opérateur économique soit au moment de la sélection des offres¹⁴⁸ soit en cours d'exécution de contrat¹⁴⁹, et ce par tout moyen de preuve. Au niveau de l'analyse des offres, est en outre introduite une obligation d'écarter toute offre anormalement basse¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Clause sociale horizontale dans le chef des opérateurs économiques à l'article 42 (Livre I) du Projet de loi transposant l'article 18 de la Directive 2014/24/UE : « *Dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union européenne, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe X de la [Directive 2014/24/UE]* ». L'annexe X de la Directive 2014/24/UE énumère les conventions internationales dans le domaine social et environnemental visées ici, comme par exemple les conventions de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) sur la liberté syndicale et le travail forcé.

¹⁴⁷ Clause sociale horizontale dans le chef des pouvoirs adjudicateurs à l'article 54 (Livre III) du Projet de loi transposant l'article 36 de la Directive 2014/24/UE : « *Les entités adjudicatrices veillent à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail [etc. comme à l'article 42 du Projet de loi]* ».

¹⁴⁸ Via le paragraphe (4) de l'article 29 du Projet de loi (Livre I) intitulé « Motifs d'exclusion de la participation à une procédure de passation de marché » transposant l'article 57 de la Directive 2014/24/UE. A noter qu'il s'agit là d'un motif d'exclusion « non-obligatoire » selon lequel les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure (mais ne sont pas obligés) tout opérateur économique ou sous-traitant (voir le commentaire des articles 23 à 25 du Projet de règlement grand-ducal ci-dessous pour plus d'explication quant à l'exclusion « obligatoire » ou « non-obligatoire » d'opérateurs économiques).

¹⁴⁹ Article 103 paragraphe 1^{er} du Projet de règlement grand-ducal (Livre I) transposant l'article 18 de la Directive 2014/24/UE.

¹⁵⁰ Dans les conditions définies à l'article 38 du Projet de loi (Livre I) transposant l'article 69 de la Directive 2014/24/UE tel que complété par les articles 89 et 90 du Projet de règlement grand-ducal (Livre I) issus de la Loi du 25 juin 2009.

Aux yeux de la Chambre de Commerce, si l'effet de ces deux mesures reste à démontrer sur le terrain, celui de la troisième mesure (commentée ci-après) traitant de la sous-traitance se pose particulièrement, notamment face à la charge administrative supplémentaire imposée aux opérateurs économiques.

Troisièmement, des principes équivalents sont enfin appliqués aux sous-traitants, à nouveau tant au niveau de la sélection des offres auxquelles ils prennent part qu'en cours d'exécution de contrat.

Notamment, au stade de l'appel d'offres, les acheteurs publics peuvent demander aux opérateurs économiques qu'ils précisent la part du marché qu'ils comptent confier à des tiers¹⁵¹. Le pouvoir adjudicateur peut également vérifier l'existence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants et exiger leur remplacement¹⁵². Une fois le marché attribué, les acheteurs publics peuvent enfin exiger de l'opérateur économique chargé de l'exécuter qu'il communique les noms et coordonnées des sous-traitants auxquels il a recours, ainsi que ceux des sous-traitants de leurs sous-traitants et ainsi de suite¹⁵³.

Aux dires des experts européens des marchés publics, l'article 71 de la Directive 2014/24/UE régissant la sous-traitance est « cauchemardesque à comprendre »¹⁵⁴, ce dont la Chambre de Commerce peut convenir. Plusieurs questions d'ordre légistique se posent d'ailleurs à la lecture des articles 23 à 25 et 105 et 106 du Projet de règlement grand-ducal régissant la sous-traitance aux stades de l'appel d'offres et de l'exécution de contrats respectivement. Ceux-ci sont plus amplement commentés par la Chambre de Commerce dans son commentaire des articles.

Au-delà des questions d'ordre légistique, la Chambre de Commerce constate en outre que les auteurs des textes sous avis vont trop loin en ce qui concerne les documents et l'information à fournir aux pouvoirs adjudicateurs en matière de sous-traitance. Si les documents à fournir au stade de l'appel d'offres (il s'agit notamment d'extraits de casiers judiciaires et de déclarations sur l'honneur) ne semblent pas particulièrement problématiques aux yeux de la Chambre de Commerce, l'information à fournir en cours d'exécution de contrat apparaît particulièrement lourde à réunir (il s'agit principalement d'information sur la chaîne des sous-traitants, suite à une option donnée par la Directive 2014/24/UE et prise par le législateur, ainsi que d'information sur les fournisseurs, ce que va au-delà d'une transposition a minima de la directive).

Il reste par ailleurs à prouver que de « simples » documents à fournir aux stades de l'offre et de l'exécution d'un contrat de marchés publics suffisent à endiguer le problème du dumping social (ou environnemental).

A niveau du dumping social, la Directive 2014/67/UE relative au détachement des travailleurs¹⁵⁵ a sans doute un plus grand potentiel d'effet de dissuasion sur le terrain.

¹⁵¹ Article 24 du Projet de règlement grand-ducal (Livre I) transposant l'article 71 de la Directive 2014/24/UE.

¹⁵² Article 29 paragraphe (8) du Projet de loi (Livre I) transposant l'article 71 de la Directive 2014/24/UE.

¹⁵³ Article 103 paragraphe (2) du Projet de règlement grand-ducal (Livre I) transposant l'article 71 de la directive 2014/24/UE.

¹⁵⁴ Source : EIPA (*European Institute of Public Administration*). Avril 2016. *Implementing the procurement directive : Policy choices and experiences*. Maastricht : EIPA.

¹⁵⁵ Intitulé complet : Directive 2014/67/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n°1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur (« règlement IMI »).

La transposition de cette directive dans le cadre du projet de loi n°6989¹⁵⁶ a déjà été commentée par la Chambre de Commerce¹⁵⁷.

Tout comme dans les textes avisés ici, il y apparaît que les auteurs des textes avisés ont choisi d'aller plus loin que la directive en prévoyant : (i) des exigences administratives et mesures de contrôle supplémentaires en rallongeant la liste des documents à produire¹⁵⁸ par l'entreprise détachante à l'Inspection du travail et des mines (ITM), (ii) une responsabilité solidaire du donneur d'ordre à l'égard du sous-traitant direct dans tous les secteurs d'activités (et pas seulement dans celui de la construction tel que prévu par la directive), et (iii) des amendes et sanctions administratives (en plus de la responsabilité solidaire) en cas de manquements en matière de droit du travail, y compris la possibilité pour l'ITM de prononcer la fermeture de chantiers.

La Chambre de Commerce est d'avis qu'au-delà des documents à soumettre à l'ITM dans le cadre du projet de loi n°6989, ce sont bien les effectifs de cet organisme de contrôle qui devraient être renforcés pour garantir un véritable effet dissuasif. L'entièreté de l'économie étant couverte par le projet de loi n°6989 en l'état actuel (et non seulement le secteur de la construction, son périmètre apparaît plus vaste que celui des « seuls » marchés publics d'envergure nationale et européenne (représentant tout de même l'équivalent de 12,4% du PIB luxembourgeois, selon les estimations de l'OCDE pour rappel). Enfin, au-delà de la Directive 2014/67/UE, la production, au niveau européen, d'une liste d'entreprises condamnées pour infractions et récidive en matière de détachement, sorte d'Europol des entreprises détachées, pourrait également avoir un important effet dissuasif.

Pour toutes ces raisons, la Chambre de Commerce appelle à ce que les auteurs des textes sous avis n'alourdissent pas plus que de nécessaire les obligations d'information relatives à la sous-traitance telles qu'issues de la Directive 2014/24/UE. Si l'évaluation des effets de la présente réforme au niveau européen venait à démontrer que ces mesures ont un véritable effet sur le terrain, alors il pourrait être envisagé d'être plus ambitieux. Au regard de ce qui précède, la Chambre de Commerce en appelle à ce que les auteurs s'en tiennent aux seules dispositions prévues par la directive.

6. Des aspects sociaux et environnementaux renforcés, source de nombreux questionnements

Outre la prévention du dumping, la Directive 2014/24/UE aspire à aider les Etats membres à atteindre leurs objectifs stratégiques environnementaux et sociaux à travers les marchés publics. Pour ce faire, elle a recours à trois types d'outils que la Chambre de Commerce qualifie de « stratégiques ».

Le premier outil stratégique est celui dit des « conditions d'exécution particulières », dont la notion a été précisée par rapport à l'ancienne Directive 2004/18/CE.

Les conditions d'exécution particulières peuvent, sous conditions, être insérées dans tout appel d'offre. Elles permettent aux pouvoirs adjudicateurs d'« exiger » que soient prises en

¹⁵⁶ Intitulé complet : Projet de loi n°6989 portant (1) modification du Code du travail et (2) modification de l'article 3 de la loi du 17 juin 1994 fixant les mesures en vue d'assurer le maintien de l'emploi, la stabilité des prix et la compétitivité des entreprises.

¹⁵⁷ Avis n°4631SBE de la Chambre de Commerce émis le 22 juillet 2016 et disponible sur son site, www.cc.lu, ainsi que sur celui de la Chambre des Députés, www.chd.lu (document parlementaire n°6989).

¹⁵⁸ Des informations concernant : le paiement du salaire et le relevé des heures effectuées, les pièces constatant l'aptitude médicale du salarié et, le cas échéant, celles concernant la légalité de son séjour s'il s'agit d'un ressortissant des pays tiers.

compte des considérations relatives non seulement aux domaines social et environnemental (comme sous l'ancienne Directive 2004/18/CE), mais également aux domaines de l'économie et de l'innovation (une nouveauté par rapport au passé et deux objectifs stratégiques courants de nos jours), ainsi qu'à l'emploi (également une nouveauté). Le contenu de l'article 70 de la Directive 2014/24/UE¹⁵⁹ n'apporte pas de commentaire particulier de la part de la Chambre de Commerce, si ce n'est qu'il est important de s'assurer, dans la pratique, que ces « conditions d'exécution » soient bien liées à l'objet du marché (ce que l'article 70 prévoit explicitement).

Dans le cadre de cet article, les pouvoirs adjudicateurs sont notamment autorisés à appliquer des critères d'attribution ou des conditions d'exécution de marché particuliers liés aux travaux, produits ou services à fournir en vertu du marché public sous tous leurs aspects et à n'importe quel stade de leur cycle de vie¹⁶⁰. Il s'agit également de critères d'attribution ou de conditions d'exécution du marché relatifs à la fourniture ou à l'utilisation de produits issus du commerce équitable¹⁶¹ ou environnementaux¹⁶². Les conditions d'exécution peuvent aussi viser à favoriser la mise en œuvre de mesures destinées à promouvoir/assurer (i) l'égalité des hommes et des femmes au travail, (ii) une plus grande participation des femmes au marché du travail et la conciliation de la vie professionnelle et de la vie privée, (iii) la protection de l'environnement ou le bien-être animal, (iv) le respect des dispositions des conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT), ou encore (v) le recrutement de davantage de personnes défavorisées qu'exigé par la législation nationale¹⁶³.

Le second outil stratégique à disposition des Etats membres est celui des « marchés réservés », dont la notion a été retravaillée par rapport à l'ancienne Directive 2004/18/CE.

Les marchés réservés sont régis, d'une part, à l'article 20 de la Directive 2014/24/UE pour les marchés publics de tout type (transposé à l'article 15 du Projet de loi) et, d'autre part, à son article 77 pour les marchés publics de « certains services » d'envergure européenne (transposé à l'article 78 du Projet de loi) portant exclusivement sur certains services de santé, sociaux ou culturels expressément visés par leurs codes CPV respectifs¹⁶⁴.

Sur base de ces deux articles, les pouvoirs adjudicateurs peuvent donner le droit à certains acteurs de participer à des procédures de passation de marchés publics réservés.

¹⁵⁹ Transposé à l'article 28 du Projet de règlement grand-ducal (Livre I).

¹⁶⁰ Soit, depuis l'extraction des matières premières utilisées pour un marché donné jusqu'au stade de l'élimination des produits utilisés dans l'exécution de celui-ci. À titre d'exemple, sont à considérer comme des critères et des conditions pertinents ceux prévoyant que des substances chimiques toxiques n'entrent pas dans la fabrication des produits achetés ou que les services achetés sont fournis en utilisant des machines économes en énergie.

¹⁶¹ Ceux-ci peuvent par exemple mentionner que le produit concerné est issu du commerce équitable, y compris l'obligation de payer aux producteurs un prix minimal et une majoration de prix.

¹⁶² Ceux-ci peuvent par exemple inclure la livraison, l'emballage et l'élimination des produits et, pour ce qui est des marchés de travaux ou de services, la minimisation des déchets et l'utilisation efficace des ressources.

¹⁶³ Toutefois, la condition de l'existence d'un lien avec l'objet du marché prévue par cet article exclut les critères et conditions relatifs à la politique générale de l'entreprise. Les pouvoirs adjudicateurs ne devraient dès lors pas être autorisés à exiger des soumissionnaires que soit en place une politique particulière de responsabilité sociale ou environnementale, par exemple.

¹⁶⁴ Codes CPV (*Common Procurement Vocabulary*) expressément visés à l'article en question, soit (1) des services administratifs de l'enseignement (CPV 75121000-0) / de la santé (75122000-7) / du logement (7512300-4) ; (2) des services de mise à disposition du personnel d'aide à domicile (79622000-0) / infirmier (7962400-4) / médical (79625000-1) ; (3) des services d'enseignement préscolaire (80110000-8) / supérieur (80300000-7) / par voie électronique (80420000-4) / universitaire pour adultes (80430000-7) ; (4) des services de formation du personnel (8051000-9) ; (5) des services d'installation de formation (80520000-5) ; (6) des services d'aide pédagogique (80590000-6) ; (7) l'ensemble des services de santé et sociaux (de 85000000-9 à 85323000-9) ; (8) des services de bibliothèque, d'archives, musées et autres services culturels (92500000-6) ; (9) des services sportifs (92600000-7) ; (10) des services prestés par les organisations sociales (98133000-4) et enfin (11) des services prestés par des associations de jeunes (98133110-8).

Pour les marchés publics réservés de tout type (traités au Livre I, donc applicables à tous les marchés publics luxembourgeois d'envergure nationale), ces acteurs sont soit des « ateliers protégés » (comme sous l'ancienne Directive 2004/18/CE) soit des « opérateurs économiques » (une nouveauté de la Directive 2014/24/UE) dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées. Alternativement, les pouvoirs adjudicateurs peuvent demander qu'au moins 30% du personnel des ateliers protégés ou opérateurs économiques exécutant le marché soit constitué de personnes handicapées ou défavorisées. Un « appel à la concurrence » étant prévu à l'article 15 du Projet de loi (transposant l'article 20 de la Directive 2014/24/UE), une procédure de type ouverte (#1), restreinte (#2), concurrentielle avec négociation (#3), de dialogue compétitif (#4), ou de partenariat d'innovation (#5) doit donc être envisagée par les pouvoirs adjudicateurs désireux de réserver un tel marché¹⁶⁵.

Un « appel à la concurrence » est également prévu¹⁶⁶ pour les marchés réservés de certains services de santé, sociaux ou culturels d'envergure européenne (traités au Livre II), une nouveauté par rapport à l'ancienne Directive 2004/18/CE. Dans cette catégorie de marchés, les acteurs considérés sont des « organisations » remplissant les trois conditions de gouvernance suivantes¹⁶⁷ :

- elles ont pour objectif d'assumer une mission de service public liée à la prestation des services de santé, sociaux ou culturels expressément visés à l'article 77 de la Directive 2014/24/UE par leurs codes CPV respectifs ;
- leurs bénéfices sont réinvestis en vue d'atteindre l'objectif de l'organisation. En cas de distribution ou de redistribution des bénéfices, celle-ci doit être fondée sur des principes participatifs ;
- les structures de gestion ou de propriété des organisations exécutant le marché sont fondées sur l'actionnariat des salariés ou des principes participatifs, ou exigent la participation active des salariés, des utilisateurs ou des parties prenantes.

Dans ce contexte, la Chambre de Commerce renvoie à l'annexe 2 intitulée « Définitions comparées » de son avis du 29 juin 2015 relatif au projet de loi « Sociétés d'Impact Sociétal » (SIS)¹⁶⁸:

Telles qu'elles sont, à ce jour, spécifiées à l'article 1^{er} du projet de loi SIS, les conditions minimales de gouvernance à remplir pour un agrément SIS sont moins strictes que celles imposées à l'article 77 de la Directive 2014/24/UE régissant les marchés réservés de certains services de santé, sociaux ou culturels d'envergure européenne. La Chambre de Commerce pense plus particulièrement à la condition dite de « gouvernance inclusive » prônée par la Commission européenne, qui fait bien partie des conditions de l'article 77 (cf. les « principes

¹⁶⁵ Pour rappel, les procédures #2bis et #6 s'opèrent sans publicité et donc sans avis d'appel à la concurrence.

¹⁶⁶ Voir paragraphe (4) de l'article 78 du Projet de loi (Livre II) transposant le paragraphe (4) de l'article 77 de la Directive 2014/24/UE.

¹⁶⁷ Article 78 paragraphe (2) du Projet de loi (Livre II) transposant l'article 77 de la Directive 2014/24/UE. Outre ces trois conditions de gouvernance, les organisations bénéficiant de marchés réservés ne peuvent pas s'être vues attribuer un tel marché dans les trois années précédentes.

¹⁶⁸ L'intitulé complet du projet de loi SIS est le suivant : Projet de loi portant création des sociétés d'impact sociétal et modifiant l'article 6 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales, les articles 112 et 161 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, le paragraphe 3 de la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial communal et le paragraphe 3 de la loi modifiée du 16 octobre 1934 relative à l'impôt sur la fortune. L'avis de la Chambre de Commerce sur ce projet de loi SIS est disponible sur son site www.cc.lu (avis n°4462) ou sur celui de la Chambre des Députés, www.chd.lu (dossier parlementaire n°6831).

participatifs »), mais qui ne fait pas partie des conditions minimales édictées à l'article 1^{er} du projet de loi SIS.

Dans l'état actuel du projet de loi SIS, une future SIS remplissant les conditions minimales d'agrément ne pourra donc pas être considérée pour un marché réservé de certains services de santé, sociaux ou culturels d'envergure européenne, soit d'une valeur égale ou supérieure à 750.000 EUR - à moins que sa gouvernance interne soit de nature plus participative que ce qui est requis pour un agrément.

A contrario, en tant qu'atelier protégé ou opérateur économique ayant pour objet principal l'intégration de personnes handicapées ou défavorisées¹⁶⁹, une future SIS pourrait tout à fait être considérée pour un marché réservé de tout type dans le cadre du Livre I du Projet de loi. Qui plus est, tout « opérateur économique » (et donc pas nécessairement une SIS) ayant parmi son personnel une certaine proportion de travailleurs défavorisés, pourrait également être considéré pour un appel d'offres dans ce type de marchés.

Les considérations quant au risque de distorsion de concurrence entre entreprises plus « traditionnelles » et futures SIS, émises tant dans l'avis de la Chambre de Commerce précité que dans l'avis du Conseil de la concurrence du 21 juillet 2016¹⁷⁰, demeurent donc d'actualité.

Elles sont d'autant plus pertinentes dans ce contexte que, comme précisé en section 1 ci-dessus, certains points de transposition « à la carte » du Livre II dans le Livre I interpellent la Chambre de Commerce. Elle pense ici particulièrement à l'absence de pondération (le cas échéant, de hiérarchisation par ordre d'importance) des critères d'offres ou encore à l'absence d'avis d'information divers (avis de préinformation, avis de marché ou avis d'attribution de marché).

Le troisième et dernier outil stratégique prévu par la Directive 2014/24/UE est entièrement nouveau et est connu sous le terme de « régime assoupli ». Il est défini aux articles 74 à 76 de la Directive 2014/24/UE (transposés aux articles 76 et 77 du Projet de loi) pour les marchés de services sociaux et de « services spécifiques » comme certains services d'hôtellerie et de restauration, certains services juridiques, de secours, d'incendie ou pénitentiaires, entre autres¹⁷¹, et qui sont considérés d'envergure européenne, d'une valeur égale ou supérieure à 750.000 EUR.

Dans le cadre de ce régime assoupli, les pouvoirs adjudicateurs ont, à condition de respecter les règles de publicité édictées à l'article 75 de la Directive 2014/24/UE, le libre choix entre la procédure ouverte (procédure #1 de l'encadré 2), la procédure restreinte (#2), la procédure concurrentielle avec négociation (#3), le dialogue compétitif (#4), le partenariat d'innovation (#5) et la procédure négociée sans publication préalable (#6)¹⁷². Pour la procédure #3, il n'est pas requis que le pouvoir adjudicateur se trouve dans les possibilités de recours

¹⁶⁹ Ou, alternativement et pour rappel, en tant qu'opérateur économique ayant 30% de leur personnel constitué de personnes défavorisées.

¹⁷⁰ Voir avis du Conseil de la concurrence sur site de la Chambre des Députés, www.chd.lu (dossier parlementaire n°6831).

¹⁷¹ Pour rappel, l'entièreté de ces services sociaux et spécifiques est énumérée à l'annexe I du Projet de loi transposant l'annexe XIV de la Directive 2014/24/UE. Il est à noter que les services de santé, sociaux, et culturels d'envergure européenne « réservés » au Livre II et expressément désignés par leurs codes CPV respectifs constituent un sous-ensemble des services sociaux énumérés à l'annexe I du Projet de loi (annexe XIV de la directive) pour lesquels un régime assoupli est prévu. En cas de réservation de marché pour ce sous-ensemble de services, le régime assoupli prévu ici ne s'applique pas.

¹⁷² En cas de recours à cette procédure #6, les « règles de publicité à respecter » selon l'article 78 de la Directive 2014/24/UE consistent en un simple avis d'attribution de marché.

prévues à l'article 26 de la Directive 2014/24/UE¹⁷³, ce qui a pour effet d'assouplir l'esprit de l'approche « boîte à outils » de la directive. De plus, seul le respect des principes fondamentaux de transparence et d'égalité de traitement est imposé, sous condition¹⁷⁴ (par opposition aux principes de non-limitation artificielle de la concurrence, de traitement « proportionné » des marchés, ou encore de décision d'adjudication dans les « meilleurs délais »¹⁷⁵).

La Chambre de Commerce n'a pas d'objection particulière à relever sur ce régime assoupli, si ce n'est qu'**elle envisage difficilement comment des marchés sociaux puissent jamais atteindre le seuil européen des 750.000 EUR**, ceci par opposition aux marchés spécifiques qui, de par leur nature, pourraient atteindre ce seuil plus rapidement.

Plus important encore, **la Chambre de Commerce se doit d'émettre une forte réserve face à la transposition de ce régime assoupli au bénéfice des marchés sociaux et spécifiques d'envergure nationale** n'atteignant pas le seuil européen des 750.000 EUR - et donc, vraisemblablement au bénéfice d'une majorité de ces marchés, en tout cas au moins en ce qui concerne les services sociaux.

Aux yeux de la Chambre de Commerce, le niveau de mise en concurrence sur ces marchés est trop peu élevé, et il pourrait difficilement être accepté pour des marchés dont la valeur peut théoriquement atteindre 749.999 EUR.

Le niveau de mise en concurrence sur ces marchés apparaît trop faible, au moins pour les raisons suivantes :

- en vertu de l'article 20 paragraphe (4) du Projet de loi¹⁷⁶, les pouvoirs adjudicateurs « peuvent » recourir « en toute hypothèse » à la procédure négociée (équivalente à la procédure #6 de l'encadré 2). Or, pour rappel, il s'agit là d'une procédure sans publicité (donc peu concurrentielle), ouverte uniquement aux opérateurs économiques directement invités par un pouvoir adjudicateur ;
- au vu du commentaire des articles 76 et 77, les pouvoirs adjudicateurs « disposent » également « de la possibilité » de recourir à la procédure restreinte sans publication d'avis. Pour rappel, il s'agit d'une procédure sans publicité de type « #2bis » uniquement prévue pour les marchés nationaux (voir tableau 2 ci-dessus), selon laquelle les pouvoirs adjudicateurs ne publient pas d'appel à la concurrence, mais adressent une demande d'offre à au moins trois opérateurs économiques. La Chambre de Commerce renvoie à son commentaire des articles 76 et 77 du Projet de loi (Livre II) ci-dessous : selon le commentaire de ces articles (page 49/67), il semblerait que la volonté du législateur soit de prévoir une procédure négociée (#6) ou restreinte sans publication d'avis (#2bis) en cas de marchés de services sociaux ou spécifiques d'envergure nationale. Or, la lecture conjointe des articles 17 et 20 du

¹⁷³ Transposé à l'article 63 du Projet de loi (Livre II, voir encadré 2). Pour rappel, les « possibilités de recours » attachées à la procédure #3 sont les suivantes : besoin d'adapter des solutions existantes, besoin de concepts/solutions innovants, complexité du marché, difficulté dans la définition des spécifications techniques, procédures ouvertes (#1) ou restreintes (#2) pour lesquelles seules des offres « irrégulières » ou « inacceptables » ont été reçues, principalement. A noter que ces conditions demeurent applicables en cas de recours à la procédure #4 du dialogue compétitif.

¹⁷⁴ Principalement sous la condition que les pouvoirs adjudicateurs soient en mesure d'appliquer des critères de qualité spécifiques pour les choix des prestataires desdits services, tels que ceux définis dans le cadre volontaire européen pour la qualité des services sociaux et publiés par le Comité de la protection sociale (CPS).

¹⁷⁵ Voir article 12 du Projet de loi (Livre I) transposant l'article 18 de la Directive 2014/24/UE.

¹⁷⁶ Article 20 paragraphe (4) du Projet de loi (ne transposant aucun article de la Directive 2014/24/UE) : « *Les marchés publics pour services sociaux et pour d'autres services spécifiques visés à l'article 76 [Livre I] et 148 [Livre III], et qui tombent dans le champ d'application du Livre I, peuvent en toute hypothèse être attribués par voie de procédure négociée.* ».

Projet de loi ne permet nulle part le recours à la procédure #2bis alors que, dans l'état actuel des textes, la procédure #6 est bien permise. A noter aussi qu'à la lecture de l'article 17 du Projet de loi, une procédure ouverte (#1) et restreinte avec publication d'avis (#2) est également concevable pour les marchés sociaux et spécifiques d'envergure nationale, ce qui ne semble pas être la volonté du législateur à la lecture de son commentaire des articles 76 et 77 du Projet de loi.

Ce type de marché tombant sous les dispositions du Livre I, plusieurs critiques que la Chambre de Commerce a déjà émises vis-à-vis de sa transposition « à la carte » (voir section 1) demeurent d'autant plus valables dans ce contexte :

- la Chambre de Commerce rappelle que les opérateurs économiques faisant offre sur des marchés d'envergure nationale ne peuvent pour l'instant pas être obligatoirement informés de la pondération (ou le cas échéant : de la hiérarchisation) des critères de sélection de leurs offres¹⁷⁷ - ce qui est d'autant moins justifiable pour des marchés pouvant théoriquement atteindre une valeur de 749.999 EUR ;
- au cas où il serait choisi de recourir à une autre procédure que les procédures peu concurrentielles #6 et #2bis auxquelles il est possible d'avoir recours dans le présent contexte, la Chambre de Commerce rappelle que des avis de préinformation ne sont pas prévus pour les marchés régis par le Livre I, alors qu'ils permettent aux opérateurs économiques de planifier la préparation de leurs offres¹⁷⁸ - ce qui n'est pas anodin pour des marchés pouvant théoriquement atteindre un montant de 749.999 EUR ;
- toujours au cas où il serait choisi de recourir à une autre procédure que les procédures #6 et #2bis, des avis de marché ne sont pas non plus prévus pour les marchés régis par le Livre I, ni même d'ailleurs des avis d'attribution, contrairement à ce que la Directive 2014/24/UE impose pour les marchés de services sociaux et de services spécifiques d'envergure européenne¹⁷⁹ ;
- enfin, la Chambre de Commerce rappelle que les délais de soumission du Livre I sont trop courts (certes, en ligne avec l'esprit de la directive) et trop flous¹⁸⁰.

Pour toutes ces raisons, la Chambre de Commerce recommande que des seuils inférieurs au seuil théorique de 749.999 EUR soient prévus dans le Projet de loi pour les marchés sociaux et spécifiques d'envergure nationale.

De tels seuils intermédiaires nationaux pourraient être définis dans le cadre de travaux issus d'un GT technique.

Pour les marchés de services sociaux et spécifiques d'envergure nationale tombant sous les seuils intermédiaires, l'on pourrait prévoir le régime moins concurrentiel tel qu'exprimé par les auteurs (dont principalement le recours prévu aux procédures peu concurrentielles que sont les procédures #6 et #2bis), ceci moyennant plusieurs corrections d'ordre légistique permettant de

¹⁷⁷ Pour rappel, voir le commentaire des articles 13 et 46 du Projet de règlement grand-ducal (Livre II) ci-dessous.

¹⁷⁸ Pour rappel, voir le commentaire des articles 45 (Livre I) et 157 (Livre II) du Projet de règlement grand-ducal ci-dessous. Voir également le commentaire des articles 190 et 191 du même Projet de règlement grand-ducal ci-dessous.

¹⁷⁹ Voir le commentaire des articles 190 et 191 Projet de règlement grand-ducal (Livre II) ci-dessous.

¹⁸⁰ Pour rappel, voir le commentaire des articles 47 et 49 du Projet de règlement grand-ducal (Livre I) ci-dessous.

lever les contradictions relevées par la Chambre de Commerce au commentaire des articles 76 et 77 du Projet de loi ci-dessous.

A contrario, pour les marchés excédant ces seuils intermédiaires mais n'atteignant pas le seuil européen de 750.000 EUR, un régime davantage concurrentiel (idéalement : le régime assoupli européen du Livre II), devrait être considéré.

7. La notion d'« offre économiquement la plus avantageuse » à clarifier dans le cadre de travaux issus d'un GT technique

Comme indiqué dans l'encadré 1, la Directive 2014/24/UE a pour objectif d'encourager les Etats membres à soutenir l'innovation à travers les marchés publics, et étoffe les dispositions permettant le cas échéant de mettre l'accent sur la qualité des achats plutôt que sur le prix le plus bas. Ces règles européennes sont reprises au Livre I du Projet de loi, les rendant de ce fait applicables à tous les marchés publics luxembourgeois.

Pour ce faire, la Directive 2014/24/UE répond à deux questions précises :

- (1) comment préciser les caractéristiques requises de travaux, services et fournitures dans les documents de marchés ? Il s'agit de la question des critères d'attribution de marchés tels que spécifiés aux articles 35 et 37 du Projet de loi¹⁸¹ ; et,
- (2) à quelles conditions peut-on exiger la preuve du respect des critères d'attribution de la part des opérateurs économiques ? Il s'agit de la question des spécificités techniques, labels et autres rapports d'essais telle que traitée à l'article 36 du Projet de loi¹⁸².

Si la question des documents attestant du respect des critères d'attribution n'apporte pas de commentaire particulier de la part de la Chambre de Commerce, celle des critères d'attribution eux-mêmes se doit d'être approfondie car, comme le considérant de l'article 67 l'indique, « *les critères d'attribution constituent une notion essentielle de la présente directive* » qui méritent d'être explicités de la manière « *la plus simple et la plus rationnelle possible* ».

Ainsi, les critères d'attribution d'une offre se basent sur la notion-phare de l'« **offre économiquement la plus avantageuse** », **retravaillée dans la Directive 2014/24/UE afin d'encourager les pouvoirs adjudicateurs à davantage tenir compte de critères de nature qualitative, sociale ou environnementale, plutôt que du seul prix le plus bas.**

Dans l'ancienne Directive 2004/18/CE, l'offre économiquement la plus avantageuse était un critère d'attribution en soi (critère 1/2 de la directive¹⁸³), différent de celui du « prix le plus bas » (critère 2/2¹⁸⁴). Des notions de « qualité » ou de « caractéristiques environnementales » faisaient déjà partie de celle de l'offre économiquement avantageuse sous l'ancienne directive,

¹⁸¹ Transposant les articles 67 et 68 de la Directive 2014/24/UE et n'appelant pas de commentaire particulier de la part de la Chambre de Commerce, si ce n'est les présentes considérations générales.

¹⁸² Transposant l'article 42 de la Directive 2014/24/UE. La question des spécifications techniques, labels et autres documents officiels est également traitée aux articles 16 à 18 du Projet de règlement grand-ducal (Livre I) transposant les articles 42 à 44 de la Directive 2014/24/UE (et n'appelant pas non plus de commentaire particulier de la part de la Chambre de Commerce).

¹⁸³ Aux termes du paragraphe 1^{er} alinéa 1^{er} de l'article 53 de la Directive 2004/18/CE, « *les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les marchés publics sont soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, divers critères liés à l'objet du marché public en question : par exemple, la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution* ».

¹⁸⁴ Aux termes du paragraphe 1^{er} alinéa 2 de l'article 53 de la Directive 2004/18/CE, « *soit uniquement le prix le plus bas* ».

mais les deux critères d'attribution étant mutuellement exclusifs¹⁸⁵, il était tentant pour les pouvoirs adjudicateurs d'avoir recours au seul prix le plus bas.

Dans la nouvelle Directive 2014/24/UE, le prix et le coût font partie intégrante de la notion d'offre économiquement la plus avantageuse¹⁸⁶, afin d'encourager les pouvoirs adjudicateurs à tenir compte à la fois du prix (coût) et d'autres critères de nature qualitative, sociale ou environnementale. Ces critères sont d'ailleurs davantage précisés à l'article 67 de la Directive 2014/24/UE par rapport au passé, et des notions nouvelles y apparaissent, comme celles des « caractéristiques sociales » et « caractéristiques innovantes ».

Il est à noter que, **bien qu'elle ne l'encourage pas, la Directive 2014/24/UE n'interdit pas non plus le recours au seul prix le plus bas** : l'interdiction de recourir au seul prix le plus bas n'est qu'une option donnée par celle-ci¹⁸⁷, que les auteurs des textes avisés ont choisi de ne pas suivre (contrairement à l'Ecosse par exemple¹⁸⁸), ce que la Chambre de Commerce salue expressément. En effet, s'il est important que les pouvoirs adjudicateurs aient davantage recours à des critères de nature qualitative, sociale ou environnementale à l'avenir, il est également nécessaire que la possibilité de recourir au prix le plus bas demeure, ne serait-ce que pour de petits marchés n'ayant aucune incidence particulière sur l'environnement par exemple.

Aux termes de l'article 67 de la Directive 2014/24/UE, l'on comprend encore que l'offre économiquement la plus avantageuse peut être déterminée selon une approche fondée sur le rapport « **coût/efficacité** » telle que le coût du cycle de vie¹⁸⁹ et qu'elle « peut » (et idéalement, selon le considérant de l'article 67 de la directive : « devrait ») tenir compte du meilleur « **rapport qualité/prix** » (la « qualité » au numérateur de ce ratio étant évaluée sur base de critères de nature qualitative, sociale ou environnementale tels que spécifiés à l'article 67 de la directive). Ainsi :

¹⁸⁵ Cf. recours aux termes « soit » l'offre économiquement la plus avantageuse, « soit » le prix le plus bas à l'article 53 de la Directive 2004/18/CE.

¹⁸⁶ Aux termes de l'article 67 de la Directive 2014/24/UE : « les pouvoirs adjudicateurs se fondent, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/ efficacité, telle que le coût du cycle de vie [défini à l'article 68 de la directive] et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/ prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants : a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions ; b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché ; ou c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution. Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité. »

¹⁸⁷ Toujours aux termes de l'article 67 de la Directive 2014/24/UE : « les Etats membres peuvent prévoir que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas uniquement utiliser le prix ou le coût comme seul critère d'attribution ou limiter cette utilisation à certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou certains types de marchés ».

¹⁸⁸ Source : EIPA. Avril 2016. *Implementing the procurement directive: Policy choices and experiences*. Maastricht: EIPA.

¹⁸⁹ Comme son nom l'indique, le coût de cycle de vie tient compte des coûts encourus à tous les stades de la commande publique, notamment lors de son acquisition, utilisation, maintenance, ou encore en fin de vie (collecte et recyclage). Les coûts liés aux externalités environnementales, c.-à-d. aux effets secondaires (positifs ou négatifs) que peuvent provoquer un marché donné sur l'environnement, peuvent être pris en compte dans ce calcul à condition qu'ils puissent être monétisés, comme c'est notamment le cas avec les émissions de gaz à effet de serre. Jusqu'à ce jour, une seule méthode de calcul du coût du cycle de vie est obligatoire au sein de l'UE, à savoir celle préconisée dans la directive 2009/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de véhicules de transport routier propres et économes en énergie (ci-après la « Directive 2009/33/CE »), recensée à l'annexe XIII de la Directive 2014/24/UE et qui pourra être complétée par d'autres méthodes du coût du cycle de vie à l'avenir.

Graphique 3 - L'offre économiquement la plus avantageuse

$$\text{Offre économiquement la plus avantageuse} = \text{rapport} \frac{\text{Coût}}{\text{Efficacité}}$$
$$\text{et si possible} = \text{meilleur rapport} \frac{\text{Qualité}}{\text{Prix}}$$

Enfin, toujours selon l'article 67 de la directive, une nouvelle possibilité est introduite en ce sens que le « *facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques sont en concurrence sur les seuls critères de qualité* ». Un pouvoir adjudicateur peut donc fixer un prix ou un coût à l'avance et demander aux opérateurs économiques de faire offre en fonction de celui-ci, offre qui sera ensuite jugée exclusivement selon des critères de nature qualitative, sociale ou environnementale.

Il va de soi que les notions présentées ici sont d'un ordre technique, intelligibles davantage des initiés que des observateurs externes. Et, **si les spécialistes reconnaissent qu'une plus grande précision des critères d'attribution permet plus de transparence dans le processus d'évaluation des offres, ils reconnaissent également qu'à ce stade, il n'est pas encore clair comment ces critères pourront être utilisés à meilleur escient en pratique**¹⁹⁰. *In fine*, seule l'analyse de cas pratiques et la publication de davantage d'instructions de la part de la Commission européenne permettront d'en améliorer la compréhension.

De plus, la Chambre de Commerce relève qu'une notion de rapport « coût/efficacité » a déjà été introduite à l'article 1^{er} de la directive 2010/31/UE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 sur la performance énergétique des bâtiments¹⁹¹ (ci-après la « Directive 2010/31/UE »), transposée au Luxembourg dans le règlement grand-ducal modifié du 31 août 2010 concernant la performance énergétique des bâtiments fonctionnels (ci-après le « Règlement grand-ducal du 31 août 2010 »). Cette notion, notamment précisée à l'article 2 de la Directive 2010/31/UE¹⁹², semble tenir compte du cycle de vie des bâtiments sans pour autant se référer explicitement au concept (le terme « durée de vie économique » des bâtiments est utilisé).

En outre, l'article 154 du Projet de règlement grand-ducal sous avis, intitulé « Exigences en matière d'efficacité énergétique » et commenté *in extenso* ci-dessous, introduit à son tour des notions d'« efficacité par rapport au coût », de « durabilité au sens large », de « faisabilité économique » ou encore d'« adéquation technique », renforçant encore l'incertitude régnant autour de ces termes.

Enfin, les articles 8 à 12 du Projet de règlement grand-ducal¹⁹³ introduisent trois notions différentes de « modes d'offres de prix » relativement particuliers pouvant être exprimés (i) à

¹⁹⁰ Source : EIPA. Avril 2016. *Implementation of the procurement directive : The approach in Denmark*. Maastricht : EIPA

¹⁹¹ Article 1 de la Directive 2010/31/UE : « La présente directive promeut l'amélioration de la performance énergétique des bâtiments dans l'Union, compte tenu des conditions climatiques extérieures et des particularités locales, ainsi que des exigences en matière de climat intérieur et du rapport coût/efficacité. »

¹⁹² Article 2 paragraphe (14) de la Directive 2010/31/UE : « 'niveau optimal en fonction des coûts' », [soit] le niveau de performance énergétique qui entraîne les coûts les plus bas sur la durée de vie économique estimée lorsque : (a) le coût le plus bas est déterminé en prenant en compte les coûts d'investissement liés à l'énergie, les coûts de maintenance et de fonctionnement (y compris les coûts de l'énergie, les économies, la catégorie du bâtiment concerné, les bénéfices provenant de l'énergie produite), le cas échéant, et les coûts d'élimination, le cas échéant; et (b) la durée de vie économique estimée est déterminée par chaque État membre. (...). »

¹⁹³ Ne transposant aucun article de la Directive 2014/24/UE, mais repris du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 : Voir commentaire des articles 8 à 12 du Projet de règlement grand-ducal ci-dessous.

« prix unitaires » (poids ou mesures, par exemple), (ii) au « prix de revient » (coût des matières premières, taux de salaires, par exemple) ou (iii) à « prix global ». Dans le commentaire de ces articles ci-dessous, la Chambre de Commerce se demande dans quelle mesure ces différents modes d'offres de prix s'intègrent dans la notion d'offre économiquement la plus avantageuse.

Face aux nombreux concepts régissant la notion d'offre économiquement la plus avantageuse, non réconciliés entre différentes sources légales et, en général, encore mal appréhendés, **la Chambre de Commerce en appelle à ce qu'un GT technique (voire éventuellement plusieurs GT techniques sectoriels) soit mis sur pied, permettant notamment de développer des lignes directrices précises à destination tant des pouvoirs adjudicateurs que des opérateurs économiques.**

Il semblerait que ce soit une approche que veuille privilégier le MDDI, bien que l'output de ce GT serait davantage destiné aux seuls pouvoirs adjudicateurs¹⁹⁴ :

« La nouvelle législation fournit un 'cadre'. Pour les pouvoirs adjudicateurs qui disposent déjà d'une certaine expérience dans la définition des critères d'attribution, les précisions apportées dans le projet de loi par les nouvelles directives sont susceptibles de procurer une sécurité juridique supplémentaire comparée à la situation actuelle. Pour les autres, un certain accompagnement s'avère nécessaire pour les encourager à tirer profit des instruments mis à leur disposition. (...) Concrètement, il est proposé de procéder à l'établissement d'un groupe de travail en vue d'élaborer un Leitfaden relatif aux critères en lien avec le développement durable pour les marchés publics de fournitures. L'objectif serait la création d'une base de données, disponible à [sic] tous les acheteurs publics en un endroit unique avec, par exemple : des fiches techniques, des informations concrètes quant aux modes de vérification, des critères clés, etc.(...) Idéalement, les résultats issus des différentes initiatives (donc pas uniquement du GT relatif aux achats de fournitures), devraient pouvoir être rendus accessibles à tous les acheteurs publics, par exemple par le biais du Portail des marchés publics ».

La Chambre de Commerce demande à ce que l'output de ce GT soit partagé non seulement avec les pouvoirs adjudicateurs, mais également au bénéfice des opérateurs économiques. Une approche davantage inclusive (même tripartite) a d'ailleurs été choisie par le Danemark afin de résoudre les défis posés par la Directive 2014/24/UE¹⁹⁵, dont celui de l'interprétation des critères d'attribution, un défi jugé clé par les représentants danois¹⁹⁶:

« A Government Committee was appointed [made of] 16 representatives from contracting authorities (8), trade associations, labour unions, the bar and chaired by the head of the Danish Competition and Consumer Agency. The desired goal [of the Committee is] to achieve more clarity and more flexibility, i.e. gaining a better political and practical control of any room for flexibility in the rules, rather than leaving any such room to the discretion of the Danish Complaints Board for Public Procurement or the Danish courts. »

¹⁹⁴ Source : MDDI. Avril 2016. « Le projet de loi sur les marchés publics (et son projet de règlement d'exécution) - Partie spéciale : Les règles permettant de mettre l'accent sur la qualité dans les achats publics plutôt que sur le prix le plus bas ». Luxembourg : MDDI.

¹⁹⁵ En vigueur depuis le 1^{er} janvier 2016 dans ce pays.

¹⁹⁶ Source : EIPA. Avril 2016. *Implementation of the procurement directive : The approach in Denmark*. Maastricht : EIPA.

B. Commentaires des articles

1. Articles du Projet de loi et leurs amendements

Livre I - Dispositions générales

Article 12 : Principes de la passation de marchés

Le contenu du paragraphe (2) de l'article 18 de la Directive 2014/24/UE est transposé à cet article, n'appelant pas de commentaire particulier de la part de la Chambre de Commerce. L'article 12 contient également trois dispositions reprises de la Loi du 25 juin 2009, dont deux sont commentées ici.

Au paragraphe (2) de l'article 12, il est spécifié que « *les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce que, lors de la passation des marchés publics, il soit tenu compte des aspects et des problèmes liés à l'environnement et à la promotion du développement durable* ». La Chambre de Commerce se demande si cette disposition a lieu d'être maintenue face aux nouveaux outils stratégiques européens permettant de prendre en compte ces aspects dans les marchés publics (voir section 6 ci-dessus). L'outil dit des « conditions d'exécution particulières », transposé au Livre I et donc applicable à tous les marchés publics luxembourgeois d'envergure nationale, est particulièrement pertinent au stade de la passation de ceux-ci.

Au paragraphe (3) de l'article 12 régissant les délais d'adjudication, il est en outre spécifié que les pouvoirs adjudicateurs informent « dans les meilleurs délais » les opérateurs économiques de leur décision d'attribution. Comme il le sera expliqué au commentaire des articles 50 et 51 du Projet de règlement grand-ducal ci-dessous, les délais d'adjudication prévus tant au niveau européen que luxembourgeois sont une déception. En effet, une telle formulation ne permet pas de s'assurer qu'un délai d'adjudication minimum soit respecté en pratique, ce qui peut être source d'importante insécurité opérationnelle (planification, gestion de personnel ou de trésorerie, par exemple), notamment pour les PME et TPE dont le chiffre d'affaires dépend fortement de la commande publique.

Article 17 : Désignation des procédures applicables dans le cadre du Livre I

La Chambre de Commerce constate tout d'abord que, selon les termes actuels de l'alinéa 1^{er} du paragraphe 1^{er} de l'article 17 du Projet de loi¹⁹⁷, il est concevable que les marchés de services sociaux et spécifiques d'envergure nationale soient passés par procédure ouverte (#1) ou par procédure restreinte avec publication d'avis (#2), en plus de la procédure restreinte sans publication d'avis (#2bis) ou négociée (#6). Or, telle ne semble pas être la volonté des auteurs dans leur commentaire des articles 76 et 77 du Projet de loi, qui semblent vouloir privilégier les procédures sans publicité (et donc : moins concurrentielles) de type #2bis et #6 dans ce contexte (voir le commentaire des articles 76 et 77 du Projet de loi ci-dessous pour davantage de détails à ce sujet).

La Chambre de Commerce fait ensuite remarquer que la référence de l'alinéa 3 du paragraphe 1^{er} de l'article 17 renvoyant à l'article 20 du Projet de loi, intitulé « Conditions de

¹⁹⁷ Cf. Article 17 paragraphe 1^{er} alinéa 1^{er} du Projet de loi (ne transposant aucun article de la Directive 2014/24/UE) : « *Les procédures applicables aux marchés dont la valeur se situe sous les seuils visés à l'article 52 [« Montants et seuils » du Livre II, dont les seuils applicables aux marchés de services sociaux et spécifiques] sont : - la procédure ouverte [#1], - la procédure restreinte, avec [#2] ou sans publication d'avis [#2bis], - la procédure négociée [#6].* ».

recours à la procédure restreinte sans publication d'avis (#2bis) et à la procédure négociée (#6) », est erronée :

« Le recours à la procédure restreinte [#2] ou à la procédure négociée [#6] n'est possible que dans les cas et suivant les modalités prévues à l'article 20. ».

A cet alinéa, il s'agit de faire référence à la procédure effectivement régie par ledit article 20, soit à la « *procédure restreinte sans publication* » (#2bis), et non à la « *procédure restreinte* » (#2).

La Chambre de Commerce fait également remarquer que la référence du paragraphe (3) de l'article 17 à l'article 97 du Livre III, intitulé « Extraction de pétrole et de gaz et exploration et extraction de charbon et autres combustibles solides », est erronée. La référence en question concerne les seuils applicables aux marchés régis par le Livre III et, dès lors, elle devrait renvoyer à l'article 98 du Projet de loi intitulé « Montants et seuils [applicables au Livre III] ».

La Chambre de Commerce insiste également sur le fait que les délais prévus par le Projet de règlement grand-ducal sous avis pour les marchés d'envergure nationale régis par le Livre I sont insatisfaisants car trop courts et rédigés de manière trop floue à ses yeux¹⁹⁸. Or, le paragraphe (3) de l'article 17 renvoie aux « *délais applicables aux marchés passés dans le cadre du Livre I* » pour les marchés issus des secteurs spéciaux (pour rappel : régis par le Livre III) lorsque leurs seuils sont inférieurs à ceux prévus par la Directive 2014/25/UE¹⁹⁹. Le même problème se pose donc pour ces marchés, et il s'agit d'une raison supplémentaire pour revoir ces délais.

Article 19 : Conditions de recours à la procédure restreinte avec publication d'avis

Cet article reprend la règle figurant à l'article 7 de la Loi du 25 juin sur les marchés publics et qui fixe les seuils au-dessus desquels il peut être recouru à la procédure restreinte avec publication d'avis (#2), à savoir 125.000 EUR pour les marchés de travaux et 625.000 EUR en cas de réalisation d'un ouvrage par une entreprise générale. Toujours selon cet article, lorsque la valeur estimée de tels marchés dépasse ces deux montants, il « peut » (ce n'est pas une obligation) être recouru à la procédure restreinte avec publication d'avis (#2).

La Chambre de Commerce renvoie à son commentaire de l'article 152 du Projet de règlement grand-ducal ci-dessous. En effet, cet article prévoit également un seuil que l'on pourrait qualifier d'« intermédiaire » pour les travaux régis par le Livre I²⁰⁰, soit un seuil de 60.000 EUR en-deçà duquel une procédure restreinte sans publication d'avis (#2) ou une procédure négociée (#6) peut être envisagée.

Aux yeux de la Chambre de Commerce, il incombe de s'entendre sur un seuil intermédiaire unique pour ces marchés.

De manière générale, la Chambre de Commerce appelle à ce que soit créé un GT technique, voire plusieurs GT techniques sectoriels, permettant de définir des seuils

¹⁹⁸ Voir le commentaire des articles 47 et 49 du Projet de règlement grand-ducal ci-dessous.

¹⁹⁹ Pour rappel, un récapitulatif des seuils européens pour tous les marchés considérés par la réforme en cours est présenté en **annexe 1**.

²⁰⁰ A noter que l'article 152 du Projet de règlement revu ci-dessous s'applique également aux marchés de services et de fournitures régis par le Livre I.

intermédiaires pour l'ensemble des marchés considérés au Livre I. Qui plus est, outre le recours à une procédure plus concurrentielle, comme la procédure #2, d'autres aspects relevant de la passation des marchés publics devraient être considérés lorsque ces seuils sont dépassés, comme : l'existence d'avis de préinformation, le recours au DUME, la pondération (ou à défaut, la hiérarchisation) obligatoire des offres, parmi de nombreux autres aspects abordés à travers le présent avis.

Plus simplement, il pourrait être envisagé que les règles applicables au Livre II le soient également dans de tels cas de figure.

Article 20 : Conditions de recours à la procédure restreinte sans publication d'avis et à la procédure négociée

Comme déjà montré dans le tableau 2 ci-dessus, les paragraphes (1) à (6) de l'article 20 énumèrent les conditions sous lesquelles une procédure sans publicité (donc peu concurrentielle), soit la procédure restreinte sans publication d'avis (#2bis) ou la procédure négociée (#6), peut être envisagée pour les marchés d'envergure nationale.

Le paragraphe 1^{er} de l'article 20, pour lequel une procédure #2bis ou #6 est envisageable, pose deux problèmes en particulier aux yeux de la Chambre de Commerce.

Premièrement, elle constate que les possibilités de recours énumérées au paragraphe 1^{er} de l'article 20 sont choisies « à la carte » parmi celles prévues dans le Livre II et la Directive 2014/24/UE régissant, d'une part, la procédure concurrentielle avec négociation (#3) et le dialogue compétitif (#4) et, d'autre part, la procédure négociée (#6) (pour rappel : voir encadré 2 ci-dessus pour un récapitulatif des possibilités de recours aux procédures #3, #4 et #6 rendues possibles par la directive).

Qu'est-il entendu par « à la carte » ?

- par exemple, le cas d'une « procédure inacceptable » telle que spécifiée par la Directive 2014/24/UE, applicable tant à la procédure concurrentielle avec négociation (#3) qu'au dialogue compétitif (#4) dans le Livre II, est repris au paragraphe 1^{er} de l'article 20. La Chambre de Commerce se demande pourquoi cette possibilité de recours est retenue ici, alors que toutes les autres prévues au Livre II et par la Directive 2014/24/UE ne le sont pas (par exemple, en cas de besoin de solution innovante, de complexité, d'offre irrégulière, etc.) ;
- ou encore, la plupart des possibilités de recours relatives à la procédure négociée (#6) du Livre II sont bien reprises au paragraphe 1^{er} de l'article 20 (raisons artistiques, techniques, urgence impérieuse, etc.). Or, il en manque (ex. en cas d'offre inappropriée) et la Chambre de Commerce ne voit pas pourquoi celles-ci ne pourraient pas être envisagées ici ;
- par extension, l'on peut se demander pourquoi certaines possibilités de recours sont rendues possibles pour plusieurs procédures à la fois dans les marchés d'envergure nationale²⁰¹, alors que l'approche « *tool box* » de la Directive 2014/24/UE tend à prévoir des possibilités précises, pour chaque procédure²⁰².

²⁰¹ Par exemple, en cas de « procédure inacceptable », il est possible non seulement de recourir aux procédures #3 et #4 dans le Livre I, mais également aux procédures #2bis et #6 ; ou encore, les cas d'ordre artistique ou d'urgence impérieuse sont possibles pour les procédures #2bis et #6 du Livre I.

²⁰² A l'exception des procédures #3 et #4 du Livre II, pour lesquelles les possibilités de recours prévues par la Directive 2014/24/UE sont les mêmes (mais les étapes différentes, car plus nombreuses en procédure #4). A l'inverse, plusieurs (mais pas toutes) possibilités de recours prévues dans le Livre I sont similaires pour les procédures #2bis et #6, alors que leur mode procédural ne se

Deuxièmement, la Chambre de Commerce constate que **certains termes** utilisés au paragraphe 1^{er} du même article et décrivant les possibilités de recours selon lesquelles une procédure #2bis ou #6 est envisageable **ne sont prévus ni au Livre II du Projet de loi, ni dans la Directive 2014/24/UE**²⁰³. On ne trouve pas plus de précisions ni dans l'exposé des motifs ni dans le commentaire de l'article 20, ce qui risque de créer de la sorte une insécurité juridique à éviter.

Pour ces raisons, la Chambre de Commerce se demande si le principe de l'approche « tool box » de la Directive 2014/24/UE, selon lequel moins une procédure est concurrentielle plus les possibilités de recours y attachées sont encadrées et strictes, est bel et bien respecté dans le présent article.

Vu la complexité du remaniement opéré, la Chambre de Commerce demande à ce que le présent article soit analysé (ou en tout cas : expliqué et justifié) plus en profondeur, en amont de l'adoption du projet de texte.

Pour des raisons de simplification évidentes, la Chambre de Commerce se demande même si le remaniement détaillé ici ne devrait pas être abandonné au profit d'une transposition littérale des conditions de recours explicitement prévues par la Directive 2014/24/UE, dans le Livre I²⁰⁴.

Enfin, la Chambre de Commerce relève que les paragraphes (4) à (6) de l'article 20 prévoient chacun un recours à une procédure négociée (#6), soit sans publicité (donc peu concurrentielle), en cas de marchés exclus du champ de la Directive 2014/24/UE, à savoir :

- au paragraphe (4), les services sociaux et spécifiques inférieurs à 750.000 EUR (Livre II) ou à 1.000.000 EUR (Livre III), un point important, commenté *in extenso* au commentaire des articles 76 et 77 du Projet de loi ci-dessous, ainsi que dans les considérations générales ci-dessus (section 6) ;
- au paragraphe (5), les services exclus du Livre II aux termes des articles 55 à 61 du Projet de loi²⁰⁵, un point déjà commenté en détail dans les considérations générales (section 1) ci-dessus ;

distingue pas vraiment, hormis l'obligation d'inviter au moins trois opérateurs économiques dans la procédure #2bis, non prévue pour la procédure #6.

²⁰³ Il s'agit notamment des trois termes suivants, repris de l'article 8 de la Loi du 25 juin 2009 : (1) « *en présence d'offres 'non conformes'* » (point (b) du paragraphe 1^{er} de l'article 20), (2) « *pour autant que la passation du contrat soit urgente* » (point (b) du paragraphe 1^{er} de l'article 20) et (3) en cas de travaux / fournitures / services nécessitant une « *mise au point* » (point (c) du paragraphe 1^{er} de l'article 20). Il est à noter que plusieurs possibilités de recours reprises de la Loi du 25 juin 2009 aux paragraphes (1) à (3) de l'article 20 du Projet de loi apparaissent mieux définies. Il s'agit par exemple de marchés destinés à la Police Grand-Ducale ou à l'armée, de marchés d'une valeur inférieure à 8.000 EUR HTVA ou supérieure à ce montant (mais inférieure à 14.000 EUR HTVA), sous conditions, ou encore d'« achats d'opportunité » de fournitures (définis comme suit au paragraphe (2) : « *lorsqu'il est possible d'acquérir des fournitures en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui s'est présentée dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur les marchés ainsi que pour les achats de fournitures dans des conditions particulièrement avantageuses soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités soit auprès de curateurs ou liquidateurs, d'une faillite ou d'un concordat judiciaire* »).

²⁰⁴ Quitte à y rajouter certaines possibilités de recours reprises de la Loi du 25 juin 2009 mais pour lesquelles aucune ambiguïté n'est possible (marchés destinés à la Police Grand-Ducale ou à l'armée, « achats d'opportunités », etc.).

²⁰⁵ Pour rappel, sous certaines conditions, certains marchés de communication électronique, certains marchés subventionnés, certains marchés de R&D, de défense et de sécurité, ainsi que les services explicitement exclus de la Directive 2014/24/UE (à son article 10, transposé à l'article 56 du Projet de loi), à savoir : « a) l'acquisition ou la location de terrains / bâtiments existants ou d'autres bien immeubles quelles qu'en soient les modalités financières ; b) l'achat, le développement, la production ou coproduction de matériel de programmes destiné à des services de médias audiovisuels ou radiophoniques (...); c) les services d'arbitrage et de conciliation ; d) certains services juridiques [énumérés au point (d) de l'article 56] ; e) des services financiers liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers au sens de la loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers, des services fournis par des banques centrales et des opérations menées avec le Fonds européen de

- au paragraphe (6), les marchés exclus du Livre III aux termes des articles 100 à 105 du Projet de loi²⁰⁶, comme les marchés de services spéciaux passés à des fins de revente ou de location, les services d'arbitrage et de conciliation, certains services de conseil juridique (autres que les services juridiques spécifiques), certains services financiers et de prêts, certains marchés spéciaux non régis par le Livre III (tel que l'achat d'eau potable), entre autres.

Concernant les marchés exclus des Livres II et III, la Chambre de Commerce rappelle que, **s'il est vrai qu'il n'est pas jugé nécessaire que ces marchés soient mis en concurrence au niveau européen, il faut tout de même se demander si une mise en concurrence plus stricte que celle prévue aux paragraphes (5) et (6) ne pourrait pas être envisagée, en tout cas au moins pour les marchés de communications électroniques, de services immobiliers et de médias audiovisuels.**

Article 28 : Principes généraux [en matière de choix des participants et d'attribution des marchés]

Cet article énonce les principes généraux applicables au choix des participants et à l'attribution des marchés publics. Il s'agit des principes généraux établis au paragraphe 1^{er} de l'article 56 de la Directive 2014/24/UE complétés, aux paragraphes (2) à (4) de l'article, par des principes déjà énoncés dans le Règlement grand-ducal du 3 août 2009.

Aux yeux de la Chambre de Commerce, les principes repris du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 lui semblent redondants avec d'autres articles du Livre I transposés directement de la Directive 2014/24/UE, comme suit :

stabilité financière et le Mécanisme de stabilité ; f) des prêts, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers ; g) les contrats d'emplois ; h) les services de défense civile, de protection civile et de prévention des risques qui sont fournis par des organisations ou des associations à but non lucratif (...) ; i) les services publics de transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro ; j) les services liés aux campagnes politiques (...). ».

²⁰⁶ Transposant les articles 18 à 23 de la Directive 2014/25/UE. Il est à noter que la référence aux « articles 99 à 114 » du paragraphe (4) de l'article 20 faisant référence aux marchés exclus du Livre III pouvant faire l'objet d'une procédure négociée (#6) paraît erronée et devrait être remplacée par une référence aux « articles 100 à 105 ».

Principes de l'article 28 du Projet de loi repris du Règlement grand-ducal du 3 août 2009	Autres articles du Projet de loi et de la Directive 2014/24/UE équivalents	
Paragraphe (2)	<p>« En tout état de cause, les marchés ne peuvent être adjugés qu'aux opérateurs économiques qui, au jour de l'ouverture de la soumission, remplissent les conditions légales pour s'occuper professionnellement de l'exécution des travaux, de livraison des fournitures ou de la prestation des services qui font l'objet du contrat. Le cas échéant, les sous-traitants doivent remplir les conditions prévues ci-avant pour la part du marché qu'ils sont appelés à exécuter. ».</p>	<p>Redondant avec le 1^{er} critère de sélection (sur 3) dit de l' « aptitude à exercer l'activité professionnelle » prévu à l'article 30 paragraphe (2) du Projet de loi transposant l'article 58 paragraphe (2) de la Directive 2014/24/UE²⁰⁷.</p> <p>En outre, l'application de ce principe aux sous-traitants est redondant avec l'article 33 du Projet de loi transposant l'article 63 de la Directive 2014/24/UE et régissant le recours aux capacités d' « autres entités », y compris les sous-traitants, lorsqu'il s'agit de justifier leur adhérence aux trois critères de sélection et aux motifs d'exclusion « par tout moyen approprié », comme par exemple au moyen d'un engagement préalable de leur part ou d'extraits de leurs comptes annuels.</p>
Paragraphe (3)	<p>« Le choix de l'adjudicataire ne peut porter que sur des soumissionnaires dont la compétence, l'expérience,</p> <p>et les capacités techniques et financières,</p> <p>la situation fiscale et parafiscale,</p> <p>les moyens d'organisation en outillage matériel et personnel qualité, le degré d'occupation ainsi que la probité commerciale offrent les garanties pour une bonne exécution des prestations dans les délais prévus.</p>	<p>Redondant avec le 3^e critère de sélection (sur 3) dit de « capacités techniques et professionnelles » prévu à l'article 30 paragraphe (4) du Projet de loi transposant l'article 58 paragraphe (4) de la directive²⁰⁸.</p> <p>Redondant avec le 2^e critère de sélection (sur 3) dit de « capacité économique et financière » prévu au même article 30 paragraphe (3) du Projet de loi transposant l'article 58 paragraphe (3) de la directive²⁰⁹.</p> <p>Redondant avec le 2^e motif d'exclusion obligatoire (sur 2) prévu au paragraphe (2) de l'article 29 du Projet de loi transposant l'article 57 paragraphe (2) de la Directive 2014/24/UE.</p> <p>Redondant avec le 3^e critère de sélection (sur 3) de capacités techniques et professionnelles (voir ci-avant) ainsi qu'avec le contenu de l'annexe VI partie II (« capacité technique ») du Projet de loi transposant l'annexe XII de la Directive 2014/27/UE²¹⁰.</p> <p>Le terme « probité commerciale » apparaît également redondant avec le 1^{er} motif d'exclusion (sur 2) prévu au paragraphe 1^{er} de l'article 29 du Projet de loi transposant l'article 57 paragraphe 1^{er} de la Directive 2014/24/UE²¹¹.</p> <p>En outre, la Chambre de Commerce se demande ce qu'il est entendu par le « degré d'occupation ».</p>
Paragraphe (4)	<p>« Il ne peut être exigé des candidats ou soumissionnaires que des niveaux minimaux de capacité liés ou proportionnés à l'objet du marché ».</p>	<p>Redondant avec l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} de l'article 30 du Projet de loi transposant l'article 58 paragraphe 1^{er} de la Directive 2014/24/UE²¹².</p>

²⁰⁷ « En ce qui concerne l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer aux opérateurs économiques d'être inscrits sur un registre professionnel ou sur un registre du commerce de leur Etat membre d'établissement, visé à l'annexe V [soit « pour le Luxembourg : le 'registre aux firmes' (sic) et le 'rôle de la Chambre des métiers' (sic)], ou de se conformer à toute autre exigence énoncée dans ladite annexe. (...) ».

²⁰⁸ « En ce qui concerne les capacités techniques et professionnelles, les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger notamment que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement. (...) Dans les procédures de passation de marché de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation, de services ou de travaux, la capacité professionnelle des opérateurs économiques (...) peut être évaluée en vertu de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité. »

²⁰⁹ « En ce qui concerne la capacité économique et financière, les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer aux opérateurs économiques des conditions garantissant que ceux-ci possèdent la capacité économique et financière nécessaire pour exécuter le marché. A cette fin, les pouvoirs adjudicateurs peuvent en particulier exiger que les opérateurs économiques réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal donné (...). En outre, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que les opérateurs économiques fournissent des informations sur leurs comptes annuels indiquant le rapport, par exemple, entre les éléments d'actif et de passif. Ils peuvent également exiger un niveau approprié d'assurance des risques professionnels. (...) ».

²¹⁰ « Les moyens de preuve attestant des capacités techniques des opérateurs économiques sont : (...) c) la description de l'équipement technique (...) i) une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services ou l'entrepreneur disposera pour la réalisation du marché (...) ».

²¹¹ « Les pouvoirs adjudicateurs excluent un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché lorsqu'ils ont établi (...) ou qu'ils sont informés, de quelque autre manière, que cet opérateur économique a fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement définitif pour l'une des raisons suivantes : [liste de condamnations pénales de type infraction pour participation à une organisation criminelle, relative à la corruption, etc.] ».

²¹² « Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent imposer comme conditions de participation aux opérateurs économiques que les [trois] critères [de sélection] visés. Ils limitent ces conditions à celles qui sont propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose de la capacité juridique et financière ainsi que des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer. Toutes les conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché. ».

Sur cette base, un remaniement de ces paragraphes devrait être considéré.

Articles 31 : Moyen de preuve

L'article 31 du Projet de loi régit la question des documents permettant de juger des cas d'exclusion ou de sélection d'un opérateur économique et de ses sous-traitants dans les marchés d'envergure nationale. La Chambre de Commerce revient sur cet article lorsqu'elle traite la question de la sous-traitance, soit dans le commentaire de l'article 24 paragraphe (2) du Projet de règlement grand-ducal ci-dessous.

Articles 39 à 41 : Renonciation à une mise en adjudication et annulation

Ces articles sont repris des articles 83 et 91 à 93 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 régissant la renonciation à une mise en adjudication et l'annulation. En effet, si la Directive 2014/24/UE contient désormais davantage de règles procédurales concernant la phase d'attribution des marchés, elle ne contient pas de règles relatives à la renonciation et à l'annulation en cours d'adjudication.

Or, la Cour administrative luxembourgeoise avait déjà défini la « renonciation » et l'« annulation » dans son arrêt du 20 octobre 2015, une définition qui avait été inscrite aux articles 83 et 91 à 94 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009. Pour cette raison, les auteurs ont décidé de reprendre ces définitions aux articles 39 à 41 du Projet de loi, ce à quoi la Chambre de Commerce ne s'oppose pas.

La Chambre de Commerce se demande tout de même pourquoi, contrairement à ce qui est annoncé dans le commentaire des articles 39 à 41²¹³ (page 30/67), l'article 94 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009²¹⁴ n'est pas repris ici au même titre que les articles 83 et 91 à 93.

Article 49 : Clause préférentielle en faveur d'un soumissionnaire local

Cet article est inchangé par rapport à l'article 18 de la Loi du 25 juin 2009. Il prévoit que, par dérogation aux critères d'attribution de l'article 35 du Projet de loi et lorsque le montant total HTVA d'un marché n'excède pas 20.000 EUR, une commune puisse attribuer ledit marché à un concurrent résidant dans la commune, ceci « *à condition que le prix offert par le concurrent local ne dépasse pas de plus de 5% celui de l'offre économiquement la plus avantageuse ou celui de l'offre au prix le plus bas* ».

La Chambre de Commerce rappelle que, dorénavant, le critère du « prix le plus bas » n'est plus considéré comme un critère en soi, contrairement à ce qui était prévu dans l'ancienne Directive 2004/18/CE²¹⁵. La condition « *que le prix offert par le concurrent local ne dépasse pas de plus de 5% celui de l'offre économiquement la plus avantageuse ou celui de l'offre au prix le plus bas* » devrait donc être adaptée en fonction et comme proposé ici.

²¹³ Voir commentaire des auteurs du Projet de loi (page 30 à 67) : « Ces articles figurent dans l'actuel règlement grand-ducal (articles 83 et 91 à 94) ».

²¹⁴ Article 94 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 : « Une procédure ouverte ne peut jamais suivre une procédure restreinte sans publication d'avis visant le même objet. ».

²¹⁵ Pour rappel, dans l'ancienne Directive 2004/18/CE, l'« offre économiquement la plus avantageuse » était considérée comme un critère d'attribution *per se* (critère 1/2 de la directive), différent de celui du « prix le plus bas » (critère 2/2). Dans la nouvelle directive, la notion de prix (ou de coût) fait partie intégrante de la notion d'offre économiquement la plus avantageuse. Voir considérations générales (section 7) ci-dessus pour davantage de détails à ce sujet.

Livre II - Dispositions particulières relatives aux marchés d'une certaine envergure

Article 55 : Exclusions spécifiques dans le domaine des communications électroniques

Comme déjà mentionné, un certain nombre de marchés sont exclus du champ d'application de la Directive 2014/24/UE car il n'a pas été jugé nécessaire d'assurer une mise en concurrence au niveau européen. Ces marchés se retrouvent donc régis par les dispositions nationales du Livre I et, selon l'article 20 paragraphe (5) du Projet de loi, peuvent être attribués « en toute hypothèse » par voie de procédure négociée, soit une procédure #6 sans publicité et donc peu concurrentielle. Ces dispositions apparaissent être moins strictes que celles prévues par la Directive 2014/24/UE et transposées au Livre II.

L'article 55 revu ici, qui transpose à la lettre les dispositions de l'article 8 de la Directive 2014/24/UE, prévoit une telle exclusion, soit ici pour les marchés (ou concours) ayant pour objet la « mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de communications électroniques ». L'article 55 précise que les termes « réseau public de communications »²¹⁶ et « services de communication électronique »²¹⁷ s'entendent au sens de la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques (ci-après la « Loi du 27 février 2011 »).

Si la Chambre de Commerce comprend tout à fait qu'une majorité des marchés expressément exclus de la Directive 2014/24/UE²¹⁸, qui sont de par leur nature très peu (voire pas) concurrentiels (défense, transports), n'ait pas besoin d'être mise en concurrence de manière stricte au niveau européen, elle se pose tout de même la question pour les marchés considérés au présent article au niveau luxembourgeois.

Elle demande à ce que les marchés visés ici soient analysés plus en profondeur et à ce que, le cas échéant, des règles de mise en concurrence plus strictes (comme, simplement, celles du Livre II) soient envisagées, en tout cas au moins lorsque leur valeur estimée dépasse un certain seuil intermédiaire à définir dans le cadre de travaux issus d'un GT technique sectoriel²¹⁹. Dans tous les cas, les services commerciaux proposés par les opérateurs économiques dans le prédit domaine ne devraient pas être exclus du Livre II.

Article 56 : Exclusions spécifiques pour les marchés de services

Comme déjà mentionné, un certain nombre de marchés est exclu du champ d'application de la Directive 2014/24/UE car il n'a pas été jugé nécessaire d'assurer une mise en concurrence au niveau européen. Ces marchés se retrouvent donc régis par les dispositions nationales de

²¹⁶ Soit, aux termes de l'article 2 paragraphe (25) de la Loi du 27 février 2011 : « un réseau de communications électroniques utilisé entièrement ou principalement pour la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public permettant la transmission d'informations entre les points de terminaison du réseau ».

²¹⁷ Soit, aux termes de l'article 2 paragraphe (27) de la Loi du 27 février 2011 : « un service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus ».

²¹⁸ Soit aux articles 55 à 61 du Projet de Loi transposant les articles 8 à 16 de la Directive 2014/24/UE.

²¹⁹ Pour rappel, voir commentaire de l'article 152 (Livre I) du Projet de règlement grand-ducal ci-dessous : un seuil que l'on pourrait qualifier d'« intermédiaire » existe bien au Livre I et il est arrêté à 60.000 EUR (anciennement : 55.000 EUR) pour les marchés publics de travaux, fournitures et de services « ne dépassant pas une certaine envergure ». Dans le cadre de l'article 152, les pouvoirs adjudicateurs peuvent avoir recours à une procédure peu concurrentielle (à savoir, une procédure #2bis ou #6) si la valeur estimée de leur marché ne dépasse pas ce seuil.

mise en concurrence prévues au Livre I du Projet de loi, moins strictes que celles prévues au Livre II.

L'article 56 revu ici, qui transpose à la lettre les dispositions de l'article 10 de la Directive 2014/24/UE, prévoit, à ses points (a) à (j), 10 types de services à exclure²²⁰.

Si la Chambre de Commerce comprend tout à fait que la majorité de ces marchés de services, de par sa nature peu (voire pas) concurrentielle ou ne faisant traditionnellement pas l'objet de procédures de passation de marché, n'ait pas besoin d'être mise en concurrence de manière stricte au niveau européen, elle se pose tout de même la question pour les marchés de services visés aux points (a) et (b) de l'article 56, à savoir les services immobiliers et de médias audiovisuels.

Elle demande à ce que ces marchés soient analysés plus en profondeur et à ce que, le cas échéant, des règles de mise en concurrence plus strictes (comme, simplement, celles du Livre II) soient envisagées, en tout cas au moins lorsque leur valeur estimée dépasse un certain seuil intermédiaire à définir dans le cadre de travaux issus d'un GT technique²²¹.

Article 57 : Marchés subventionnés par les pouvoirs adjudicateurs

Le texte de cet article constitue la transposition de l'article 13 de la Directive 2014/24/UE. Cet article règle la question des marchés subventionnés qui dépassent les seuils de 5.186.000 EUR pour les travaux énumérés à l'article en question, d'une part, et de 207.000 EUR pour les marchés de services, d'autre part.

Selon l'alinéa 2 de l'article 13 de la Directive 2014/24/UE, les pouvoirs adjudicateurs qui fournissent ce type de subventions « *veillent au respect de la directive* [soit des dispositions du Livre II] *lorsqu'ils n'attribuent pas eux-mêmes les marchés subventionnés ou lorsqu'ils les attribuent au nom et pour le compte d'autres entités* ».

La Chambre de Commerce constate un écart de transposition à cet alinéa²²² qui a pour effet de réduire, certes légèrement, le périmètre de l'obligation imposée ici.

En effet, au sens de la Directive 2014/24/UE, lorsque les pouvoirs adjudicateurs attribuent de tels marchés pour le compte d'autres entités (soit le 2^e cas de figure envisagé à l'alinéa 2), ils « *veillent au respect* » de la directive (du Livre II). Or tel que l'alinéa est transposé ici, les pouvoirs adjudicateurs sont « *tenus de respecter* » le Livre II, ce qui est plus restrictif : le terme « *veiller au respect* » prévu par la directive sous-entend une obligation des pouvoirs adjudicateurs de s'assurer du respect de la directive (ou du Livre II) de la part de toutes les

²²⁰ Pour rappel : « a) l'acquisition ou la location de terrains / bâtiments existants ou d'autres bien immeubles quelles qu'en soient les modalités financières ; b) l'achat, le développement, la production ou coproduction de matériel de programmes destiné à des services de médias audiovisuels ou radiophoniques (...); c) les services d'arbitrage et de conciliation ; d) certains services juridiques [énumérés au point (d) de l'article 56] ; e) des services financiers liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers au sens de la loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers, des services fournis par des banques centrales et des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière et le Mécanisme de stabilité ; f) des prêts, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers ; g) les contrats d'emplois ; h) les services de défense civile, de protection civile et de prévention des risques qui sont fournis par des organisations ou des associations à but non lucratif (...); i) les services publics de transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro ; j) les services liés aux campagnes politiques (...). ».

²²¹ Pour rappel, voir commentaire de l'article 152 (Livre I) du Projet de règlement grand-ducal ci-dessous : un seuil que l'on pourrait qualifier d'« intermédiaire » existe bien au Livre I. Il est arrêté à 60.000 EUR (anciennement : 55.000 EUR) pour les marchés publics de travaux, fournitures et de services « ne dépassant pas une certaine envergure ».

²²² « Les pouvoirs adjudicateurs qui fournissent les subventions visées à l'alinéa 1^{er} *veillent au respect des dispositions du présent Livre lorsqu'ils n'attribuent pas eux-mêmes les marchés subventionnés. Ils sont tenus de respecter le présent Livre lorsqu'ils passent eux-mêmes ces marchés au nom et pour le compte d'autres entités.* ».

parties concernées, alors que le terme « *tenus de respecter* » sous-entend le respect du Livre II par les pouvoirs adjudicateurs eux-mêmes.

Article 63 : Désignation des procédures

Le texte de cet article constitue la transposition de l'article 26 de la Directive 2014/24/UE qui énonce les types de procédure auxquelles les pouvoirs adjudicateurs peuvent avoir recours dans le cadre de la Directive 2014/24/UE (et du Livre II).

La Chambre de Commerce constate un écart de transposition au paragraphe (4) point (b) de cet article qu'il convient de corriger.

Ce paragraphe traite du recours à la procédure concurrentielle avec négociation (#3) et au dialogue compétitif (#4) en cas de réception d'offres irrégulières ou inacceptables lors d'un premier « *round* » d'appel d'offres. Dans ce cas, la directive prévoit que les pouvoirs adjudicateurs ne soient pas tenus de publier un avis de marché relatif à la procédure #3 ou #4 utilisée en second recours, s'ils incluent tous (et seulement) les soumissionnaires du premier *round* qui satisfont aux « critères de sélections qualitatifs » visés à ses articles 57 à 64²²³. Or, tel que le paragraphe est formulé à l'article 63 revu ici²²⁴, il ne fait pas référence à l'entièreté de ces critères de sélection qualitatifs²²⁵, ce qu'il convient de corriger.

Articles 71 : Vérification de la situation des soumissionnaires et, le cas échéant, des entités aux capacités desquelles le soumissionnaire entend avoir recours

L'article 71 du Projet de loi régit la question des documents permettant de juger des cas d'exclusion (absence de condamnation pénale, respect des obligations fiscales, respect des cas d'exclusions dits « non-obligatoires ») ou de sélection (« aptitude à exercer l'activité professionnelle », « capacité économique et financière » et « capacités techniques et professionnelles ») d'un opérateur économique et de ses sous-traitants dans les marchés d'envergure européenne. La Chambre de Commerce revient sur cet article lorsqu'elle traite la question de la sous-traitance, soit dans le commentaire de l'article 24 paragraphe (2) du Projet de règlement grand-ducal ci-dessous.

Article 72 : Document unique de marché européen (DUME)

La Chambre de Commerce constate un écart de transposition au paragraphe (2) de cet article transposant l'article 59 de la Directive 2014/24/UE régissant le DUME. Selon le paragraphe (2) de l'article 72 revu ici, les différentes versions linguistiques du DUME seront « *rendues accessibles par la Commission européenne dans e-Certis* », ce à quoi le paragraphe (2) de l'article 59 de la Directive 2014/24/UE ne fait pas référence.

²²³ Soit les critères d'exclusion (article 57 de la Directive 2014/24/UE), de sélection (article 58), les déclarations préalables sur le DUME (article 59) ou e-Certis (article 61), les « moyens de preuve » (article 60), les normes d'assurance de qualité et de gestion environnementale (article 62), le recours aux capacités d'autres entités (article 63) et la « liste officielle d'opérateurs économiques agréés » (article 64), à savoir un mécanisme nouveau prévu par la Directive 2014/24/UE qui n'est pas commenté outre mesure dans le présent avis.

²²⁴ « (...) *les pouvoirs adjudicateurs (...) ne sont pas tenus de publier un avis de marché s'ils incluent dans la procédure tous, et seulement, les soumissionnaires qui ne sont pas, suite aux vérifications à opérer conformément à l'article 71 [faisant référence aux documents officiels et aux déclarations préalables sur DUME et e-Certis], exclus en vertu de l'article 29 [motifs d'exclusion], qui satisfont aux critères de sélection établis par le pouvoir adjudicateur en vertu de l'article 30 (...)* ».

²²⁵ Il manque en effet la référence aux critères de sélection qualitatifs suivants : (i) les normes d'assurance de qualité et de gestion environnementale (article 62 de la Directive 2014/24/UE), (ii) les capacités d'autres entités (article 63) ainsi que (iii) la liste officielle d'opérateurs économiques agréés (article 64).

La Chambre de Commerce se demande si la précision de nature opérationnelle, dépourvue de valeur normative pour les acteurs luxembourgeois, ajoutée au présent article est nécessaire.

Articles 76 et 77 : Services sociaux et services spécifiques

Les dispositions de ces deux articles découlent des articles 74 et 76 de la Directive 2014/24/UE. Les dispositions de l'article 75 de la Directive 2014/24/UE, régissant les règles de publicité relatives aux marchés de services sociaux et services spécifiques européens sont transposées à l'article 190 du Projet de règlement grand-ducal, qui est également analysé dans le commentaire des articles du Projet de règlement grand-ducal ci-dessous.

La Chambre de Commerce se doit de reprendre ici le commentaire des articles 76 et 77 du Projet de loi (page 49/67), qui est le suivant :

« Il est à préciser que, désormais, si le seuil d'application [des] articles 76 à 78 n'est pas atteint, les pouvoirs adjudicateurs disposent pour les marchés de services visés par ces articles de la possibilité de recourir en application de l'article 20 paragraphe (4), à la procédure négociée [#6] ou à la procédure restreinte sans publication d'avis [#2bis], et que si ce seuil est dépassé, que ces services sont mis en concurrence sous forme du régime assoupli prévu par les articles 76 à 78. »

La Chambre de Commerce relève en premier lieu que, contrairement à ce que le commentaire annonce, l'article 20 paragraphe (4) s'applique uniquement aux services sociaux et spécifiques²²⁶ (régis par les articles 76 et 77 du Projet de loi) et pas aux marchés réservés pour certains services (régis par l'article 78 du Projet de loi, commenté ci-dessous).

La Chambre de Commerce relève en second lieu que le paragraphe (4) de l'article 20 du Projet de loi auquel le commentaire renvoie fait uniquement référence à la procédure négociée²²⁷ (procédure #6). Sous le texte actuel du Projet de loi, le recours à la procédure restreinte sans publication d'avis (#2bis) pour les marchés dont la valeur se situe sous les seuils européens (y compris celui de 750.000 EUR pour les marchés publics de services sociaux et spécifiques) est rendu possible par l'article 17 paragraphe 1^{er} du Projet de loi²²⁸.

Or, le 3^e alinéa du paragraphe 1^{er} de l'article 17 mentionne explicitement que le « *recours à la procédure restreinte*²²⁹ *ou à la procédure négociée n'est possible que dans les cas et suivant les modalités prévues à l'article 20* ». Malheureusement, la Chambre de Commerce constate que, si l'article 20 permet bien le recours à la procédure restreinte sans publication d'avis (#2bis)

²²⁶ Cf. Article 20 paragraphe (4) du Projet de loi (ne transposant aucun article de la Directive 2014/24/UE) : « *Les marchés publics pour services sociaux et pour d'autres services spécifiques visés à l'article 76 [Livre I] et 148 [Livre III], et qui tombent dans le champ d'application du Livre I, peuvent en toute hypothèse être attribués par voie de procédure négociée [#6].* »

²²⁷ Cf. Article 20 paragraphe (4) du Projet de loi (ne transposant aucun article de la Directive 2014/24/UE) : « *Les marchés publics pour services sociaux et pour d'autres services spécifiques visés à l'article 76 et 148, et qui tombent dans le champ d'application du Livre I, peuvent en toute hypothèse être attribués par voie de procédure négociée [#6].* »

²²⁸ Cf. Article 17 paragraphe 1^{er} du Projet de loi (ne transposant aucun article de la Directive 2014/24/UE) : « *Les procédures applicables aux marchés dont la valeur se situe sous les seuils visés à l'article 52 [« Montants et seuils » du Livre II] sont : - la procédure ouverte [#1], - la procédure restreinte, avec [#2] ou sans publication d'avis [#2bis], - la procédure négociée [#6]. La publication de l'avis de marché se fait suivant les conditions prévues par voie de règlement grand-ducal. Le recours à la procédure restreinte [pour rappel, à corriger comme suit à l'article 17 du Projet de loi : sans publication d'avis [#2bis] ou à la procédure négociée [#6] n'est possible que dans les cas et suivant les modalités prévues à l'article 20 [« Conditions de recours à la procédure restreinte sans publication d'avis et à la procédure négociée » ne transposant aucun article de la Directive 2014/24/UE].* »

²²⁹ Pour rappel, à corriger comme suit à l'article 17 du Projet de loi : « *la procédure restreinte sans publication d'avis ou à la procédure négociée* ».

dans plusieurs cas de figure²³⁰, il ne semble permettre nulle part le recours à celle-ci dans le cas précis de marchés sociaux et spécifiques d'envergure nationale.

La Chambre de Commerce en conclut que, dans l'état actuel du texte des articles 17 et 20 du Projet de loi, le recours à la procédure restreinte sans publication d'avis (#2bis) n'est en réalité pas possible pour les marchés sociaux et spécifiques d'envergure nationale, et ce malgré le commentaire du législateur revu ici indiquant que cela soit son souhait.

La Chambre de Commerce relève enfin que, toujours selon les termes actuels du paragraphe 1^{er} de l'article 17 du Projet de loi, les marchés de services sociaux et spécifiques d'envergure nationale pourraient être passés par la procédure ouverte (#1) ou par la procédure restreinte avec publication d'avis (#2)²³¹. Or, tel ne semble pas être la volonté des auteurs dans le commentaire des articles 76 et 77 détaillé ici.

Article 78 : Marchés réservés pour certains services

Cet article transpose à la lettre les dispositions de l'article 77 de la Directive 2014/25/UE régissant les marchés réservés de certains services de santé, sociaux ou culturels d'envergure européenne expressément identifiés par leurs codes CPV respectifs.

Comme expliqué en section 6 *supra*, la Chambre de Commerce rappelle que, telles qu'elles sont à ce jour spécifiées à l'article 1^{er} du projet de loi SIS, les conditions minimales de gouvernance à remplir pour un agrément SIS sont moins strictes que celles imposées au présent article. La Chambre de Commerce pense plus particulièrement à la condition dite de « gouvernance inclusive » prônée par la Commission européenne, qui fait bien partie des conditions du présent article, mais qui ne fait pas partie des conditions édictées à l'article 1^{er} du projet de loi SIS. Dans l'état actuel du projet de loi SIS, une future SIS remplissant les conditions minimales d'agrément ne pourrait donc pas être considérée pour un tel marché²³².

La Chambre de Commerce relève encore que les conditions de gouvernance à remplir à l'alinéa 2 du paragraphe (2) de l'article 78 font référence aux organisations au pluriel²³³ alors que l'alinéa 1^{er} du paragraphe (2) du même article fait référence à une organisation au singulier. Tout comme dans la Directive 2014/24/UE, il conviendrait d'harmoniser l'usage du singulier (ou du pluriel) entre ces deux alinéas.

Articles 79 à 82 : Règles régissant les concours

Ces articles portent sur les règles à respecter en cas de concours²³⁴ tombant, de par leur envergure, dans le Livre II²³⁵. Ils constituent la transposition littérale des articles 78 à 82 de la

²³⁰ Pour rappel, en présence d'offre non conforme ou inacceptable, pour des raisons techniques ou artistiques, etc. voir le commentaire de l'article 20 du Projet de loi *supra* pour davantage de considérations.

²³¹ Cf. Article 17 paragraphe 1^{er} du Projet de loi (ne transposant aucun article de la Directive 2014/24/UE): « Les procédures applicables aux marchés dont la valeur se situe sous les seuils visés à l'article 52 [y compris les seuils applicables aux marchés sociaux et spécifiques] sont : - la procédure ouverte [#1], - la procédure restreinte, avec [#2] ou sans [#2bis] publication d'avis, - la procédure négociée [#6]. La publication de l'avis de marché se fait suivant les conditions prévues par voie de règlement grand-ducal. Le recours à la procédure restreinte [pour rappel, à corriger : sans publication d'avis] [#2bis] ou à la procédure négociée [#6] n'est possible que dans les cas et suivant les modalités prévues à l'article 20. ».

²³² A moins, pour rappel, que sa structure de gouvernance interne soit de nature plus participative que ce qui est requis pour un agrément SIS.

²³³ Cf. Article 72, paragraphe (2) alinéa 2 : « elles ont pour objectif », « leurs bénéfiques », « leurs structures de gestion », etc.

²³⁴ Pour rappel, les concours permettent d'acquérir un service de type plan ou projet choisi par un jury après mise en concurrence, et ce principalement dans les domaines de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture, de l'ingénierie et du traitement de données.

Directive 2014/24/UE à l'exception des dispositions relatives aux avis à publier, transposées à l'article 191 du Projet de règlement grand-ducal. Ces dispositions existaient déjà, du moins en partie, dans la Loi du 25 juin 2009, à ses articles 42 et suivants.

Selon le commentaire des articles 79 à 82 (page 50/67), il y a lieu de noter que le règlement grand-ducal du 10 juillet 2011 fixant les règles relatives au déroulement des concours d'aménagement du territoire, d'urbanisme, d'architecture et d'ingénierie (ci-après le « **Règlement grand-ducal du 10 juillet 2011** ») s'applique en complément des principes et règles procédurales prévues aux présents articles et à l'article 191 du Projet de règlement grand-ducal. Sur cette base, la Chambre de Commerce se demande si plusieurs adaptations ne devraient pas être apportées au Règlement grand-ducal du 10 juillet 2011.

Elle pense par exemple aux renvois opérés dans ce dernier vers différents articles de la Loi du 25 juin 2009 et du Règlement grand-ducal du 3 août 2009, qui devraient être mis à jour. Elle pense également à la définition d'« hommes de l'art » telle que donnée au paragraphe (3) de l'article 12 du Règlement grand-ducal du 10 juillet 2011²³⁶ : n'est-elle pas trop restrictive par rapport à la notion de « qualification » nouvellement introduite par la Directive 2014/24/UE²³⁷ ? Ou encore, lors de la prise de décision du jury, la directive prévoit que les candidats puissent être invités à une audience à des fins de clarification(s), ce que le Règlement grand-ducal du 10 juillet 2011 ne prévoit pas.

Livre III - Dispositions spécifiques aux marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux

Articles 98 : Montants et seuils

A la note en bas de page de l'article 98²³⁸, la Chambre de Commerce constate qu'il manque le terme « services » dans l'expression « *pour les marchés de services portant sur des services sociaux et d'autres services spécifiques énumérés à l'annexe I* ».

Article 118 : Principes de la passation de marchés

Les dispositions de cet article constituent la transposition du paragraphe 1^{er} de l'article 36 de la Directive 2014/25/UE. Elles contiennent également trois dispositions reprises et ajoutées par les auteurs du Projet de loi, soit aux paragraphes (2), (3) et (4) de l'article en question.

Le paragraphe (2) spécifie que « *les entités adjudicatrices veillent à ce que, lors de la passation des marchés publics, il soit tenu compte des aspects et des problèmes liés à l'environnement et à la promotion du développement durable.* ». La Chambre de Commerce se

²³⁵ Soit, aux termes de l'article 52 du Projet de loi transposant l'article 4 de la Directive 2014/24/UE, les concours d'une valeur estimée (HTVA) égale ou supérieure à 134.000 EUR lorsqu'ils sont organisés par des autorités publiques (pouvoirs adjudicateurs) centrales ou de 207.000 EUR lorsqu'ils sont organisés par des pouvoirs adjudicateurs sous-centraux. Pour rappel, un récapitulatif des seuils européens pour tous les marchés considérés est présenté en **annexe 1**.

²³⁶ « *Le jury se compose d'au moins un tiers d'hommes de l'art. Sont considérées comme 'hommes de l'art' au sens du présent règlement grand-ducal, les personnes qui remplissent les critères prévus à l'article 10 (4) [soit, qui remplissent les conditions légales d'exercice de leur profession en vue de l'exécution des missions faisant suite au concours] et qui peuvent se prévaloir d'une pratique professionnelle d'au moins 5 années ainsi que ceux qui sont salariés du pouvoir adjudicateur et qui disposent d'un diplôme universitaire dans un des domaines visés à l'article 1^{er} [soit d'un diplôme relatif aux domaines de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture ou de l'ingénierie]* ».

²³⁷ Voir paragraphe (2) de l'article 81 du Projet de loi transposant l'article 81 de la Directive 2014/24/UE : « *Lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée pour participer à un concours, au moins un tiers des membres du jury possèdent cette qualification ou une qualification équivalente.* ».

²³⁸ Il est à noter qu'avant l'amendement n°36 modifiant la structure de l'article 98 « Montants et seuils », il ne s'agissait pas d'une note en bas de page mais du paragraphe 1^{er} point c.

demande si cette disposition a lieu d'être maintenue face aux nouveaux outils stratégiques européens permettant de prendre en compte ces aspects dans les marchés publics (voir section 6 ci-dessus). L'outil dit des « conditions d'exécution particulières », transposé au Livre I et donc applicable à tous les marchés publics luxembourgeois d'envergure nationale, est particulièrement pertinent au stade de la passation de ceux-ci.

Le paragraphe (3) concerne les délais d'adjudication²³⁹ qui, pour rappel, représentent une déception tant au niveau européen qu'au niveau luxembourgeois en ce sens qu'aucune limite de temps dans la prise de décision d'adjudication n'est imposée²⁴⁰.

Enfin, le paragraphe (4) n'apporte pas de commentaire de fond de la part de la Chambre de Commerce, mais il contient une erreur grammaticale à corriger²⁴¹.

Livre IV - Gouvernance des marchés publics

Article 159 : Commission des soumissions

Les dispositions de cet article sont reprises directement de l'article 16 de la Loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics. Si l'organisation des paragraphes de l'article 16 a été légèrement remaniée dans le présent article, la substance n'en a pas été modifiée, hormis une référence aux « entités adjudicatrices » rajoutée à l'article, en ligne avec les dispositions du Livre III et de la Directive 2014/25/UE. Notamment, les missions de la Commission des soumissions, énoncées au paragraphe 2 de cet article, demeurent inchangées.

Or, la Chambre de Commerce constate que les Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE imposent de nouvelles obligations de *reporting* vis-à-vis de la Commission européenne, qui sont également de nature plus analytique. En effet, aux termes de l'article 263 du Projet de règlement grand-ducal (voir le commentaire de l'article afférent ci-dessous), l'information que les Etats membres devront fournir à la Commission européenne permettra de comprendre, sinon les forces, au moins les faiblesses de leurs systèmes respectifs de passation des marchés publics dans leur capacité à aider les Etats membres à atteindre leurs objectifs stratégiques, comme celui de la participation accrue des PME (entre autres).

Dans ce cadre réformé, le rôle de la Commission des soumissions devrait donc, le cas échéant, évoluer et sa mission, telle que spécifiée au paragraphe (2) du présent article, apparaît trop restreinte :

« La Commission des soumissions a pour mission : (a) de veiller à ce que les dispositions légales, réglementaires et contractuelles en matière de marchés publics soient strictement observées par les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, ainsi que par les adjudicataires ; (b) d'instruire les réclamations ; (c) d'assumer toute mission consultative relative aux marchés publics ; (d) de donner son avis à tout pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice qui le demande, relativement aux marchés publics à conclure ou conclus ; (e)

²³⁹ Paragraphe (3) de l'article 118 du Projet de loi ne transposant aucun article de la Directive 2014/25/UE : « Les entités adjudicatrices informent dans les meilleurs délais les opérateurs économiques des décisions prises concernant leurs offres remises dans le cadre d'une procédure de marchés publics ».

²⁴⁰ Voir considérations générales (section 1) ci-dessus et commentaire des articles 50 et 51 du Projet de règlement grand-ducal ci-dessous.

²⁴¹ Paragraphe (4) de l'article 118 du Projet de loi ne transposant aucun article de la Directive 2014/25/UE : « L'utilisation de moyens électroniques dans les procédures des marchés publiques est réglée par voie de règlement grand-ducal ».

d'exécuter les tâches spécifiques lui confiées par la présente loi et ses règlements d'exécution. »

D'une part, l'expression « *exécuter les tâches spécifiques lui confiées par la présente loi et ses règlements d'exécution* » ne semble pas englober, en tout cas sous sa formulation actuelle, le nouveau rôle de *reporting* analytique vis-à-vis de la Commission européenne. A l'article 263 du Projet de règlement grand-ducal (voir ci-dessous), ce rôle apparaît être donné aux « autorités, organismes et structures compétentes », sans plus de précision. Il n'est donc pas clair si celui-ci incombe à la Commission des soumissions, au MDDI, voire aux deux institutions (ou même à d'autres).

D'autre part, le terme « mission consultative » apparaît trop vague, aux yeux de la Chambre de Commerce, pour désigner de manière appropriée ces nouvelles prérogatives et des termes plus précis, spécifiquement issus des Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE et de leurs considérants, pourraient être utilisés afin de compléter le paragraphe (2) du présent article (la même remarque est d'ailleurs formulée au sujet des prérogatives du « Service administratif », à l'article 267 du Projet de règlement grand-ducal commenté ci-dessous).

A contrario, si législateur venait à estimer que ces nouvelles obligations incomberaient davantage à une autre institution nationale (comme le MDDI, voire d'autres institutions), alors cette institution devant jouer ce nouveau rôle devrait être clairement identifiée, ce qui n'est pas le cas dans les textes avisés.

Livre V - Dispositions finales

La Chambre de Commerce n'a pas de commentaire particulier à apporter sur les dispositions finales du Livre V.

2. Articles du Projet de règlement grand-ducal et leurs amendements

Remarque préalable : Le commentaire des articles ci-dessous ne concerne que les dispositions du Projet de règlement grand-ducal exécutant le Projet de loi sur les marchés publics découlant de la Directive 2014/24/UE et de la Directive 2014/25/UE. Les dispositions régissant l'attribution de contrats de concessions découlant de la Directive 2014/23/UE sont commentées dans un avis séparé²⁴².

Livre I - Dispositions générales

Articles 3 et 4: Lots distincts par profession, métier ou industrie

Les dispositions de cet article sont reprises de celles énoncées à l'article 9 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009.

Selon le commentaire des articles, « *les règles luxembourgeoises existantes vont déjà dans le sens de la directive [d'encourager la participation des PME aux marchés publics à travers leur division en lots] étant donné qu'elles érigent en principe la division des marchés en lots par professions, métiers ou industries [et] l'article 3 du présent projet maintient ces règles* ».

²⁴² Pour rappel, voir avis n°4625SBE/MST de la Chambre de Commerce disponible sur son site, www.cc.lu.

La Chambre de Commerce se pose la question de la pertinence du maintien de ces règles face aux nouvelles dispositions de la Directive 2014/24/UE régissant la division en lots et transposées aux articles 6 et 7 du Projet de règlement grand-ducal, revus ci-dessous.

Elle insiste sur le fait que la division par profession, métier ou industrie ne représente que trois cas spécifiques de la division en lots. Au-delà de ceux-ci, il incombe de pouvoir également diviser un marché au sein d'une même profession, d'un même métier ou d'une même industrie, ce que l'article 5 ci-dessous entreprend (partiellement) de faire (non sans problèmes - voir ci-dessous) en continuité avec les dispositions du Règlement grand-ducal du 3 août 2009. *In fine*, tout type de marché devrait pouvoir être divisé en lots (certes, sans atteindre certains excès, comme avec l'exemple d'un contrat d'installation de chauffage donné à l'article 5 revu ci-après).

Enfin, la Chambre de Commerce demande que soit précisé ce qu'il est entendu par « la réalisation d'ouvrages importants » permettant de définir l'adjudication sous forme d'entreprise générale (ce cas étant exempté de division en lots par métier).

Article 5 : Formation de lots distincts en cas de marchés de plus grande envergure

L'article 5 reprend les dispositions énoncées à l'article 8 paragraphe 1^{er} du Règlement grand-ducal du 3 août 2009, qui a pour objectif d'encourager les pouvoirs adjudicateurs à diviser les marchés « de plus grande envergure » relevant de mêmes professions, métiers ou industries.

S'il paraît évident à la Chambre de Commerce que le terme « de plus grande envergure » devrait être précisé au paragraphe (2) de l'article 5 afin de lever toute insécurité juridique ainsi que tout risque de confusion avec la notion d'« envergure » de la Directive 2014/24/UE²⁴³, la Chambre de Commerce se pose à nouveau la question de la pertinence du maintien des dispositions de l'article 8 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 au présent article.

En effet, tout comme pour la division en lots par profession, métier ou industrie (articles 3 et 4 précédents), la division au sein de marchés relevant de mêmes professions, métiers ou marchés, quelle que soit leur envergure, est rendue possible par la transposition de l'article 46 de la Directive 2014/24/UE aux articles 6 et 7 ci-dessous.

La Chambre de Commerce comprend que certains marchés ne puissent être divisés en lots de manière excessive. Par exemple, un même contrat d'installation de chauffage ne devrait pas être divisé en différents lots (un pour la chaudière, un autre pour les radiateurs, ou encore un autre pour la tuyauterie), notamment pour des raisons de responsabilité. Si tel est l'objectif des auteurs avec le maintien des dispositions du paragraphe 1^{er} de l'article 8 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 au présent article, alors un alinéa allant dans ce sens pourrait tout à fait être ajouté à l'article 6 du Projet de règlement grand-ducal revu ci-dessous, sans que soit nécessaire le maintien des présentes dispositions régissant la formation de lots au sein de mêmes professions, métiers ou industries en cas de marché « de plus grande envergure ».

²⁴³ Selon le commentaire de l'article 5 (page 2) auquel la Chambre de Commerce ne peut souscrire : « *Afin d'éviter de confondre le terme 'envergure' avec la notion employée dans le Livre II, il a été jugé préférable d'employer les mots 'de plus grande envergure'. Sont visés les marchés importants sans que cette notion de soit précisée ni quantifiée, dans la mesure où l'article en question en constitue pas une obligation mais laisse la possibilité au pouvoir adjudicateur d'en juger.* ».

Articles 6 et 7 : Principes applicables à la division des marchés en lots

Les dispositions de l'article 46 de la Directive 2014/24/UE régissant la division de marchés en lots sont transposées aux présents articles 6 et 7, ainsi qu'à l'article 155 du Livre II du Projet de règlement grand-ducal, également commenté ci-dessous.

Selon l'article 6, « *les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider d'attribuer un marché sous la forme de lots distincts* », la taille et l'objet de chaque lot étant déterminés dans le cahier des charges.

La Chambre de Commerce constate que, face aux options données par la directive, les auteurs ont choisi d'encourager plutôt que d'obliger les pouvoirs adjudicateurs à diviser leurs marchés en lots.

Selon le considérant 78 de la Directive 2014/24/UE, afin de faciliter la participation des PME aux marchés publics, les Etats membres peuvent encourager la division en lots et peuvent également :

- étendre la portée de l'obligation d'examiner l'opportunité de diviser les marchés en lots de taille plus réduite, ce qui est fait ici par la transposition de l'article 46 de la Directive 2014/24/UE au Livre I ;
- exiger des pouvoirs adjudicateurs qu'ils motivent leur décision de ne pas diviser les marchés en lots, ce qui est fait à l'article 155 du présent Projet de règlement grand-ducal, pour les marchés d'envergure européenne uniquement (ce dont la Chambre de Commerce s'étonne par ailleurs - voir ci-dessous) ; ou
- rendre obligatoire une telle division dans certaines conditions²⁴⁴.

Il est à noter que le considérant 78 de la Directive 2014/24/UE précise enfin que « *dans le même but [de faciliter la participation des PME aux marchés publics], les États membres devraient également être libres de prévoir des mécanismes de paiements directs aux sous-traitants.* », ce qui n'est volontairement pas transposé dans les textes sous avis, étant donné que cette possibilité est déjà prévue à l'article 7 de la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance²⁴⁵ (ci-après dénommée la « Loi du 23 juillet 1991 »).

La Chambre de Commerce ne s'oppose pas à ce choix d'encourager plutôt que de rendre obligatoire la division en lots.

Toutefois, elle demande que les indicateurs mesurant la participation des PME dans les procédures de marchés publics soient suivis de près et de manière transparente dans les prochaines années. Idéalement, ces indicateurs devraient être comparés avec les mêmes indicateurs issus d'autres Etats membres.

S'il venait à s'avérer que la participation des PME demeure insuffisante, alors la possibilité d'obliger la division en lots devrait être reconsidérée.

²⁴⁴ Au sujet de l'obligation de division en lots, le dernier paragraphe de l'article 46 de la Directive 2014/24/UE précise que : « *Les États membres peuvent [rendre] obligatoire la passation de marchés sous la forme de lots distincts dans des conditions à définir conformément à leur droit national et dans le respect du droit de l'Union. Dans de telles circonstances, le paragraphe 2, premier alinéa, et, le cas échéant, le paragraphe 3 sont applicables.* ».

²⁴⁵ Cf. article 7 de la Loi du 23 juillet 1991 : « *Le sous-traitant est payé directement par le maître d'ouvrage pour la part du marché ou du contrat dont il assure l'exécution. Le paiement est obligatoire même si l'entrepreneur principal est en état de faillite ou de gestion contrôlée.* ». A ce sujet, voir le commentaire des articles 105 et 106 du Projet de règlement grand-ducal transposant l'article 71 de la Directive 2014/24/UE ci-dessous.

Articles 8 à 12 : Modes d'offres de prix

Les dispositions de ces articles ont été reprises de celles énoncées aux articles 11 à 15 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009. Elles régissent la question des modes d'offres de prix relativement particuliers, pouvant être présentés de trois façons distinctes :

- l'offre à prix unitaire, soit en unités exprimées « aussi exactement que possible » en « poids, mesure ou nombre » ;
- l'offre au prix de revient, appliquée « exceptionnellement » lorsqu'il n'est pas possible de circonscrire la nature et l'étendue des prestations pour permettre une évaluation exacte du prix (mais lorsque peuvent être notamment estimés le prix des matières premières, les taux horaires de salaires, les taux de majoration, par exemple) ;
- l'offre à prix global, révisable ou non et pour laquelle le prix est fixé à l'avance par le pouvoir adjudicateur et en bloc (par exemple, pour travaux, services et fournitures).

La Chambre de Commerce rappelle, qu'en pratique, les termes des articles 11 à 15 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 repris ici sont mal appréhendés, tant dans le chef des opérateurs économiques que dans celui des pouvoirs adjudicateurs. Elle appelle à ce que la réforme en cours soit l'occasion de clarifier ces notions.

La Chambre de Commerce se demande en outre dans quelle mesure ces différents modes d'offres de prix s'intègrent au concept européen de l'« **offre économiquement la plus avantageuse** » présenté dans les considérations générales (section 7) ci-dessus.

Par exemple, comme il l'a été vu dans les considérations générales, aux termes du paragraphe (2) alinéa 3 de l'article 35 du Projet de loi²⁴⁶, le « facteur coût » de l'offre économiquement la plus avantageuse peut prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur base duquel les opérateurs économiques sont mis en concurrence sur les seuls critères de qualité. La Chambre de Commerce s'interroge : une « offre au prix de revient » telle que définie à l'article 10 paragraphe (2) du Projet de règlement grand-ducal²⁴⁷ peut-elle tenir compte d'une multitude de prix ou coûts fixes définis au préalable par le pouvoir adjudicateur ? Ou encore, une « offre à prix unitaire » libellée en poids ou en mesures diverses peut-elle bien être prise en compte dans une notion d' « efficacité », voire dans le calcul du coût de cycle de vie d'un produit donné²⁴⁸ ?

Face à ces questionnements, **la Chambre de Commerce réitère sa demande et appelle à ce qu'un GT technique (voire éventuellement plusieurs GT techniques sectoriels), soit mis sur pied, afin de développer des lignes directrices à destination des pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques permettant tant de réconcilier la notion d' « offre économiquement la plus avantageuse » aux trois modes d'offres de prix prévus ici que d'en clarifier les termes.**

²⁴⁶ Transposant l'article 67 de la Directive 2014/24/UE.

²⁴⁷ Cf. article 10 paragraphe (2) du Projet de règlement grand-ducal ne transposant aucun article de la Directive 2014/24/UE : « Le pouvoir adjudicateur demande séparément, dans le bordereau de soumission, les éléments de calcul du prix de revient, ainsi que leurs modalités de décompte. Ces éléments sont notamment : (a) les prix des matières directes utilisées, livrées à pied d'œuvre ; (b) le coefficient de majoration pour frais généraux sur matières directes ; (c) les taux horaires des salaires directs incorporés ; (d) les coefficients de majoration pour frais proportionnels aux salaires directs ; (f) les autres frais directs et indemnités supplémentaires pour l'exécution de prestations spéciales, notamment l'emploi d'outillage, de machines et d'installations spéciaux ; (g) le taux de majoration pour bénéfice. ».

²⁴⁸ Sachant que, pour rappel, à ce jour, une seule méthode de calcul du coût de cycle de vie, concernant les véhicules de transport routier, est obligatoire au sein de l'UE, mais que d'autres méthodes pourraient être reconnues comme telle à l'avenir.

Article 13 : Objet de soumission

Les dispositions de cet article ont été reprises de celles énoncées à l'article 16 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009, moyennant une exception²⁴⁹.

Au paragraphe 1^{er} de cet article est faite la référence au cahier des charges qui doit être rédigé « *de façon suffisamment claire et détaillée* » afin qu'il ne subsiste, dans le chef des soumissionnaires, aucun doute sur la nature et l'exécution du marché. Toujours selon les termes du paragraphe 1^{er}, le cahier des charges « *indique, pour autant que possible dans l'ordre décroissant de l'importance attribuée, le ou les critères entrant en ligne de compte pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse* ».

Premièrement, la Chambre de Commerce demande à ce que la mention « *pour autant que possible* », reprise directement du Règlement grand-ducal du 3 août 2009, soit retirée. Un pouvoir adjudicateur devrait toujours être capable d'indiquer quels critères comptent dans un appel d'offres, tout comme il devrait toujours pouvoir communiquer sur leur importance respective par ordre décroissant, et ce quelle que soit l'envergure du marché considéré. La Directive 2014/24/UE ne prévoit d'ailleurs pas que la hiérarchisation des critères par ordre décroissant soit opérée « pour autant que possible »²⁵⁰.

Deuxièmement, la hiérarchisation des critères d'attribution selon un ordre décroissant devrait venir en deuxième option (obligatoire, donc) et non en unique possibilité, comme la formulation du paragraphe 1^{er} le laisse entendre. En effet, la première option, facultative, devrait être celle de la pondération précise des critères en question, comme la Directive 2014/24/UE le prévoit d'ailleurs pour les marchés d'envergure européenne.

La Chambre de Commerce appelle donc à ce que (1) l'option (facultative, pour autant que faire se peut) de la pondération des critères soit prévue pour les marchés nationaux, suivie de (2) l'option (obligatoire) d'au moins les hiérarchiser par ordre décroissant.

La Chambre de Commerce ne voit pas pourquoi les PME, voire les TPE, répondant à des appels d'offres couverts par le Livre I ne pourraient pas avoir accès à ce type d'information, cruciale pour la rédaction de leurs offres. Pour les plus petites PME et les TPE, un marché national peut être un marché « d'envergure » dans leur chiffre d'affaires, et elles ont le droit, comme pour les opérateurs plus importants, d'être informées au mieux de la pondération de leurs offres.

Articles 20 à 22 : Données relatives à la situation du soumissionnaire

Ces articles ne transposent aucun article de la Directive 2014/24/UE et ont été ajoutés, soit afin de faire le lien entre le Projet de loi et le Projet de règlement grand-ducal, soit afin de reprendre plusieurs dispositions issues du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 régissant les données relatives à la situation des soumissionnaires dans le cahier des charges.

²⁴⁹ Edictée au paragraphe (3) de l'article 13 sur laquelle la Chambre de Commerce ne revient pas.

²⁵⁰ Cf. paragraphe (5) alinéa 3 de l'article 67 de la Directive 2014/24/UE : « *Lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, le pouvoir adjudicateur indique les critères par ordre décroissant d'importance.* ».

La Chambre de Commerce n'a pas de commentaire particulier à apporter aux articles 20 et 22 avisés ici. Par contre, elle se demande si l'article 21, reprenant les dispositions de l'article 60 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009, a lieu d'être maintenu :

« Le cahier spécial des charges peut exiger du soumissionnaire la fourniture de données techniques ou économiques sur son entreprise. Ces renseignements ont un caractère indicatif. ».

La Chambre de Commerce rappelle l'existence de deux critères de sélection (sur trois) relatifs à la « capacité économique et financière » et aux « capacités techniques et professionnelles »²⁵¹. Ces critères de sélections sont directement transposés de la Directive 2014/24/UE dans le Livre I du Projet de loi et sont dès lors rendus obligatoires pour tous les marchés publics luxembourgeois quelle qu'en soit l'envergure.

La Chambre de Commerce s'interroge : avec l'article 21, l'objectif des auteurs est-il de permettre aux pouvoirs adjudicateurs de demander des informations « techniques » ou « économiques » additionnelles, « à titre indicatif » et non requises dans le cadre des deux critères de sélection précités²⁵²?

S'il s'agit bien là de l'objectif des auteurs, alors ce fait devrait être précisé à l'article 21. S'il s'avère que les critères de sélections précités sont jugés suffisamment larges pour ne pas devoir requérir d'information « technique » et « économique » additionnelle indicative, alors l'article 21 devrait être supprimé.

Articles 23 à 25 : Dispositions applicables à la sous-traitance

La majorité du texte appartenant à ces trois articles est issue du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 en matière de sous-traitance. Les dispositions plus « modernes » régissant la sous-traitance, transposées directement de l'article 71 de la Directive 2014/24/UE (non sans problèmes - voir ci-dessous), sont en grande partie traitées aux articles 105 et 106 du Projet de règlement grand-ducal sous avis et intitulés « Déclarations obligatoires et sous-traitance ». La Chambre de Commerce renvoie le lecteur au commentaire de ces deux articles pour une vision d'ensemble sur le sujet.

²⁵¹ Voir par exemple le commentaire de l'article 28 du Projet de loi ci-dessus pour un récapitulatif des trois critères de sélection et des deux motifs d'exclusion obligatoires, transposés directement de la Directive 2014/24/UE dans le Livre I du Projet de loi.

²⁵² Ceci, alors que leur définition, issue de la Directive 2014/24/UE, est déjà relativement large, comme suit (et pour rappel) : « *En ce qui concerne la capacité économique et financière, les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer aux opérateurs économiques des conditions garantissant que ceux-ci possèdent la capacité économique et financière nécessaire pour exécuter le marché. A cette fin, les pouvoirs adjudicateurs peuvent en particulier exiger que les opérateurs économiques réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal donné (...). En outre, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que les opérateurs économiques fournissent des informations sur leurs comptes annuels indiquant le rapport, par exemple, entre les éléments d'actif et de passif. Ils peuvent également exiger un niveau approprié d'assurance des risques professionnels. (...)* ». Ou encore : « *En ce qui concerne les capacités techniques et professionnelles, les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger notamment que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement. (...) Dans les procédures de passation de marché de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation, de services ou de travaux, la capacité professionnelle des opérateurs économiques (...) peut être évaluée en vertu de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité.* ». Enfin : « *Les moyens de preuve attestant des capacités techniques des opérateurs économiques sont : (...) c) la description de l'équipement technique (...) i) une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services ou l'entrepreneur disposera pour la réalisation du marché (...)* ».

L'article 23 entend, en premier lieu, de rappeler la définition luxembourgeoise de la sous-traitance, telle qu'elle est spécifiée à l'article 1^{er} de la Loi du 23 juillet 1991²⁵³. La Directive 2014/24/UE n'ayant pas pour ambition de définir la sous-traitance²⁵⁴, la Chambre de Commerce ne s'oppose pas à ce renvoi vers la Loi du 23 juillet 1991.

L'article 24 paragraphe 1^{er} reprend une disposition essentielle, quoiqu'optionnelle, de l'article 71 de la Directive 2014/24/UE (à son 2^e paragraphe), à savoir qu'un pouvoir adjudicateur puisse demander que soit indiquée, dans une offre, toute part de marché à éventuellement sous-traiter. Cette disposition n'appelle pas d'opposition particulière de la part de la Chambre de Commerce.

L'article 24 paragraphe (2) suit le considérant 105 de la directive, qui estime que les Etats membres devraient pouvoir aller plus loin que l'article 71 **en imposant aux pouvoirs adjudicateurs de vérifier, au moment de l'appel d'offres, que des sous-traitants ne se trouvent pas dans une situation d'exclusion de procédure de passation des marchés publics**²⁵⁵. Pour ce faire, le paragraphe (2) de l'article 24 procède en deux temps.

Premièrement, le paragraphe (2) de l'article 24 distingue les motifs d'exclusion dits « obligatoires », principalement pour raisons pénales²⁵⁶ et de non-respect d'obligations fiscales, entraînant l'obligation, pour le contractant principal, de remplacer le sous-traitant concerné, des motifs d'exclusion dits « non-obligatoires »²⁵⁷ et entraînant la possibilité, dans le chef du pouvoir adjudicateur, d'en demander le remplacement.

Deuxièmement, les documents nécessaires permettant de juger de l'existence de motifs d'exclusion (obligatoires ou non) sont également introduits à travers le paragraphe (2) de l'article 24, qui renvoie lui-même aux articles 31 et 71 du Projet de loi pour les marchés d'envergure nationale et européenne respectivement.

Pour les marchés d'envergure européenne, le renvoi du paragraphe (2) de l'article 24 à l'article 71 du Projet de loi (qui renvoie ensuite lui-même aux articles 31, 72 et 73 du Projet de loi) permet de comprendre que les documents suivants sont requis, en ligne avec les dispositions de la Directive 2014/24/UE :

- extrait de casier judiciaire ou équivalent afin de prouver l'absence de condamnation pénale dans le chef du (des) sous-traitant(s) (article 31 paragraphes (1) et (2)²⁵⁸) ; et

²⁵³ Cf. article 1^{er} de la Loi du 23 juillet 1991 : « *Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous la responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître d'ouvrage.* ».

²⁵⁴ Voir article 71 paragraphe 1^{er} de la Directive 2014/24/UE : « *Le respect des obligations visées à l'article 18 paragraphe (2) [clause sociale horizontale] [par les sous-traitants] est assuré grâce à des mesures appropriées adoptées par les autorités nationales compétentes agissant dans le cadre de leurs responsabilités et compétences.* ».

²⁵⁵ Pour rappel, une situation d'exclusion telle que définie à l'article 57 de la Directive 2014/24/UE et transposée à l'article 29 du Projet de loi. Il est à noter que, selon cet article, il est permis d'exclure des sous-traitants au moment de l'analyse des offres par le pouvoir adjudicateur et que ce dernier peut en exiger le remplacement à ce stade relativement avancé de la procédure. L'exclusion des sous-traitants est également possible pendant l'exécution du contrat, comme le prévoit le reste de l'article 71 de la Directive 2014/24/UE (traité aux articles 105 et 106 du Projet de règlement grand-ducal, commentés ci-dessous).

²⁵⁶ Participation à une organisation criminelle ou terroriste, cas de corruption ou d'escroquerie, etc.

²⁵⁷ Tels qu'énumérés au paragraphe (4) de l'article 29 du Projet de loi transposant l'article 57 de la Directive 2014/24/UE. Par exemple : non-respect de la clause sociale horizontale, état de faillite/insolvabilité/liquidation/cessation d'activités, faute professionnelle grave, défaillances importantes lors de marchés publics antérieurs, etc.

²⁵⁸ A noter que les paragraphes (3) et (4) de l'article 31 transposant l'article 60 de la Directive 2014/24/UE prévoient deux documents additionnels ne concernant cependant pas l'exclusion, mais bien la sélection des soumissionnaires, à savoir : (i) des états financiers ou équivalents afin de justifier de leur capacité économique et financière et (ii) des renseignements sur le personnel et toute autre preuve pertinente (spécifiée à l'annexe VI du Projet de loi transposant l'annexe XII de la Directive 2014/24/UE) afin de justifier de leur capacité technique.

- pour les autres cas d'exclusions (par exemple : le non-respect des obligations fiscales et des autres cas d'exclusions « non-obligatoires » comme le non-respect de la clause sociale horizontale, parmi d'autres) : une déclaration sur l'honneur et actualisée dans le DUME (article 72) ou sur e-Certis (article 73)²⁵⁹.

Pour les marchés d'envergure nationale, la Chambre de Commerce s'interroge face au renvoi du paragraphe (2) de l'article 24 à l'unique article 31 du Projet de loi.

En effet, en matière d'exclusion, le périmètre de l'article 31 du Projet de loi se limite à la preuve de l'absence de condamnation pénale, à rapporter au moyen d'extraits de casier judiciaire ou équivalent (cf. ses paragraphes 1 et 2²⁶⁰). Par conséquent, qu'en est-il de la preuve du respect des obligations fiscales ou des cas d'exclusions dits « non-obligatoires » ? Le paragraphe (2) de l'article 24 ne devrait-il pas y faire référence, tout comme pour les marchés d'envergure européenne (sachant que le DUME et l'e-Certis ne sont pas requis dans ce cas) ? Il pourrait par exemple s'agir des « certificats » et « autres documents justificatifs » relatifs aux sous-traitants tels que prévus à l'alinéa 5 du paragraphe (2) de l'article 106 du Projet de règlement grand-ducal traitant de l'exclusion des sous-traitants en cours d'exécution de contrat²⁶¹ et commenté ci-dessous. Si tel devait en être le cas, une référence à ces documents serait la bienvenue dans le présent article.

En conclusion, les documents à produire au stade de l'appel d'offres suivant le paragraphe (2) de l'article 24 revu ici proviennent d'options données par la Directive 2014/24/UE (et prises par les auteurs), mais elles n'apparaissent pas particulièrement problématiques aux yeux de la Chambre de Commerce. Ceci n'est pas le cas des obligations d'information imposées en cours d'exécution de contrat, comme il le sera vu au commentaire des articles 105 et 106 ci-dessous.

En résumé, les **documents relatifs à la sous-traitance requis** de la part des opérateurs économiques **au stade de la remise de leurs offres** sont les suivants aux termes des paragraphes (1) et (2) de l'article 24 :

- indication de la part de marché à sous-traiter (ce qui ne pose pas de problème particulier),
- extraits des casiers judiciaires de tous les sous-traitants (en plus de ceux de l'opérateur économique faisant offre, ce qui est déjà plus lourd à réunir en pratique, mais pas particulièrement problématique),
- déclaration sur l'honneur à actualiser dans le DUME ou e-Certis lorsqu'il s'agit de marchés d'envergure européenne²⁶² (ne posant pas de problème particulier, sachant que seul l'opérateur remportant l'offre sera tenu de fournir, *ex post*, les documents officiels attestant des déclarations préalables sur DUME/e-Certis).

Enfin, les paragraphes (1) à (3) de l'article 25 du Projet de règlement grand-ducal sont repris des paragraphes (3) à (5) de l'article 10 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009. Ces dispositions obligent un soumissionnaire à remettre une liste de sous-traitants dès lors qu'il s'agit d'un marché exécuté par voie d'entreprise générale. En effet, selon le commentaire de l'article 25 (page 7), « *la jurisprudence [luxembourgeoise] a retenu qu'il s'agit d'une formalité substantielle*

²⁵⁹ Pour rappel : Seul l'opérateur économique (et ses sous-traitants) qui remporte une procédure ouverte (ou qui est invité à soumettre une offre dans les autres procédures - voir section 4 sur le DUME *supra*) est ensuite tenu de fournir les documents attestant de sa/ses déclaration(s) sur l'honneur actualisée(s) sur le DUME ou, le cas échéant, sur e-Certis.

²⁶⁰ La justification de la capacité financière (paragraphe 3) et technique (paragraphe 4) d'un opérateur économique fait bien partie du champ de l'article 31 du Projet de loi, mais elle concerne uniquement les critères de sélection, et non d'exclusion.

²⁶¹ Voir article 106, paragraphe (2) alinéa 5 : « *Aux fins de l'application du paragraphe 4 [traitant de l'exclusion de sous-traitants en cours de contrat], l'adjudicataire communique au pouvoir adjudicateur les certificats et autres documents justificatifs aux sous-traitants. Pour les marchés relevant du Livre II, les informations requises sont assorties de déclarations sur l'honneur des sous-traitants selon les dispositions de l'article 72 [DUME] de la loi. En ce qui concerne les sous-traitants qui se sont présentés après l'attribution de marché, ceux-ci fournissent des certificats et autres documents justificatifs en lieu et place d'une déclaration sur l'honneur.* ».

²⁶² Le(s) document(s) équivalent(s) pour les marchés d'envergure nationale méritant d'être précisés dans les présents articles.

dont l'omission doit nécessairement entraîner l'irrecevabilité d'une offre ». La Chambre de Commerce n'a pas d'objection à cet ajout.

Les dispositions du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 interdisant à un entrepreneur général de changer de sous-traitant(s) en cours d'exécution de contrat (sauf exceptions dûment justifiées) sont finalement reprises à l'ultime paragraphe (4) de l'article 25, n'appelant pas non plus de commentaire particulier de la part de la Chambre de Commerce.

Article 45 : Publication de l'avis de marché

Les dispositions de cet article ont été reprises de celles énoncées à l'article 38 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 alors qu'un renvoi au Livre IV, qui contient à présent des dispositions relatives au portail des marchés publics, a été intégré dans le texte.

De manière générale, la Chambre de Commerce demande à ce qu'un avis de préinformation précède tout avis de marché national de moindre envergure, en tout cas au moins pour les marchés dépassant un certain seuil intermédiaire à définir dans le cadre de travaux issus d'un GT technique²⁶³.

L'article 157 intitulé « Avis de préinformation » du Livre II mériterait donc d'être intégré au Livre I, avant l'article 45. Les dispositions de la directive encadrant la préinformation et ses délais devraient elles aussi être intégrées au Livre I.

Au paragraphe (2) de l'article 45, il convient de préciser ce qu'une « publication adéquate » signifie dans le cas particulier traité à cet alinéa d'une procédure négociée (#6) pour laquelle le pouvoir adjudicateur ne connaîtrait pas un nombre suffisant d'indicateurs économiques compétents - ladite « publication adéquate » permettant à d'autres concurrents intéressés non connus du pouvoir adjudicateur de se manifester.

La Chambre de Commerce attire enfin l'attention sur la formulation du paragraphe (4) du même article : « *En règle générale, les pouvoirs adjudicateurs mettent à disposition une version électronique du dossier de soumission sur le portail des marchés publics* ».

Comme vu dans les considérations générales, le taux d'adoption de l'e-access est encore relativement faible au Luxembourg, et une formulation plus contraignante serait bien venue (par exemple : « *Les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de mettre à disposition (...)* »).

La Chambre de Commerce rappelle en outre que l'article 4 alinéa (2) du Règlement grand-ducal du 27 août 2013 a malencontreusement ouvert la porte à une multitude d'exceptions en matière d'e-access²⁶⁴. Le cas échant et vraisemblablement lors de la transposition de la Directive « Facturation électronique », cet article devra impérativement être reformulé.

²⁶³ Pour rappel, voir commentaire de l'article 152 (Livre I) du Projet de règlement grand-ducal ci-dessous : un seuil que l'on pourrait qualifier d' « intermédiaire » existe bien au Livre I et il est arrêté à 60.000 EUR (anciennement : 55.000 EUR) pour les marchés publics de travaux, fournitures et de services « *ne dépassant pas une certaine envergure* ». Dans le cadre de l'article 152, les pouvoirs adjudicateurs peuvent avoir recours à une procédure peu concurrentielle (à savoir, une procédure #2bis ou #6) si la valeur estimée de leur marché ne dépasse pas ce seuil.

²⁶⁴ Pour rappel, l'article 4 alinéa (2) du Règlement grand-ducal du 27 août 2013 est formulé comme suit : « *Par exception, certains éléments sensibles ou confidentiels et qui figurent dans les documents de la soumission peuvent au besoin être transmis aux opérateurs économiques uniquement sur support papier. Il en est de même lorsque certains documents de la soumission sont inadaptés ou trop volumineux pour être téléchargés aisément par les opérateurs économiques* ». Cette formulation vaste est une des causes de la timide adoption de l'e-access au Luxembourg, selon la Commission européenne.

Article 46 : Contenu de l'avis de marché

Les dispositions de cet article ont été reprises de celles énoncées aux articles 39 et 85 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009. Elles sont complétées par de mineures modifications de texte apportées aux paragraphes 1^{er}, (3) et (4) n'appelant pas de commentaire particulier de la part de la Chambre de Commerce.

Logiquement, les exigences de contenu des avis de marchés publics, telles que prévues à l'article 46 pour les marchés nationaux, sont moindres que celles prévues à l'article 158 intitulé « Avis de marché » du Livre II applicable aux marchés d'envergure européenne. Il n'est par exemple pas nécessaire d'indiquer les codes NUTS et CPV de tous les lots éventuels dans un avis de marché national.

Néanmoins, et en continuité avec son commentaire de l'article 13 du Projet de règlement grand-ducal ci-dessus, la Chambre de Commerce note que l'indication des critères permettant aux opérateurs économiques de comprendre comment une offre sera évaluée dans le Livre II est omise dans l'article avisé ici.

Or, la Chambre de Commerce le rappelle, cette information est importante pour tous les opérateurs économiques, quelle que soit leur taille (PME et TPE incluses) ou la taille du marché pour lequel ils font offre. La Chambre de Commerce demande donc à ce que l'introduction de critères d'évaluation s'applique aussi dans le Livre I (pour rappel : pondérés si possible ou au minimum hiérarchisés par ordre décroissant d'importance).

Enfin, au paragraphe (5) du même article, la Chambre de Commerce ne comprend pas pourquoi l'interdiction d'informer les soumissionnaires de tout devis éventuellement préétabli par un pouvoir adjudicateur soit maintenue sous le Livre I, comme par le passé, alors que cette même interdiction est abrogée sous le Livre II face aux nouvelles dispositions de la Directive 2014/24/UE permettant dorénavant d'indiquer de manière facultative la « valeur estimée » d'un marché dans un avis.

Aux yeux de la Chambre de Commerce, cette possibilité doit pouvoir s'appliquer à tous les marchés, quelle que soit leur envergure et ce même si le prix est un critère prédominant ou unique d'attribution.

Articles 47 et 49 : Principes applicables à la fixation des délais et délai de soumission

Pour rappel, de manière générale, l'on observe une réduction substantielle des délais minimaux de soumission d'offres pour les marchés d'envergure européenne régis par la nouvelle Directive 2014/24/UE et transposés dans le Livre II, ce que la Chambre de Commerce tend à regretter (voir section 1 des considérations générales ci-dessus).

Si la Chambre de Commerce ne peut s'opposer à l'approche prise par la directive, elle s'oppose en tout cas formellement à l'approche prise par les auteurs du Projet de règlement grand-ducal avec les articles revus ici, et qui font le choix d'également réduire les délais du Livre I en ligne avec l'esprit de la directive, en tout cas au moins pour les marchés « importants » (le délai minimal pour les marchés « de moindre importance » demeurant inchangé comme montré ci-dessous).

En outre, à la lecture conjointe des articles 47 et 49, la Chambre de Commerce s'interroge à trois reprises.

L'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} de l'article 47 reprend la première phrase de l'article 45 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 abrogé, et prévoit :

« (...) un délai suffisant pour permettre aux soumissionnaires de se documenter, de préparer et de calculer leur offre sans précipitation ainsi que de satisfaire valablement aux exigences du cahier spécial des charges, notamment en ce qui concerne la production d'échantillons, certificats ou tests. »

Toujours selon l'article 47, ce « délai suffisant » s'entend « sans préjudice » des délais minimaux fixés à l'article 49 du Projet de règlement grand-ducal, notamment du délai minimal de 30 jours prévu à son premier alinéa (comparé aux 35 jours prévus à l'article 45 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 que l'article 47 revu ici remplace) :

« Pour des travaux, fournitures ou services importants, ce délai doit être de 30 jours [à ce jour à l'article 45 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 : 35 jours] au moins. Lorsqu'il s'agit de travaux, fournitures ou services de moindre importance ou en cas d'urgence, ce délai peut être ramené à 22 jours au moins [à ce jour à l'article 45 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 : 22 jours]. »²⁶⁵

Premièrement, s'agit-il de jours ouvrables ou de jours calendaires ? En pratique et sans précision de la part des directives (tant de l'ancienne Directive 2004/18/CE que de la Directive 2014/24/UE), la Chambre de Commerce observe que les pouvoirs adjudicateurs ont invariablement recours aux deux notions, ce qui est source de méprise dans le chef des opérateurs économiques. La réforme en cours est donc l'occasion de clarifier ces termes, soit dans les textes avisés soit dans des lignes directrices à destination de tous.

Deuxièmement, qu'est-ce qu'une prestation « importante » ou, *a contrario*, « de moindre importance » ? A nouveau, il serait opportun de profiter de la réforme en cours pour clarifier cette notion. Pour rappel, la Chambre de Commerce appelle à plusieurs reprises dans cet avis à ce que des seuils intermédiaires (nationaux) soient définis dans le cadre de travaux issus d'un GT technique. Les travaux de ce GT seraient l'occasion de relier les notions de prestation « importante » ou « de moindre importance » à de tels seuils intermédiaires.

Troisièmement, quelle est l'utilité de fixer des délais minimaux à l'article 49 du Projet de règlement grand-ducal si l'on peut y déroger en vertu du « délai suffisant » prévu (de manière relativement floue, aux yeux de la Chambre de Commerce) à l'article 47 du même texte ?

A nouveau, la Chambre de Commerce demande à ce que la réforme en cours soit l'occasion de clarifier tous ces questionnements et, à l'image de la Directive 2014/24/UE, de prévoir des délais clairs (toutefois sans les raccourcir davantage dans le cadre du Livre I).

²⁶⁵ Toujours selon l'article 49 du Projet de règlement grand-ducal, ces délais pourront dorénavant être réduits de cinq jours en cas d'e-soumission et au minimum à 15 jours en cas de « situation d'urgence dûment justifiée », ceci dans l'esprit de la directive.

Articles 50 et 51 : Délai d'adjudication

Les dispositions de ces deux articles ont été reprises de celles énoncées aux articles 46 et 47 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009.

Selon ces deux articles, le terme de l'adjudication « ne dépasse normalement pas » deux mois à compter de l'ouverture de la soumission. Pour les mises en adjudication « d'envergure », ce délai peut être plus long, sans qu'il ne puisse excéder cinq mois.

La Chambre de Commerce constate que ces articles ne permettent pas de s'assurer qu'un délai d'adjudication minimal soit respecté en pratique. Malheureusement, la Directive 2014/24/UE ne prévoit rien non plus en la matière, se contentant de demander, pour les marchés d'envergure européenne, qu'un avis d'attribution de marché soit envoyé aux soumissionnaires « au plus tard 30 jours après la conclusion d'un marché »²⁶⁶. En effet, il semblerait qu'en tant qu'adjudicateur européen majeur, la Commission européenne préfère ne pas imposer de tels délais à elle-même et aux autres institutions européennes.

Aux yeux de la Chambre de Commerce, la frilosité européenne et luxembourgeoise en matière de délais d'adjudication est regrettable. Le temps parfois extrêmement long d'attribution de marchés est source de grande insécurité opérationnelle pour les entreprises en général, et pour les PME/TPE en particulier (surtout celles dont les clients principaux sont les institutions publiques), par exemple en ce qui concerne la planification, la trésorerie ou encore la gestion de leur personnel.

Article 71 : Modalité de remise des offres et formalités à respecter

Le texte de cet article est en grande partie repris de celui énoncé à l'article 64 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009. Une modification y est apportée en ce sens que les indications à faire figurer sur les enveloppes contenant les offres ne seront dorénavant plus demandées « sous peine de nullité »²⁶⁷. Au contraire, les enveloppes ne respectant pas les formalités prescrites, mais qui seront néanmoins arrivées à destination, fermement scellées et endéans les délais prescrits, seront prises en considération.

La Chambre de Commerce accueille favorablement cet assouplissement au moment de la réception des offres.

Article 97 : Principes applicables à l'attribution du marché

Cet article reprend le texte énoncé à l'article 90 paragraphe 1^{er} du Règlement grand-ducal du 3 août 2009. Il a plus spécifiquement traité aux délais d'adjudication qui, pour rappel, sont une déception tant au niveau luxembourgeois²⁶⁸ qu'europpéen²⁶⁹.

²⁶⁶ Article 50 de la Directive 2014/24/UE transposé à l'article 159 (Livre II) du Projet de règlement grand-ducal.

²⁶⁷ Par contre, une offre remise dans « une enveloppe dont les rebords principaux ne sont pas fermés par tout moyen permettant (...) d'en contrôler l'intégrité » ne pourra toujours pas être prise en considération, ce que la Chambre de Commerce comprend.

²⁶⁸ Pour rappel, voir commentaire des articles 51 et 52 du Projet de règlement grand-ducal ci-dessus.

²⁶⁹ Pour rappel, voir la section 1 des considérations générales ci-dessus.

Articles 105 et 106 : Déclarations obligatoires et sous-traitance

Comme mentionné au commentaire des articles 23 à 25 ci-dessus, les dispositions des articles 105 et 106 doivent se lire en conjonction avec celles des trois articles susmentionnés pour une vision d'ensemble sur la question de la sous-traitance.

L'article 105 du Projet de règlement grand-ducal sous avis reprend le texte énoncé à l'article 96 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 prévoyant que, tant le pouvoir adjudicateur que l'adjudicataire, sont obligés de se conformer aux obligations de déclaration de chantier émanant de la réglementation luxembourgeoise en matière de sécurité et de santé sur les lieux du travail, ce qui coule de source et ce à quoi la Chambre de Commerce ne s'oppose pas.

Par contre, les paragraphes (1) à (3) de l'article 106 méritent d'être commentés *in extenso* (la Chambre de Commerce n'ayant pas de commentaire à apporter aux ultimes paragraphes (4) et (5) de l'article 106).

Le paragraphe 1^{er} de l'article 106 reprend le texte énoncé à l'article 96 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 disposant que « *sans préjudice des dispositions prévues aux articles 24 et 25 [du Projet de règlement grand-ducal sous avis], l'adjudicataire (contractant principal) ne peut sous-traiter tout ou partie de son contrat qu'avec l'assentiment par écrit du pouvoir adjudicateur* ». **La question de la sous-traitance étant dorénavant largement encadrée** par les articles 23 à 25 (stade de l'offre) et 105 et 106 (stade de l'exécution du contrat) du Projet de règlement grand-ducal transposant l'article 71 de la Directive 2014/24/UE, **la Chambre de Commerce se demande si cette disposition nationale a lieu d'être maintenue.**

Le paragraphe (2) alinéa 1^{er} de l'article 106 transpose le paragraphe (5) de l'article 71 de la directive imposant au contractant une obligation de fournir un certain nombre d'informations au pouvoir adjudicateur (principalement : indiquer le nom, les coordonnées et les représentants légaux des sous-traitants participant à ces travaux, ou faire part de tout changement relatif à ceux-ci en cours de marché) en cas de marché de travaux ou de services fournis « *dans un local placé sous la surveillance directe du pouvoir adjudicateur* », soit sur place. La Chambre de Commerce n'a pas de commentaire à apporter sur cette obligation d'information du pouvoir adjudicateur en cas de prestation de travaux ou de services sur place, voulue par la directive.

Par contre, **tel qu'il est formulé, l'alinéa 2 du même paragraphe va beaucoup trop loin :**

« Les [mêmes] obligations [d'information] s'appliquent également : a) aux marchés portant sur des fournitures, des travaux ou des services exécutés ailleurs que dans un local placé sous la responsabilité directe du pouvoir adjudicateurs [soit, non-prestés sur place], et même pour les fournisseurs participant aux marchés de travaux et services ; b) aux sous-traitants des sous-traitants du contractant principal ou se trouvant à des échelons inférieurs de la chaîne de sous-traitance. »

Cet alinéa fait écho à l'alinéa 5 du paragraphe (5) de l'article 71 de la Directive 2014/24/UE, qui prévoit que les Etats membres puissent, de manière facultative, étendre l'obligation d'information sur les sous-traitants en cas de travaux et services fournis sur place, en

donnant deux exemples précis²⁷⁰. Les auteurs reprennent presque mot pour mot les deux exemples donnés à l'alinéa 5 du paragraphe (5) de l'article 71 de la Directive 2014/24/UE et ajoutent à cette obligation d'information les marchés de fournitures, de services et de travaux non-prestés sur place : ceci équivaut à étendre l'obligation d'information prévue par la directive en cas de travaux/services prestés sur place à presque tous les marchés publics²⁷¹.

En outre, cette même obligation d'information est étendue non seulement à la chaîne des sous-traitants, en ligne avec les exemples donnés par la directive, mais également aux fournisseurs (en cas de marchés de travaux et services), ce qui va résolument plus loin que les exemples donnés dans la directive.

La Chambre de Commerce rappelle qu'il s'agit là uniquement d'exemples donnés par la directive, pas d'une obligation de transposition.

Si elle peut encore appréhender qu'une obligation d'information sur les sous-traitants en cours d'exécution de contrat soit étendue à (presque²⁷²) tous les marchés, la Chambre de Commerce ne peut cependant pas accepter que les auteurs du Projet de règlement grand-ducal sous avis aillent aussi loin qu'à étendre cette obligation à la chaîne de sous-traitants et aux fournisseurs. Il s'agit là d'information particulièrement lourde à réunir pour toute entreprise en général, et pour les PME en particulier.

En résumé, les **informations relatives à la sous-traitance requises** de la part des opérateurs économiques **au stade de l'exécution d'un contrat** sont les suivantes :

Indiquer les :

- noms,
- coordonnées et
- représentants légaux des sous-traitants participant au marché, ainsi que

Faire part de tout changement relatif à ceux-ci en cours d'exécution de marché, pour :

- (i) Les marchés de travaux ou de services prestés sur place (en ligne avec la directive) ;
- (ii) Les marchés de travaux, services ou fournitures non prestés sur place (soit presque tous les marchés, ce qui est en ligne avec les exemples donnés par la directive) ;
- (iii) L'entièreté de la chaîne des sous-traitants (en ligne avec les exemples donnés par la directive) ;
- (iv) Les fournisseurs, en cas de marchés de travaux et de services (ce qui va résolument plus loin que la directive).

Qui plus est, la Chambre de Commerce ne comprend pas l'intérêt de l'alinéa 4 du même paragraphe (2) de l'article 106 disposant que « *les alinéas 1^{er} à 3 ne s'appliquent pas aux fournisseurs* ».

L'alinéa 2 point (a) du paragraphe (2) mentionne explicitement les fournisseurs (ce qui est, pour rappel, inacceptable pour la Chambre de Commerce), alors pourquoi les exclure (certes, à juste titre) ensuite?

²⁷⁰ Cf. Article 71 paragraphe (5) alinéa 5 de la Directive 2014/24/UE : « *Les pouvoirs adjudicateurs peuvent étendre ou être contraints par des États membres à étendre les obligations prévues au premier alinéa, par exemple : (a) aux marchés de fournitures, aux marchés de services autres que ceux concernant des services à fournir dans les locaux du pouvoir adjudicateur sous sa surveillance directe ou aux fournisseurs participant aux marchés de travaux ou de services [soit, non-prestés sur place] ; (b) aux sous-traitants des sous-traitants du contractant principal ou se trouvant à des échelons inférieurs de la chaîne de sous-traitance.* »

²⁷¹ « Presque » car, à la lecture conjointe de l'alinéa 1^{er} et de l'alinéa 2 point (a) du paragraphe (2) de l'article 106, seuls les fournitures livrées sur place ne tombent pas sous l'obligation d'information en question.

²⁷² Pour rappel, « presque » car, à la lecture conjointe de l'alinéa 1^{er} et de l'alinéa 2 point (a) du paragraphe (2) de l'article 106, seuls les fournitures livrées sur place ne tombent pas sous l'obligation d'information en question.

De plus, cet ajout semble faire écho à l'alinéa 4 du paragraphe (5) de l'article 71 de la Directive 2014/24/UE stipulant que « [l'obligation d'information] *ne s'applique pas aux fournisseurs* ». **Cet alinéa de l'article 71 de la directive démontre au passage qu'il n'est pas dans l'intention de la directive d'étendre l'obligation d'information relative aux sous-traitants aux fournisseurs.** L'ajout revu ici complique inutilement la lecture du paragraphe (2) de l'article 106. Quant à eux, les alinéas 1 et 3 du même paragraphe (2) de l'article 106 ne mentionnent tout simplement pas les fournisseurs et il apparaît incongru, aux yeux de la Chambre de Commerce, de vouloir les exclure explicitement par la suite, soit à l'alinéa 4.

La Chambre de Commerce suggère donc que soit retirée la référence aux « fournisseurs participant aux marchés de travaux et de services » à l'alinéa 2 point (a) du paragraphe (2) de l'article 106, et que soit supprimé l'alinéa 4. Cette double suppression permettrait non seulement de simplifier la lecture du paragraphe (2) de l'article 106, mais également de se défaire d'une obligation d'information en cours d'exécution de contrat peu acceptable aux yeux de la Chambre de Commerce et, de surcroît, non voulue par la directive.

En outre, la Chambre de Commerce ne comprend pas le sens du libellé de l'alinéa 3 du même paragraphe (2) de l'article 106 spécifiant que « *le pouvoir adjudicateur [puisse] imposer au contractant principal l'obligation de fournir les informations requises directement* ». Que doit-on entendre par « requises directement » ? Elle est consciente qu'il s'agit là d'une disposition transposée à la lettre du 2^e alinéa du paragraphe (5) de l'article 71 de la directive. Ce qui n'empêche que, sans considérant pour l'expliquer, le libellé de l'alinéa 3 demeure inintelligible.

La Chambre de Commerce n'a pas de commentaire particulier à apporter à l'alinéa 5 du paragraphe (2) de l'article 106 si ce n'est qu'elle rappelle qu'un renvoi à cet alinéa pourrait être prévu à l'article 24 paragraphe (2) du Projet de règlement grand-ducal, déjà commenté ci-dessus. Il semblerait en effet que les « certificats » et « autres documents justificatifs » relatifs aux sous-traitants auxquels il est fait référence à l'alinéa 5 puissent servir de documents permettant d'encadrer les sous-traitants au stade de l'offre pour les marchés d'envergure nationale.

Article 152 : Dispositions spécifiques aux marchés ne dépassant pas une certaine envergure relatives au recours à la procédure restreinte sans publication d'avis et à la procédure négociée

La Chambre de Commerce avertit d'emblée que l'expression « *aux marchés ne dépassant pas une certaine envergure* » au titre du présent article, dont les dispositions s'appliquent aux marchés publics régis par le Livre I, porte à confusion avec les termes similaires de « *marchés publics d'une certaine envergure* », ces derniers étant régis par les dispositions du Livre II²⁷³.

Outre cette première considération d'ordre sémantique, la Chambre de Commerce note que l'article 152 revu ici reprend le texte énoncé à l'article 161 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 stipulant que « *les marchés de travaux, de fournitures et de services peuvent être passés soit par procédure restreinte sans publication d'avis [#2bis], soit par procédure négociée [#6], lorsque le montant total du marchés n'excède pas 60.000 EUR*²⁷⁴ ».

²⁷³ Le Livre II du Projet de règlement grand-ducal s'intitulant d'ailleurs : « *dispositions spécifiques applicables aux marchés publics d'une certaine envergure* ». Dans le Projet de loi, le Livre II s'intitule « *dispositions particulières relatives aux marchés d'une certaine envergure* ».

²⁷⁴ Le seuil pour un marché « *ne dépassant pas une certaine envergure* » ayant été rehaussé de 55.000 EUR à 60.000 EUR par rapport à l'article 161 du Règlement grand-ducal du 3 août 2009.

Tout comme à l'article 19 du Projet de loi commenté ci-dessus²⁷⁵, il apparaît donc qu'un seuil que l'on pourrait qualifier d' « intermédiaire » existe bel et bien au Livre I, et il est arrêté à 60.000 EUR (anciennement : 55.000 EUR) pour les marchés publics de travaux, fournitures et de services « *ne dépassant pas une certaine envergure* ».

A plusieurs reprises dans le présent avis, la Chambre de Commerce appelle à ce que soit créé un GT technique, voire plusieurs GT techniques sectoriels, permettant de définir des seuils intermédiaires dans le Livre I.

Dans le présent article, ce « seuil intermédiaire » autorise le recours à une procédure peu concurrentielle, ce que la Chambre de Commerce peut comprendre, même si elle relève que 60.000 EUR demeure un montant élevé pour de petites entreprises, notamment les TPE, actives sur les marchés de services par exemple.

La Chambre de Commerce demande en outre à ce que d'autres aspects des procédures de passation de marchés publics soient reconsidérés lorsque ces seuils sont dépassés, comme : l'existence d'avis de préinformation, le recours au DUME, la pondération (ou à défaut, la hiérarchisation) obligatoire des critères d'attributions, la soumission électronique des offres, parmi de nombreux autres aspects abordés à travers le présent avis.

Plus simplement, il pourrait être envisagé que les règles applicables au Livre II le soient également dans de tels cas.

Livre II - Dispositions spécifiques applicables aux marchés publics d'une certaine envergure

Article 154 : Exigences en matière d'efficacité énergétique

Comme déjà mentionné, le 15 février 2016, la Chambre de Commerce a été saisie d'un projet de règlement grand-ducal relatif à l'efficacité énergétique dans les marchés publics, devenu le Règlement grand-ducal du 5 juillet 2016²⁷⁶.

Le Règlement grand-ducal du 5 juillet 2016 insère un article 169bis, ainsi qu'une annexe X, au Règlement grand-ducal du 3 août 2009 qui, pour rappel, est abrogé par le Projet de règlement grand-ducal sous avis.

L'article 169bis du Règlement grand-ducal du 5 juillet 2016 transpose l'article 6 de la Directive 2012/27/UE relative à l'efficacité énergétique dans les marchés publics, qui concerne l'achat durable. L'article 6 de ladite directive oblige les Etats membres à veiller à ce que les gouvernements centraux n'acquière que des produits, services et bâtiments (y compris leur location) à « haute performance énergétique », en tout cas au moins dans le cadre de marchés d'envergure européenne. Les pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités gouvernementales centrales doivent être « encouragés » à suivre leur exemple.

Une fois le Règlement grand-ducal du 3 août 2009 abrogé, le texte de l'article 169bis et de son annexe sera remplacé par celui du présent article 154, ainsi que de l'annexe I du Projet de règlement grand-ducal à laquelle il renvoie. La Chambre de Commerce se permet de

²⁷⁵ Voir commentaire de l'article 19 du Projet de loi ci-dessous introduisant lui aussi un seuil que l'on pourrait qualifier d' « intermédiaire » pour les marchés de travaux du Livre I. Pour rappel, aux yeux de la Chambre de Commerce, il incombe d'harmoniser ce seuil intermédiaire pour les marchés de travaux considérés dans ces deux articles.

²⁷⁶ La Chambre de Commerce n'a pas eu l'occasion de commenter le projet de règlement grand-ducal relatif à l'efficacité énergétique dans les marchés publics, tandis que le Conseil d'Etat a émis son avis le 24 mai 2016.

commenter ce nouvel article car, à ses yeux, plusieurs remarques du Conseil d'Etat émises le 24 mai 2016 sont toujours valables et méritent d'être rappelées.

Premièrement, la Chambre de Commerce relève que l'écart d'ordre sémantique observé entre le libellé du paragraphe 1^{er} de l'article 154 et le texte de la Directive 2012/27/UE, bien que corrigé dans le Règlement grand-ducal du 5 juillet 2016, persiste ici. Il s'agit donc de le corriger en ligne avec les recommandations du Conseil d'Etat.

Deuxièmement, il apparaît que les « *autorités gouvernementales centrales telles que définies à l'article 2 [du Projet de loi transposant l'annexe I de la Directive 2014/24/UE²⁷⁷]* » et les « *organes, administrations et services de l'Etat* » soient visés au paragraphe 1^{er} de l'article 154. Or, comme le Conseil d'Etat le constate, le considérant (19) de la Directive 2012/27/UE précise que l'obligation d'achat durable devrait s'appliquer « *aux organismes administratifs dont les compétences conjuguées s'étendent à la totalité du territoire* ».

Tout comme le Conseil d'Etat, la Chambre de Commerce se demande si le périmètre des acheteurs publics visés à l'article 154 n'est pas trop restrictif. Par exemple, elle se demande si le Fonds du logement, un organisme potentiellement clé dans la promotion de bâtiments à plus grande performance énergétique *via* les marchés publics et opérant sur tout le territoire luxembourgeois, pourrait être considéré suite à la définition de l'article 154.

Troisièmement, la Chambre de Commerce note que l'annexe I du Projet de règlement grand-ducal prévoit le cas de figure d'une prise en location de bâtiments. Or, le point (a) de l'article 56 « Exclusions spécifiques pour les marchés de services » du Livre II du Projet de loi exclut « *les marchés publics de services ayant pour objet la location quelle qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou concernant les droits sur ces biens* ». L'apparente contradiction entre l'article 56 du Projet de loi et l'annexe I du Projet de règlement grand-ducal mériterait d'être levée.

Enfin, dans son avis du 24 mai 2016, le Conseil d'Etat relève que le paragraphe 1^{er} de l'article 156 prévoyant une exemption à l'obligation d'achat durable ne définit pas ce qu'il faut entendre par « efficacité par rapport au coût », « faisabilité économique », « durabilité au sens large », ou encore « adéquation technique »²⁷⁸.

Or, depuis la réception, en février 2016, du texte du projet de règlement grand-ducal relatif à l'efficacité énergétique dans les marchés publics, des définitions supplémentaires ont été données, notamment aux articles 35 et 37 du Projet de loi sous avis définissant les critères d'attribution de marchés²⁷⁹. Comme il l'a déjà été soulevé, ce complément d'information est le bienvenu puisqu'il permet d'accroître la transparence du processus d'évaluation des offres. Néanmoins, à ce stade même les spécialistes des marchés publics reconnaissent que ces définitions ne sont pas encore claires, et que seule la pratique et davantage de guidance européenne permettront d'en améliorer la compréhension²⁸⁰.

Quoi qu'il en soit, la Chambre de Commerce constate que le libellé de l'article 154 ajoute encore un peu de flou aux questionnements ambiants.

²⁷⁷ Soit 19 ministères.

²⁷⁸ « *Les autorités gouvernementales centrales (...) acquièrent des produits, services et bâtiments à haute performance énergétique, dans la mesure où cela est compatible avec l'efficacité par rapport au coût, la faisabilité économique, la durabilité au sens large, l'adéquation technique et un niveau de concurrence suffisant, conformément à l'annexe I.* »

²⁷⁹ Voir les considérations générales (section 7) ci-dessus pour rappel.

²⁸⁰ Source : EIPA. Avril 2016. *Implementation of the procurement directive : The approach in Denmark*. Maastricht : EIPA.

Par exemple, la Chambre de Commerce se demande si le terme « efficacité par rapport au coût » du présent article doit être entendu comme le « rapport coût/efficacité » de l'article 35 du Projet de loi? A défaut, elle se demande si ce terme peut inclure la notion de « rapport qualité/prix » du même article. De plus, les termes « durabilité au sens large », « faisabilité économique » ou « adéquation technique » n'apparaissent pas davantage décrits dans la Directive 2014/24/UE.

Or, comme le relève le Conseil d'Etat, l'absence de définition claire laisse la porte ouverte à une interprétation subjective de ces termes de la part des pouvoirs adjudicateurs, entraînant nécessairement des divergences dans l'application des règles préjudiciables à la prévisibilité et, donc, à la sécurité juridique des soumissionnaires.

Pour ces raisons, la Chambre de Commerce réitère sa demande déjà formulée dans les considérations générales ci-dessus (section 7), à savoir **que soit créé un GT technique dédié entre autres à la clarification des critères d'attribution et à la création de lignes directrices à partager non seulement avec les pouvoirs adjudicateurs, mais également au bénéfice des opérateurs économiques.**

Article 155 : Mise en adjudication, division des marchés en lots et variantes

Pour rappel, les dispositions de l'article 46 de la Directive 2014/24/UE régissant la division de marchés en lots sont transposées aux articles 6 et 7 du Livre I du Projet de règlement grand-ducal commentés ci-dessus, ainsi qu'au présent article.

L'alinéa 2 de l'article 155 du Projet de règlement grand-ducal sous avis transpose le 2^e alinéa du paragraphe 1^{er} de l'article 46 de la Directive 2014/24/UE en précisant que « *les pouvoirs adjudicateurs indiquent les principaux motifs justifiant la décision qu'ils ont prise de ne pas subdiviser le marchés en lots*²⁸¹ ; *lesquels motifs figurent dans les documents de marché ou le rapport individuel visé à l'article 197 [du Livre II du Projet de règlement grand-ducal transposant l'article 84 de la Directive 2014/24/UE]* ». Ce « rapport individuel » est rédigé après toute procédure d'attribution de marché d'envergure européenne et soumis à la Commission européenne et aux autorités nationales compétentes.

La Chambre de Commerce s'étonne que la justification de ne pas attribuer un marché en lots soit prévue uniquement pour les marchés d'envergure européenne.

Une fois un marché d'envergure nationale attribué, tant l'adjudicataire que les autres concurrents doivent être informés par écrit de la décision d'attribution aux termes de l'article 98 du Projet de règlement grand-ducal²⁸². La justification de ne pas attribuer un marché en lots pourrait tout à fait apparaître dans cette communication.

La Chambre de Commerce ne peut en outre souscrire au commentaire de l'article 155 (page 25) selon lequel :

« Il n'a pas été jugé opportun de prévoir cette obligation [de justifier la décision de ne pas attribuer un marché en lots] alors que ces marchés sont d'office de plus petite envergure, de sorte que l'effet potentiellement 'bénéfique' d'une telle

²⁸¹ Le pouvoir adjudicateur pourrait par exemple faire valoir qu'il estime que cette division risquerait de restreindre la concurrence ou de rendre l'exécution du marché excessivement coûteuse ou difficile sur le plan technique ou que la nécessité de coordonner les contractants des différents lots pourrait compromettre gravement la bonne exécution du marché.

²⁸² L'article 98 du Projet de règlement grand-ducal n'appelle pas de commentaire particulier de la part de la Chambre de Commerce.

disposition serait en disproportion avec la contrainte administrative supplémentaire provoquée [dans le chef des pouvoirs adjudicateurs] pour ces marchés (contraire avec les principes voulus pour la simplification administrative) ».

Une telle justification ne prendrait que quelques minutes additionnelles à être rédigée. De plus, le bénéfice informationnel qui en résulterait pour les PME et les TPE (à savoir : de comprendre (i) pourquoi un marché n'est finalement pas subdivisé en lots et (ii) pourquoi un nombre plus restreints parmi elles se voit attribué le marché) serait supérieur à la « contrainte administrative supplémentaire » provoquée dans le chef du pouvoir adjudicateur, aux yeux de la Chambre de Commerce.

La Chambre de Commerce en appelle donc à ce que cette obligation de justification soit également prévue pour les marchés d'envergure nationale du Livre I, en tout cas au moins pour ceux dépassant un seuil intermédiaire donné.

Article 157 : Avis de préinformation

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire connaître leurs intentions en matière de passation de marchés par le biais de la publication d'avis de préinformation, publié soit par l'Office des publications de l'UE (OPUE), soit par les pouvoirs adjudicateurs sur leur profil d'acheteur, en ligne avec les dispositions de l'annexe II, partie B, section I du Projet de règlement grand-ducal transposant l'annexe V de la Directive 2014/24/UE.

En cas de procédure restreinte (#2) ou de procédure concurrentielle avec négociation (#3), des informations additionnelles doivent figurer dans cet avis, en ligne avec la section II de la même annexe. La durée maximale de la période couverte par un avis de préinformation ne peut excéder 12 mois, sauf en cas de préinformation concernant des services sociaux ou des « services spécifiques ».

Comme demandé dans ses considérations générales (section 1), **la Chambre de Commerce appelle à ce que la procédure de préinformation soit incluse dans le Livre I du Projet de règlement grand-ducal et soit ainsi applicable aux marchés nationaux de moindre envergure en tout cas au moins pour ceux dépassant un seuil intermédiaire donné.**

Articles 190 et 191 : Services sociaux et autres services spécifiques

Ces deux articles transposent les dispositions de l'article 75 de la Directive 2014/24/UE. Ils prévoient la publication d'un avis de préinformation et d'un avis de marché²⁸³ (article 190), ainsi que la publication des résultats de la procédure de passation de marché (article 191) sous le régime assoupli prévu par la Directive 2014/24/UE dans le cadre des marchés de services sociaux et de services spécifiques d'envergure européenne, soit d'une valeur égale ou supérieure à 750.000 EUR.

Les articles 190 et 191 appartenant au Livre II du Projet de règlement grand-ducal, la Chambre de Commerce constate que ces mesures ne sont pas requises en cas de marchés

²⁸³ Ces obligations ne sont toutefois pas requises lorsqu'il a été choisi d'avoir recours à la procédure négociée (#6). Pour rappel, selon le paragraphe 1^{er} de l'article 77 du Projet de loi revu ci-dessus, dans le cadre de ce régime assoupli et pour des marchés d'envergure européenne d'une valeur égale ou supérieure à 750.000 EUR, les pouvoirs adjudicateurs ont le choix d'avoir recours aux procédures #1 à #6 présentées à l'encadré 2 (sous certaines conditions, assouplies).

sociaux ou spécifiques d'envergure nationale pouvant théoriquement atteindre une valeur de 749.999 EUR, ce qui ne peut pas être accepté (voir le commentaire général *supra*, section 6, pour davantage de considérations à ce sujet).

Livre III - Dispositions spécifiques relatives aux marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux

Article 261 : Exécution du marché

Cet article transpose les dispositions de l'article 88 de la Directive 2014/25/UE régissant la sous-traitance.

Après revue de l'article en question, la Chambre de Commerce constate que les points relevés aux articles 23 à 25 et 105 et 106 du Livre I du Projet de règlement grand-ducal concernant les informations à fournir sur les sous-traitants au moment des offres et en cours d'exécution de contrat respectivement demeurent valables ici, moyennant les variations suivantes :

Comparaison des documents requis en cas de sous-traitance pour les marchés « classiques » et « spéciaux »	
Informations à fournir aux termes du Livre I du Projet de règlement grand-ducal : - Au stade de l'offre (articles 23 à 25 ²⁸⁴) - En cours d'exécution de contrat (articles 105 & 106 ²⁸⁵)	Informations à fournir aux termes du Livre III du Projet de règlement grand-ducal (article 261 commenté ici)
Au stade de l'offre :	
- indication de la <u>part de marché à sous-traiter</u> (pour rappel, au paragraphe 1 ^{er} de l'article 24),	= Paragraphe 1 ^{er} de l'article 261.
- extraits des <u>casiers judiciaires</u> de tous les sous-traitants (pour rappel, à travers le renvoi de l'article 24 du Projet de règlement grand-ducal vers l'article 31 du Projet de loi), et	≠ - 286
- <u>déclaration sur l'honneur</u> (pour rappel, à travers le renvoi de l'article 24 du Projet de règlement grand-ducal vers les articles 72 et 73 du Projet de loi).	= Paragraphe 1 ^{er} alinéa 5 de l'article 261.
En cours d'exécution de contrat	
Indiquer les : noms, coordonnées, et représentants légaux des sous-traitants participant au marché, ainsi que faire part de tout changement relatif à ceux-ci en cours d'exécution de marché pour :	= Paragraphe (2) alinéa 1 ^{er} de l'article 261 (en ligne avec la Directive 2014/25/UE).
(i) les marchés de travaux ou de services prestés sur place (en ligne avec la Directive 2014/24/UE),	= Paragraphe (2) alinéa 1 ^{er} de l'article 261 (en ligne avec la Directive 2014/25/UE).
(ii) les marchés de travaux, services ou fournitures non prestés sur place (en ligne avec les exemples donnés à l'article 71 de la Directive 2014/24/UE),	≠ Différence avec le Livre I : Uniquement les « marchés de services » au paragraphe (2) alinéa 2 point (a) de l'article 261 (ce qui diffère des exemples donnés à l'article 88 de la Directive 2014/25/UE prévoyant ce type d'information non seulement pour les « marchés de services », mais également pour ceux de « fournitures »).
(iii) l'entièreté de la chaîne des sous-traitants (en ligne avec les exemples donnés à l'article 71 de la Directive 2014/24/UE),	= Paragraphe (2) alinéa 2 point (b) de l'article 261 (en ligne avec les exemples donnés à l'article 88 de la Directive 2014/25/UE).
(iv) les fournisseurs, en cas de marchés de travaux et de services (ce qui va résolument plus loin que l'article 71 de la Directive 2014/24/UE, celui-ci	= Paragraphe (2) alinéa 2 point (a) de l'article 261 (ce qui va résolument plus loin que l'article 88 de la Directive 2014/25/UE, celui-ci stipulant même à son paragraphe (5)

²⁸⁴ Pour rappel, voir commentaire des articles 23 à 25 du Projet de règlement grand-ducal ci-dessus.

²⁸⁵ Pour rappel, voir commentaire des articles 105 et 106 du Projet de règlement grand-ducal ci-dessus.

²⁸⁶ Aucune référence aux extraits de casiers judiciaires n'a pu être trouvée à la lecture de l'article 261.

stipulant même à son paragraphe (5) alinéa 4 que « [l'obligation d'information] <i>ne s'applique pas aux fournisseurs</i> »).	alinéa 4 que « [l'obligation d'information] <i>ne s'applique pas aux fournisseurs</i> »).
---	---

La Chambre de Commerce renvoie à ses commentaires des articles 23 à 25 et 105 et 106 du Livre I du Projet de règlement grand-ducal, qui demeurent valables dans le présent contexte.

En outre, pas plus qu'à l'alinéa 4 du paragraphe (2) de l'article 106 du Projet de règlement grand-ducal, la Chambre de Commerce ne peut appréhender l'intérêt de l'alinéa 4 du paragraphe (2) de l'article 261 revu ici, à savoir que « *les alinéas 1^{er} à 3 ne s'appliquent pas aux fournisseurs* ». Comme pour les marchés du Livre I, elle suggère que soit retirée la référence aux fournisseurs de l'alinéa 2 point (a) du paragraphe (2) de l'article 261 revu ici, et que soit supprimé son alinéa 4.

Pour rappel, cette double suppression permettra non seulement de simplifier la lecture du paragraphe (2) de l'article 261, mais elle permettra également de se défaire d'une obligation d'information en cours d'exécution de contrat relative aux fournisseurs peu acceptable aux yeux de la Chambre de Commerce (et de surcroît non voulue par les directives), tant dans le Livre I que dans le Livre III.

Enfin, pas plus qu'à l'alinéa 3 du paragraphe (2) de l'article 106 du Projet de règlement grand-ducal, la Chambre de Commerce ne peut appréhender le sens du libellé spécifiant que « *le pouvoir adjudicateur [puisse] imposer au contractant principal l'obligation de fournir les informations requises directement* ». Que doit-on entendre par « *requises directement* » ? Elle est consciente qu'il s'agit là d'une disposition transposée à la lettre du 2^e alinéa du paragraphe (5) de l'article 88 de la Directive 2014/25/UE. Ce qui n'empêche que, sans considérant pour l'expliquer, le libellé de l'alinéa 3 demeure inintelligible.

Livre IV - Gouvernance des marchés publics et concessions et obligations internationales

Article 263 : Suivi de l'application des règles relatives aux marchés publics

Cet article est directement transposé des articles 83 et 99 des Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE respectivement.

A l'alinéa 1^{er} du paragraphe 1^{er}, la Chambre de Commerce se demande quelles sont les institutions désignées sous les termes (directement repris des Directives 2014/25/UE et 2014/25/UE) « *autorités, organismes et structures compétentes* » devant contrôler l'application des règles relatives à la passation des marchés publics ? S'agit-il de la Commission des soumissions telle qu'instituée à l'article 159 du Projet de loi ou s'agit-il du MDDI, voire des deux²⁸⁷ (ou même d'autres institutions)?

Davantage de précisions quant à (aux) l'institution(s) en charge du contrôle des marchés publics apparaissent d'autant plus important qu'au paragraphe (4) du même article, il est prévu que ces mêmes « *autorités, organismes et structures visées au paragraphe 1^{er}* » transmettent à la Commission européenne un « *rapport de contrôle* » de nature analytique. En effet, en plus des

²⁸⁷ A la lecture de la fiche financière attachée au Projet de loi, l'on pourrait penser que ce rôle sera, en effet, à partager entre les deux étant donné qu'il est prévu de créer un poste supplémentaire de carrière A1 en vue des obligations du Département des travaux publics (appartenant au MDDI) à remplir face à la Commission européenne et vu le rôle accru de la Commission des soumissions en matière de contrôle notamment.

résultats des opérations de contrôle visées au paragraphe 1^{er} de l'article 263, ce « rapport de contrôle », remis à la Commission européenne pour la première fois au plus tard le 18 avril 2017 et tous les trois ans ensuite, doit également intégrer :

« des informations sur les causes les plus fréquentes de mauvaise application des règles ou d'insécurité juridique, y compris d'éventuels problèmes structurels ou récurrents dans l'application des règles sur le niveau de participation des PME aux procédures de passation des marchés publics ainsi que sur la prévention, la détection et le signalement adéquat de cas de fraude, de corruption, de conflits d'intérêts et d'autres irrégularités graves ». En plus de cette information, le rapport de contrôle comprend un « rapport statistique » estimant la valeur des marchés régis par les Livres II et III, ainsi que des informations sur l'organisation institutionnelle de l'Etat membre quant à la mise en œuvre, le suivi et le contrôle de l'application des règles issues des nouvelles directives.

Aux yeux de la Chambre de Commerce, il s'agit là d'information de nature plus analytique, permettant de comprendre, sinon les forces, au moins les faiblesses du système de passation des marchés publics dans sa capacité à aider un Etat membre à atteindre ses objectifs stratégiques.

L'exemple spécifique du « niveau de participation des PME » est donné dans les articles 83 et 99 des Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE (et transposé dans le présent article 263), mais l'on comprend que « des informations sur les causes les plus fréquentes de mauvaise application des règles » pourraient inclure, par exemple, des informations relatives aux partenariats d'innovation (procédure #5 de l'encadré 2), ou encore au renforcement des aspects sociaux et/ou environnementaux.

En conclusion, vu l'importance que ce « rapport de contrôle » revêt dans la compréhension du système des marchés publics luxembourgeois, il incombe de clairement identifier qui, dans les institutions luxembourgeoises compétentes, est en charge de produire (et de contribuer à) cette analyse.

En outre, au 2^e alinéa du même paragraphe 1^{er}, la Chambre de Commerce s'interroge sur le sens du terme « problèmes systémiques », sur lequel les considérants des Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE ne reviennent malencontreusement pas. S'agit-il bien des « causes les plus fréquentes de mauvaise application des règles ou d'insécurité juridique » ou encore des « éventuels problèmes structurels ou récurrents dans l'application des règles » devant apparaître dans le rapport de contrôle ? Davantage de précision sur ce terme apparaît d'autant plus justifié que le paragraphe (2) du même article 263 prévoit que les résultats des « opérations de contrôle » réalisées conformément au paragraphe 1^{er} soient rendus publics. Or, ces « opérations de contrôle » incluent les « violations précises » des directives, ainsi que les « problèmes systémiques » et il serait important de préciser quel genre d'information serait destiné à la publication (sous réserve de confidentialité).

Quoi qu'il en soit, la Chambre de Commerce rappelle que la Commission européenne a récemment conclu qu'au Luxembourg, il n'existe pas à ce jour de rapport public analysant de manière objective le système de passation des marchés publics national, ce qui en limite grandement la compréhension du fonctionnement et de sa performance (voir le commentaire général, section 3, point (ii)).

Les dispositions des Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE transposées dans le présent article ont donc pour objectif de contraindre les Etats membres à davantage analyser leurs systèmes de passation des marchés publics, mais également à rendre publics les résultats de ces analyses, ce dont la Chambre de Commerce se félicite.

Articles 267 et 268 : Service administratif

Les dispositions de ces articles sont reprises de celles de la Loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics. Un ajout a été effectué au paragraphe (2) de l'article 267, permettant de tenir compte des obligations de gouvernance nouvelles imposées aux articles 83 et 99 (leurs paragraphes 4) des Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE respectivement, à savoir :

« Les États membres veillent à ce que : (a) des informations et des orientations concernant l'interprétation et l'application du droit de l'Union relatif aux marchés publics soient mises à disposition gratuitement pour aider les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques, en particulier les PME, à appliquer correctement les règles de l'Union en la matière ; et (b) les pouvoirs adjudicateurs puissent bénéficier d'un soutien pour planifier et mener les procédures de passation de marché. »

L'ajout en question est le suivant : *« ledit service [administratif] s'occupe des travaux de secrétariat et fonctionne comme un organe d'information ».*

Aux yeux de la Chambre de Commerce, le terme « organe d'information » est trop restreint pour désigner une telle mission d'information et de soutien. Cette mission ne devrait pas se borner à la mise en ligne de documents divers. Idéalement, des formations devraient être mises en place (si pas en interne, en externe), des séminaires et des ateliers devraient être organisés, etc.²⁸⁸.

L'ajout opéré à l'article 267 devrait donc être supprimé et remplacé par les obligations (a) et (b) prévues aux paragraphes (4) des articles 83 et 99 des Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE respectivement.

Articles 269 à 271 : Règles de saisine

Au paragraphe (4) de l'article 269, la Chambre de Commerce se demande à qui le terme « il », en fin de phrase, fait référence. S'agit-il du soumissionnaire faisant l'objet d'une réclamation ou du pouvoir adjudicateur concerné par cette réclamation ? Une précision mériterait d'être apportée.

Livre V - Dispositions finales

La Chambre de Commerce n'a pas de commentaire particulier à apporter sur les dispositions finales du Livre V.

* * *

²⁸⁸ Pour rappel, en ligne avec la fiche financière attachée au Projet de loi prévoyant un poste de carrière A1 supplémentaire face aux obligations du MDDI accrues vis-à-vis de la Commission européenne, d'une part, et au rôle accru de la Commission des soumissions en matière de contrôle notamment, d'autre part.

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce est en mesure de marquer son accord sur le Projet de loi, le Projet de règlement grand-ducal et leurs amendements sous rubrique, sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

* * *

MST/DJI

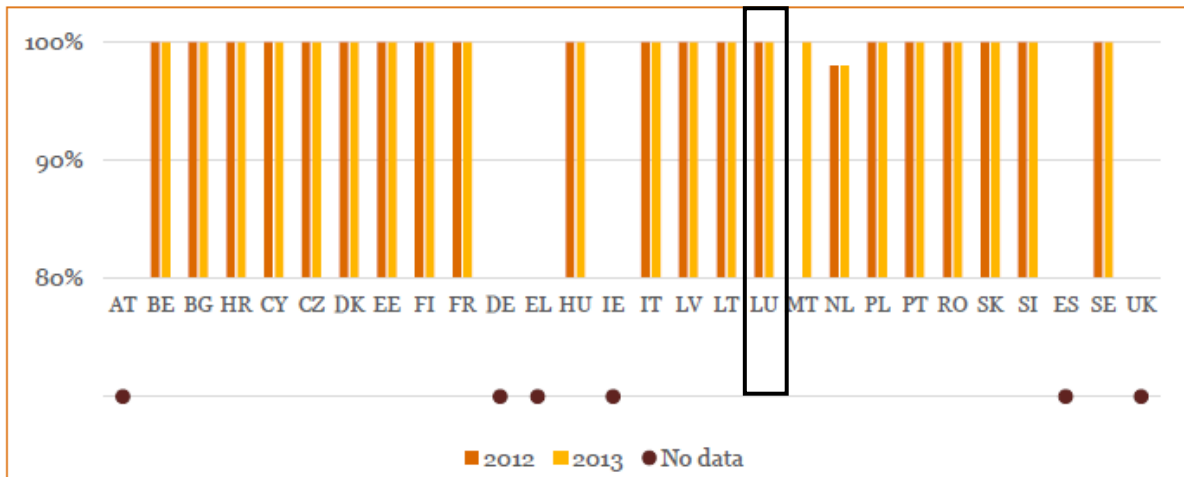
Annexe 1 - Seuils européens

Marchés considérés	Seuils européens (valeur estimée HTVA)
Marchés publics - secteurs classiques (Livre II, Directive 2014/24/UE)	
Travaux	≥ 5.186.000 EUR. Il est à noter qu'un seuil applicable aux travaux d'une valeur atteignant 125.000 EUR est prévu à l'article 19 du Projet de loi (Livre I) ne transposant aucun article de la Directive 2014/24/UE ²⁸⁹ .
Fournitures et services	≥ 134.000 EUR (marchés passés par pouvoir adjudicateurs centraux) ou ≥ 207.000 EUR (marchés passés par pouvoirs adjudicateurs sous-centraux)
Services sociaux et spécifiques	≥ 750.000 EUR
Concours	≥ 134.000 EUR (marchés passés par pouvoirs adjudicateurs centraux) ou ≥ 207.000 EUR (marchés passés par pouvoirs adjudicateurs sous-centraux)
Marchés publics - secteurs spéciaux (Livre III, Directive 2014/25/UE)	
Travaux	≥ 5.186.000 EUR
Fournitures et services	≥ 414.000 EUR
Services sociaux et spécifiques	≥ 1.000.000 EUR
Concours	≥ 414.000 EUR
Concessions (Directive 2014/23/UE)	
Travaux	≥ 5.186.000 EUR

²⁸⁹ Selon cet article, « Il peut être recouru à la procédure restreinte avec publication d'avis [procédure #2] lorsqu'il s'agit d'un marché public de travaux dont, suivant un devis, le montant estimé dépasse la somme de 125,000 euros, valeur cent de l'indice' des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948 (...) TVA non comprise. Ces seuils ne sont applicables que pour les travaux relatifs à un ouvrage dont le montant estimé ne dépasse pas les [seuils européens] fixés à l'article 52. ».

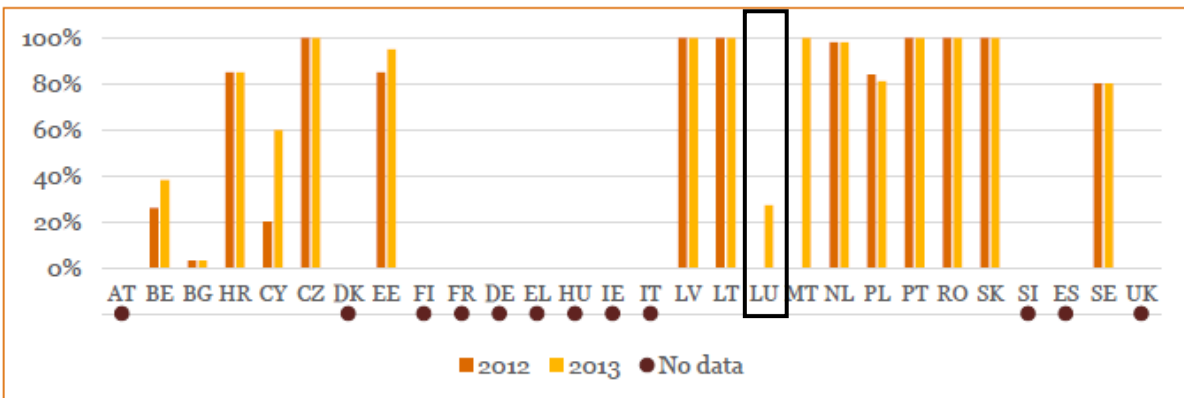
Annexe 2 - Evolution de l'adoption de l'e-procurement dans les 28 Etats membres à fin 2013²⁹⁰ (Indicateurs d'output)

Adoption de l'e-notification dans les 28 Etats membres à 2013



Comme 22 autres Etats membres, le Luxembourg performe relativement bien en matière d'e-notification, avec un taux d'adoption maximal. A noter, l'absence de données consolidées pour l'Allemagne (DE), l'Irlande (IE), l'Espagne (ES) et le Royaume-Uni (UK), alors que l'Autriche (AT) et la Grèce (EL) n'ont pas pu fournir de données dans le cadre de l'étude.

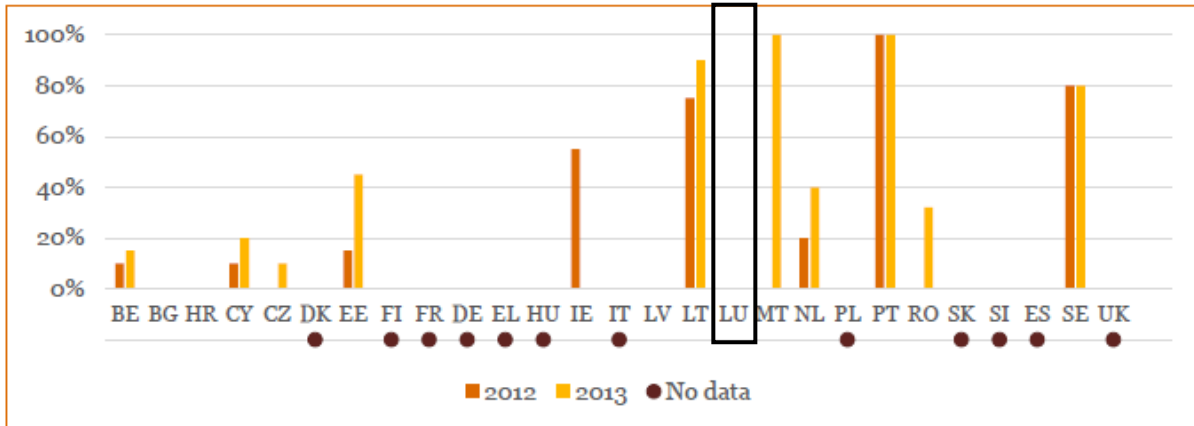
Adoption de l'e-access dans les 28 Etats membres à 2013



A fin 2013, 13 Etats membres ont un taux d'adoption de l'e-access supérieur à 50% et deux Etats membres, à savoir la Belgique et le Luxembourg, supérieur à 20% (alors que la Bulgarie a à peine entamé le processus). Douze Etats membres, dont la France et l'Allemagne, n'ont pas pu fournir de données consolidées dans le cadre de l'étude.

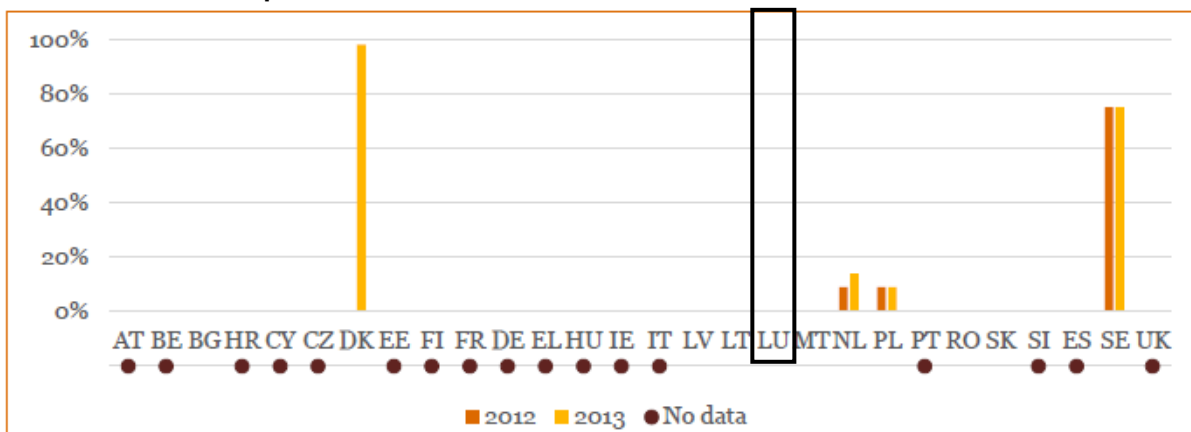
²⁹⁰ Source : PwC EU Services pour DG GROW. Avril 2015. *e-Procurement Uptake*. Bruxelles : PwC pour DG GROW.

Adoption de l'e-soumission dans les 28 Etats membres à 2013



A fin 2013, seuls 11 Etats membres ont entamé l'e-soumission, dont trois états qui se distinguent par leurs taux : la Lituanie, Malte, la Pologne et la Suède. Douze Etats membres n'ont pas pu fournir de données dans le cadre de l'étude.

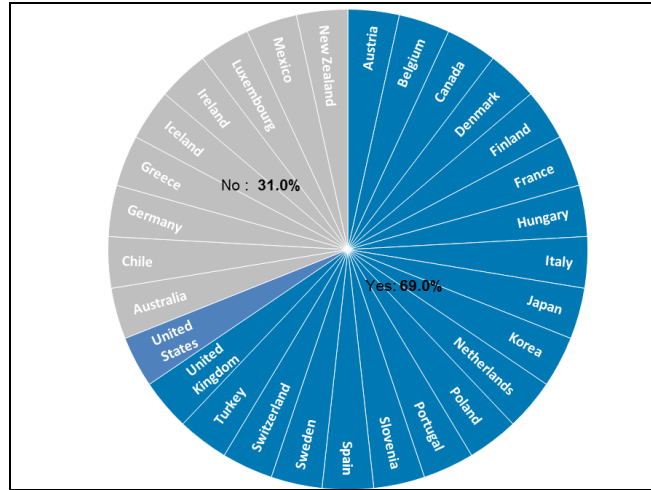
Adoption de l'e-facturation dans les 28 Etats membres à 2013



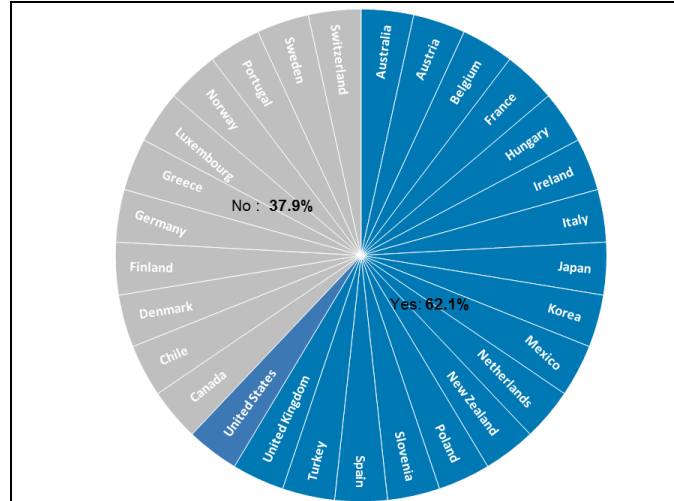
A fin 2013, seuls quatre Etats membres ont entamé ce processus, à savoir le Danemark et la Suède avec un processus bien entamé, d'une part, et les Pays-Bas et la Pologne en début de processus, d'autre part.

Annexe 3 - Strategic public procurement's policies and strategies²⁹¹
(Indicateurs d'input)

Support for green public procurement

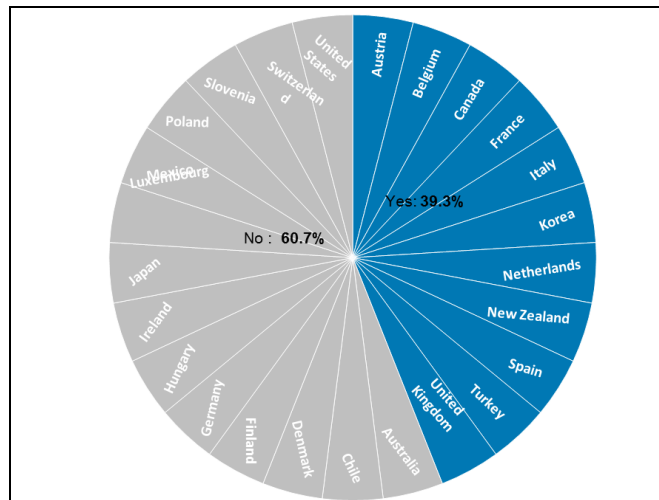


Support for SMEs



²⁹¹ Source : OCDE. 2015, p. 139. *Government at a glance : Public procurement*. Paris: OCDE.

Support for innovative goods and services



Annexe 4 - Key Facts and Figures of the Luxembourg public procurement system²⁹²

Key Facts and Figures in Luxembourg						
1	Overview	Total procurement 5,470,000,000€	Procurement % GDP 12%	2013 GDP 45,288,100,000€	Contracting authorities N/A	
2	Procedures applied	Open 82%	Restricted 10%	Negotiated procedure with call 6%	no call 1%	Competitive dialogue 1%
						Direct award 1%
						Other 0%
3	Share of contract notices by buyer	National 38%		Regional/local 13%		Body governed by public law 9%
						Other 41%
4	Contract type	Services 22%		Works 59%		Supplies 19%
						Framework agreement 0%
5	Ex ante conditionality criteria as of 2014	EU rules Fully met		Transparency Fully met		Training Fully met
						Admin. capacity Fully met
6	E-procurement adoption	E-notification Mandatory		E-access Mandatory		E-submission Voluntary
						Uptake rate N/A
7	Perceived corruption	Corruption widespread in society			Corruption widespread in procurement	
		Businesses 25%	Individuals 42%		At national level 20%	At local/regional level 31%
8	TED indicators	Value of tenders 566,767,272€	Of total procurement 10%		# contract notices 470	# contract awards 353
9	Other indicators	Received single bid 7%	# days for decision 84.1		Price only criteria 79%	MEAT criteria 21%
		Won by foreign firms 16%	Related to EU funds 11%		Joint purchase 5%	Central purchasing No

Légende (en anglais)

The first row gives an overview of the country specific public procurement indicators. It starts with an estimate of total general government public procurement expenditure on

²⁹² Source : PwC (2016). « Public procurement : Study on administrative capacity in the EU - Luxembourg Country Profile ». Bruxelles: PwC.

supplies, services, and works in 2013 as calculated by DG GROW based on Eurostat data. For comparison sake, the top row also includes that same estimate of total procurement as a share of GDP, and the 2013 national GDP in Euros used to calculate it, also from Eurostat. The last indicator of this line provides an estimate of the total number of contracting authorities in the Member State (MS), which are taken from the EC's 2013 Annual Public Procurement Review.

The second row gives the share of tenders posted to TED by the procedure used. In this case, the other category includes accelerated restricted and accelerated negotiated procedures. All figures here are taken from DG GROW's TED Structured dataset from 2014.

The third row gives the percentage of tenders posted to the TED database by the type of buyer, including national/central government, regional and local governments, bodies governed by public law, and other, which in this case includes utilities. The following row shows the proportion of tenders for each of the three main categories of tenders, i.e. supplies, services and works. As a further indicator of how purchasing is done, the last box of this row presents the share of contracts awarded via framework agreements. Again, the figures of the third row are taken from the TED Structured dataset from 2014.

The fifth row gives each MS's self-assessment of their fulfilment of the four conditions of the procurement ex ante conditionality for the 2014-2020 programming period. The four specific criteria are: arrangements that ensure the effective application of EU public procurement rules; transparent contract award procedures; training for staff involved in the implementation of the ESI Funds; and administrative capacity for implementation and application of EU public procurement rules. The table below provides an overview of those MS that did not fulfil one or more of the criteria at the time of the signature of their 2014-2020 programming period Partnership Agreement (PA) with the EC in 2014. The information provided here is excerpted from the individual PAs.

The sixth row provides an overview of the development of e-procurement. It lists whether the three primary pre-award dimensions are currently mandatory, partially mandatory, or voluntary, and gives the share of total contracts that used e-submission in 2011 as the uptake rate. All data come from the 2015 DG GROW EProcurement Uptake Study²⁹³.

The seventh row examines the level of perceived corruption in each MS according to Eurobarometer surveys responses for both the country as a whole, and in procurement in particular. These two categories are further divided into two sub categories. For views on procurement throughout the country, the table presents the responses of both businesses and individuals. The second category presents the views of businesses of corruption public procurement managed by national authorities, and procurement managed by regional and local authorities. The three indicators presenting the business perspective come from Flash Eurobarometer Survey 374 "Businesses' attitudes towards corruption in the EU".

The two last rows provides with diagnostic information on procurement in the MS.

The first box in row nine gives the average duration between the deadline for submission of offers and the announcement of the award decision. This is an indicator of overall efficiency. In fact, excessively long procedures are often a signal for inefficiency and high administrative burden. On the other hand, very substantially short procedures may indicate inaccuracy in execution, as proper implementation of procurement procedures is

²⁹³ Voir : PwC EU Services pour DG GROW. Avril 2015. *e-Procurement Uptake*. Bruxelles : PwC pour DG GROW.

time-consuming. The second box displays the share of awarded contracts that received only a single bid, an indicator of competition in public markets.

The third and fourth boxes show the share of tenders awarded using lowest price as the only award criteria, and the share using MEAT (most economically advantageous tender) criteria.

In the last row, the first box shows the share of tenders awarded to foreign companies, an indicators of the openness of the procurement system to the European single market. The second box shows the share of tenders related to EU funds. The third box shows the share of tenders awarded on behalf of other contracting authorities, which is an indicator of joint or central purchasing. The very last box gives reference if whether or not the country has a central purchasing body at the national level and if so, gives its name.

All figures from the last two rows are taken from DG GROW's TED Structured dataset from 2014.