

Objet: Projet de loi sur les marchés publics (3149WJE-EPA).

Saisine : Ministre des Travaux Publics (13 décembre 2006)

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

L'objet du présent projet de loi est la transposition en droit national des directives 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 et 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, d'une part, ainsi que l'adaptation ponctuelle de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics, d'autre part. Ces adaptations ponctuelles sont le fruit de leçons qui ont été tirées de différentes jurisprudences rendues par la Cour constitutionnelle ainsi que par les juridictions administratives, mais constituent également des améliorations législatives appelées à remédier à des situations qui se sont présentées depuis 2003.

Résumé synthétique

La Chambre de Commerce salue le fait que les auteurs du projet ne se soient pas limités à la seule transposition des directives pré-mentionnées, mais aient profité de l'occasion pour introduire en même temps des nouveautés prometteuses dans les dispositions régissant les marchés publics nationaux. Au-delà de l'approche formelle choisie par les auteurs du projet de loi – par ailleurs chaleureusement accueillie par la Chambre de Commerce – de remplacer l'intégralité de la loi tout en gardant la même structure, la Chambre de Commerce voudrait saluer plus particulièrement le recours renforcé aux technologies électroniques dans le cadre des marchés publics et l'introduction de nouveaux modes de passation tels que les accords-cadre ou encore les centrales d'achat. La Chambre de Commerce approuve encore l'abandon de l'exigence de devoir choisir l'offre économiquement la plus avantageuse parmi les trois offres accusant les prix les plus bas, ainsi que la régularisation de la possibilité d'exclusion de certains adjudicataires de la participation à un marché public. Elle s'interroge s'il n'y aurait pas lieu d'inclure parmi les motifs d'exclusion à la participation d'un marché public la condamnation pour non-respect des dispositions applicables en matière de détachement de travailleurs, d'environnement, d'ententes illicites ou d'égalité de traitement.

En revanche, elle reste plus réservée en ce qui concerne le relèvement du seuil pour marchés complémentaires. En ce qui concerne les décisions (ministérielles ou communales) à prendre dans le cadre de procédures négociées, la Chambre de Commerce demande de préciser davantage les exigences de motivation ainsi que le non-cumul de la décision de motivation et de la décision d'attribution. La Chambre de Commerce ne peut se déclarer d'accord avec le doublement du seuil en-dessous duquel la saisine de la Commission des soumissions dans le cadre d'une procédure négociée n'est pas obligatoire. Enfin, la sécurité juridique commanderait de préciser la notion de travailleur handicapé dans le texte du projet de loi lui-même et non pas dans l'exposé des motifs.

Finalement, l'introduction de la procédure du dialogue compétitif, même si elle n'est pas un préalable requis pour les pouvoirs adjudicateurs pour pouvoir s'engager dans des partenariats public-privé, facilitera néanmoins la prise de décision aux pouvoirs publics en leur permettant de mieux pouvoir comparer différents modèles de coopération avec le secteur privé pour la réalisation d'un marché déterminé.

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce peut approuver le projet de loi sous avis dans sa forme actuelle.

Appréciation du projet de loi:

| | |
|---|---|
| Compétitivité de l'économie luxembourgeoise | + |
| Impact financier sur les entreprises | + |
| Transposition de la directive | + |
| Simplification administrative | + |
| Impact sur les finances publiques | + |

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

Considérations générales

La loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics se divise en trois livres : le Livre Ier contient les dispositions générales applicables aux marchés publics, le Livre II est applicable aux marchés publics « classiques » (travaux, fournitures et services) et le Livre III concerne les marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, les Livres II et III ne s'appliquant qu'au dépassement d'un certain seuil.

Le projet de loi sous avis garde la même structure :

- un **Livre Ier** comportant les dispositions purement nationales avec quelques adaptations ponctuelles rendues nécessaires soit par la transposition de dispositions communautaires également les marchés publics nationaux, soit pour mettre la législation future en matière de marchés publics au diapason avec des jurisprudences de la Cour constitutionnelle ou des juridictions administratives. Ces adaptations ponctuelles consistent notamment en une adaptation vers le haut du seuil pour marchés complémentaires, la motivation du recours à la procédure négociée et à la procédure restreinte sans publication d'avis ou encore la « légalisation » de l'exclusion de la participation à un marché public ;
- un **Livre II** transposant 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 (à l'exception des dispositions d'exécution contenues dans un projet de règlement grand-ducal) ;
- un **Livre III** transposant 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 (à l'exception encore des dispositions d'exécution).

La Chambre de Commerce a encore été saisie d'un projet de règlement grand-ducal, présentant la même subdivision à l'image du règlement grand-ducal actuellement en vigueur et à l'instar du projet de loi sous rubrique. Ce projet de règlement grand-ducal sera appelé à contenir les règles d'exécution.

Il y a lieu de noter que le secteur des télécommunications ne tombe plus sous le champ d'application du Livre III alors que ce secteur est désormais régi par une législation ayant introduit dans ce secteur une concurrence effective. En revanche, les services postaux entrent dorénavant dans le champ d'application de ce livre.

Le projet de loi sous avis se substituera à la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics. La Chambre de Commerce tient à féliciter les auteurs du projet de loi pour ce *modus operandi* alors que la lecture de la nouvelle réglementation sera d'autant plus facile qu'il s'agira d'un seul texte de loi continu régissant la matière déjà assez technique des marchés publics. La même façon de procéder a d'ailleurs été adoptée en ce qui concerne les dispositions d'exécution de la future loi. La Chambre de Commerce voudrait encore féliciter les auteurs du projet pour avoir gardé la même structure textuelle aisément lisible qu'est celle de la loi actuellement en vigueur et qui a montré toute son utilité.

La Chambre de Commerce voudrait par ailleurs saluer la perspicacité des auteurs du projet de loi pour avoir attendu les solutions jurisprudentielles aux questions litigieuses soumises aux tribunaux et portant sur certaines dispositions de la loi du 30 juin 2003 pour pouvoir les intégrer en même temps dans le projet de loi sous rubrique, évitant par là de devoir adapter à deux reprises les textes en question.

En ce qui concerne les directives mentionnées, à savoir la directive 2004/18 (directive « générale ») et 2004/17 (directive « sectorielle »), il y a lieu de souligner qu'elles constituent une simplification de la réglementation communautaire en matière de marchés publics en ce qu'elles se substituent aux quatre directives existant auparavant. Les directives s'inspirent de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes et rappellent les principes devant gouverner la passation de marchés publics (au niveau national ou européen) : libre circulation des marchandises, liberté d'établissement, libre prestation de services, égalité de traitement et non-discrimination, reconnaissance mutuelle, proportionnalité et transparence. Elles déterminent en quelle mesure les pouvoirs adjudicateurs peuvent contribuer à la protection de l'environnement et à la promotion du développement durable tout en leur assurant le meilleur rapport qualité/prix.

Commentaires particuliers

Les adaptations apportées au Livre I applicable aux marchés publics en général

Le projet de loi sous rubrique comporte un certain nombre de nouveautés introduites dans le Livre I de la loi sur les marchés publics (et dès lors également applicables aux marchés nationaux) par rapport à la législation actuellement en vigueur. Ces nouveautés ont trouvé pour la plupart leur inspiration dans les directives à transposer, alors même que ces dernières n'ont vocation qu'à introduire un cadre réglementaire commun aux Etats membres pour les marchés dépassant un certain seuil. Au-delà du remaniement substantiel que les directives 2004/18 et 2004/17 apportent ainsi aux livres II et III de la loi du 30 juin 2003, les adaptations suivantes dans le cadre du Livre I ont été effectuées.

Afin de mettre au diapason la terminologie utilisée dans le cadre du Livre I avec celle nouvellement introduite par les directives, quelques corrections terminologiques ont été apportées à la loi de 2003. Les grands principes devant régir les marchés publics de façon générale (dont notamment celui de la transparence) sont réaffirmés ainsi que la volonté d'un recours accru aux technologies électroniques. Il sera désormais possible de prévoir des accords-cadre ou encore des centrales d'achats (que ce soit au sein d'un seul pouvoir adjudicateur ou regroupant plusieurs pouvoirs adjudicateurs). Les auteurs du projet de loi ont adapté le seuil pour les marchés complémentaires en s'alignant sur le seuil maximal prévu par la directive, à savoir 50% du montant du marché initial. Une extension de la procédure négociée à des marchés dans les domaines de la recherche, de l'investigation et de la sécurisation à d'autres pouvoirs adjudicateurs que la Police Grand-Ducale est introduite et les modalités d'attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse sont redéfinies. La sanction de l'exclusion de la participation à un marché public est introduite dans la loi et ne pourra désormais plus figurer dans un cahier des charges. Enfin, les auteurs du projet introduisent la possibilité de réserver la participation à des marchés publics à des ateliers protégés sous certaines conditions.

Les grands principes (article 4)

Les directives 2004/17 et 2004/18 ont encore une fois rappelé les grands principes devant régir les marchés publics, à savoir le principe de la libre circulation des marchandises, le principe de la liberté d'établissement, le principe de la libre prestation de services, le principe de l'égalité de traitement avec comme corollaire celui de la non-discrimination, le principe de la reconnaissance mutuelle, de la proportionnalité et de la transparence.

Le projet de loi impose ainsi plus spécialement comme principe nouveau celui de la transparence en prévoyant l'obligation pour le pouvoir adjudicateur d'informer les opérateurs économiques des suites qui sont réservées aux dossiers qu'ils ont remis. Le détail des modalités d'information sera réglé par voie réglementaire. L'ensemble de ces nouvelles dispositions en matière de transparence sera complémentaire à la réglementation existant d'ores et déjà en droit luxembourgeois sur base de la loi du 1^{er} décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse et du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes.

Par ailleurs, l'utilisation de moyens électroniques dans le cadre de la passation de marchés publics figure également parmi les grands principes.

La Chambre de Commerce souscrit entièrement à la réaffirmation formelle de ces principes fondamentaux. La transparence et l'information des participants dans le cadre d'une procédure de marché public sont en effet des requis pour éviter tout arbitraire et abus et pour assurer un traitement égal à tous les opérateurs dans le cadre d'une procédure de passation de marché public. Le recours renforcé aux technologies électroniques aura d'ailleurs un effet catalytique à cet égard et contribuera à davantage de transparence et de concurrence.

Le recours aux technologies électroniques s'inscrit par ailleurs dans le cadre du programme d'action eLuxembourg. Le portail des marchés publics existant déjà à l'heure actuelle sera entériné par voie législative. Ce portail regroupera la publication par voie électronique des avis de tous les pouvoirs adjudicateurs existant au Grand-Duché de Luxembourg et visés par le présent projet de loi. L'informatisation des procédures en matière de marchés publics concernera tous les marchés indépendamment de leur envergure et permettra une réduction des délais de publication et de la période de réception des offres. La publication et la communication par voie électronique est ainsi mise sur pied d'égalité avec les moyens classiques de publication et de communication. La Chambre de Commerce accueille favorablement cette dématérialisation des procédures par le recours plus soutenu aux technologies électroniques étant donné qu'il équivaut à une simplification administrative incontestable pour les entreprises.

Les accords-cadre (article 5)

La faculté de procéder par voie d'accord-cadre trouve sa source d'inspiration dans la directive 2004/18 qui en prévoit les règles directrices. Les auteurs du projet de loi n'ont pas voulu réserver cette facilité aux seuls marchés d'envergure communautaire mais ont estimé opportun de l'introduire également dans le Livre I applicable à l'ensemble des marchés publics (donc également aux marchés nationaux).

L'article 3 point 5 du projet de loi définit l'accord-cadre comme « *un accord entre un et plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et le cas échéant, les quantités envisagées* ». L'article 5 prévoit la possibilité de tels accords-cadre et renvoie pour le reste au projet de règlement grand-ducal en ce qui concerne les modalités et le régime de tels accords.

La Chambre de Commerce approuve l'introduction de tels accords-cadre dans la réglementation luxembourgeoise en matière de marchés publics, alors que de tels accords donnent permettent des relations d'affaires de plus longue durée, et donc plus de prévisibilité, aux adjudicataires. La Chambre de Commerce insiste cependant sur le fait que ces accords-cadre doivent être passés selon les mêmes procédures que les marchés « normaux » et notamment doivent être soumis aux mêmes règles de publicité que ces derniers afin d'éviter que cette facilité ne soit détournée à des fins abusives.

La Chambre de Commerce note par ailleurs que les auteurs du projet ont adopté la durée maximale prévue par la directive pour de tels accords-cadre, à savoir 4 ans.

Les marchés complémentaires (article 8)

Les auteurs du projet ont relevé le seuil maximal pour les marchés passés (par procédure restreinte ou négociée) pour des travaux ou services complémentaires à 50 % du montant du

¹ Il y aurait lieu de lire « ou ».

marché initial, par rapport à 30 % sous la législation actuelle. La Chambre de Commerce comprend la motivation d'un tel relèvement de seuil qui présente l'avantage d'une passation simple, informelle et rapide de commandes supplémentaires, et donc une exécution rapide des marchés sous-jacents, et qui procure une certaine souplesse aux pouvoirs adjudicateurs. Elle voudrait néanmoins attirer l'attention sur le fait qu'un tel relèvement renferme également le danger d'abus.

Ce relèvement du seuil prévu au Livre I - donc applicable à l'intégralité des marchés publics, qu'ils soient d'envergure nationale ou communautaire – est inspiré des dispositions de la directive 2004/18. La Chambre de Commerce voudrait faire remarquer que le seuil de 50 % prévu par ladite directive en son article 61 concerne les marchés complémentaires passés avec un concessionnaire de travaux, mais ni les concessions de services, ni les marchés publics « normaux ». Elle se demande partant si ce relèvement est en conformité avec les exigences communautaires.

Les marchés de recherche, d'investigation et de sécurisation (article 8)

La limitation de la possibilité de passer par une procédure négociée pour les marchés qui servent à la mise en oeuvre de moyens techniques particuliers et confidentiels de recherche, d'investigation et de sécurité à la seule Police Grand-Ducale est supprimée, et les moyens techniques de sécurité sont ajoutés comme cas de figure autorisant le recours à la procédure négociée. D'autres pouvoirs adjudicateurs que la police peuvent être amenés à passer de tels marchés. Le critère essentiel à prendre en considération pour avoir recours à la procédure négociée est la protection des intérêts essentiels de l'Etat. La Chambre de Commerce peut approuver cette nouveauté.

La motivation des marchés négociés (article 9)

L'article 9 du projet de loi prévoit que le recours à la procédure restreinte sans publication d'avis ou à la procédure négociée doit être motivé par un arrêté ministériel ou une décision du collège des bourgmestre et échevins, respectivement de l'organe habilité. La Chambre de Commerce s'étonne que l'article ne soit pas plus explicite en disposant par exemple que cette motivation devra se faire en fait (pour quelles raisons ?) et en droit (dans quel des cas de figure prévus à l'article 8 ?). Le justiciable n'est informé de cette exigence que par le biais du commentaire de l'article 9 du projet de loi, alors qu'il s'agirait pourtant d'une précision importante à l'attention des pouvoirs adjudicateurs. Cette remarque s'impose d'autant plus que la procédure restreinte sans publication d'avis et la procédure négociée constituent des procédures d'exception dérogeant au principe général de la procédure ouverte.

La Chambre de Commerce s'étonne par ailleurs du fait que le commentaire de l'article 9 du projet de loi prévoit que « *la motivation du recours à une de ces procédures (c'est-à-dire procédure restreinte sans publication d'avis ou procédure négociée) et l'approbation de l'offre retenue peuvent se faire par une même décision* ». Le libelle de l'article 9 lui-même est muet quant à une telle concomitance de ces deux décisions. Cette précision n'est anodine qu'en apparence. L'article lui-même ne conférant pas cette facilité au pouvoir adjudicateur - mais uniquement son commentaire - est-ce que le pouvoir adjudicateur pourra par une seule et même décision, et motiver son recours à une procédure du type fermée, et décider de l'adjudicataire. La Chambre de Commerce est d'avis que, s'agissant d'une procédure d'exception, il y a lieu à interprétation restrictive, de sorte que deux décisions successives seront nécessaires : une première décision motivant le recours à une procédure de type fermée et une deuxième décision attribuant le marché en cause. Cette procédure en deux étapes obligerait ainsi les pouvoirs adjudicateurs à s'interroger davantage sur la pertinence d'un recours à une procédure fermée et soulignerait par-là le caractère exceptionnel de ce mode de passation. Cette interprétation serait aux yeux de la Chambre de Commerce plus en conformité avec l'esprit des dispositions en matière de marchés publics.

Les centrales d'achat (article 10)

L'article 3 point 9 du projet définit la centrale d'achat comme « *un pouvoir adjudicateur qui acquiert des fournitures ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs, ou qui passe des marchés publics ou conclut des accords-cadre de travaux, de fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs* ».

L'article 10 paragraphe (2) institue la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de recourir à des centrales d'achat pour acquérir des travaux, fournitures ou services. La Chambre de

Commerce approuve l'introduction de la facilité de recourir à de telles centrales d'achat en tant qu'intermédiaires dans le cadre de la passation de marchés publics, alors que cette technique permettra aux pouvoirs adjudicateurs de profiter d'économies d'échelle en passant à la soumission de plus gros volumes. Cette rationalisation permettra d'augmenter l'efficacité de l'affectation des deniers publics dans les marchés publics. Par ailleurs, à part les économies d'échelle réalisables par ce biais, cette technique pourra constituer une alternative intéressante pour les pouvoirs adjudicateurs ne disposant pas des ressources humaines, administratives ou techniques nécessaires qui pourront se regrouper alors sous forme de centrale d'achat respectivement recourir à une organisation faïtière afin de lancer une procédure de marché public. Des économies d'échelle ne seront ainsi pas seulement concevables du côté du prix des fournitures ou prestations commandées, mais également du côté coût administratif.

Les centrales d'achat en question devront respecter les règles et procédures applicables aux pouvoirs adjudicateurs « normaux ». Dans ce cas, les pouvoirs adjudicateurs ayant passé par le biais d'une telle centrale d'achat seront considérés comme ayant à leur tour respecté la réglementation des marchés publics pour la ou les transactions concernées.

L'offre économiquement la plus avantageuse (article 11)

L'offre économiquement la plus avantageuse ne devra plus nécessairement être choisie parmi les trois offres accusant les prix les plus bas, mais les pouvoirs adjudicateurs auront la faculté d'en déterminer librement dans le cahier des charges, tout en les pondérant, les critères qu'ils souhaitent appliquer au marché en cause. En cas d'impossibilité dûment justifiée de procéder à une telle pondération, les pouvoirs adjudicateurs auront la possibilité d'indiquer les critères par ordre d'importance décroissant. Cette nouvelle faculté introduite pour l'ensemble des marchés publics, y inclus les marchés publics de moindre envergure, s'inspire une fois de plus de la directive 2004/18.

La Chambre de Commerce approuve entièrement le principe de la possibilité offerte aux pouvoirs adjudicateurs de pouvoir choisir l'offre économiquement la plus avantageuse parmi toutes les offres remises et retenues sur base de critères pondérés et objectifs à définir préalablement par le cahier des charges.

A côté de l'attribution d'un marché basée sur l'offre économiquement la plus avantageuse, les pouvoirs adjudicateurs auront toujours la possibilité de procéder par voie d'attribution d'un marché au prix le plus bas au cas où les caractéristiques du marché en cause ne permettent pas d'autres critères d'attribution que le prix.

La sanction de l'exclusion de la participation à un marché public (article 13)

Un arrêt de la Cour constitutionnelle du 30 janvier 2004 (arrêt no. 19/2004 publié au Mémorial A no. 18 du 16 février 2004, p.303) a déclaré l'article 36(5) de la loi modifiée du 27 juillet 1936 concernant la comptabilité de l'Etat, pour autant qu'il vise l'exclusion de la participation aux marchés publics, comme non-conforme à l'article 14 de la Constitution. Selon la Cour constitutionnelle, l'exclusion de la participation à un marché public est une peine au sens de l'article 14 de la Constitution (« *Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi* »). Ainsi l'exclusion de la participation à un marché public par le biais d'un cahier des charges, telle que prévue par l'article 36(5) de la loi précitée, a été déclarée illégale. L'article 13 du projet de loi réintroduit la possibilité pour un pouvoir adjudicateur d'exclure un soumissionnaire de la participation en précisant les motifs pouvant mener à une telle exclusion ainsi que la durée maximale d'exclusion de 2 ans. La Chambre de Commerce approuve

l'introduction de cette disposition pour les cas de figure mentionnés, mettant ainsi à disposition des pouvoirs adjudicateurs un instrument efficace afin d'éviter de graves désordres causés par des opérateurs économiques peu soucieux.

La Chambre de Commerce fait remarquer qu'aux termes du paragraphe (4) de l'article 13, l'exclusion de la participation à un marché public peut uniquement avoir lieu pour manquement aux conditions du marché adjugé ou pour non-respect des délais impartis, faute grave dans l'exécution des marchés ou manque de probité commerciale. Les considérants no. 34 et 43 de la directive 2004/18 permettent également une exclusion pour non-respect des dispositions applicables en matière de détachement de travailleurs, environnementale, d'ententes illicites ou d'égalité de traitement. La Chambre de Commerce se pose la question s'il n'y aurait pas lieu de prévoir expressément ces motifs d'exclusion dans le cadre de l'article 13, alors qu'à ses yeux le « manque de probité commerciale » ne semble pas nécessairement englober ces cas de figure. La Chambre de Commerce se permet de citer ci-dessous les considérants en question :

(34) Les lois, réglementations et conventions collectives, tant nationales que communautaires, en vigueur en matière de conditions de travail et de sécurité du travail, s'appliquent pendant l'exécution d'un marché public, pourvu que de telles règles, ainsi que leur application, soient conformes au droit communautaire. Dans les situations transfrontalières, où des travailleurs d'un État membre fournissent des services dans un autre État membre pour la réalisation d'un marché public, la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (1) énonce les conditions minimales qui doivent être respectées dans le pays d'accueil vis-à-vis de ces travailleurs détachés. Si le droit national contient des dispositions à cet effet, le non-respect de ces obligations peut être considéré comme une faute grave ou comme un délit affectant la moralité professionnelle de l'opérateur économique pouvant entraîner l'exclusion de cet opérateur économique de la procédure de passation d'un marché public.

(43) Il convient d'éviter l'attribution de marchés publics à des opérateurs économiques qui ont participé à une organisation criminelle ou qui se sont rendus coupables de corruption ou de fraude au détriment des intérêts financiers des Communautés européennes ou de blanchiment de capitaux. Les pouvoirs adjudicateurs devraient demander, le cas échéant, aux candidats/soumissionnaires les documents appropriés et pourraient, lorsqu'ils ont des doutes sur la situation personnelle de ces candidats/soumissionnaires, demander la coopération des autorités compétentes de l'État membre concerné. L'exclusion de tels opérateurs économiques devrait intervenir lorsque le pouvoir adjudicateur a connaissance d'un jugement concernant de pareils délits rendu conformément au droit national et ayant un caractère définitif qui lui confère l'autorité de la chose jugée. Si le droit national contient des dispositions à cet effet, le non-respect de la législation environnementale ou de celle des marchés publics en matière d'entente illicite, ayant fait l'objet d'un jugement à caractère définitif ou d'une décision ayant des effets équivalents, peut être considéré comme un délit affectant la moralité professionnelle de l'opérateur économique ou comme une faute grave. Le non-respect des dispositions nationales transposant les directives 2000/78/CE (1) et 76/207/CEE (2) en matière d'égalité de traitement des travailleurs, qui a fait l'objet d'un jugement à caractère définitif ou d'une décision ayant des effets équivalents, peut être considéré comme un délit affectant la moralité professionnelle de l'opérateur économique ou comme une faute grave.

Le doublement du seuil pour la sollicitation obligatoire de l'avis de la Commission des soumissions en cas de procédure fermée (article 16).

L'article 16 de la loi du 30 juin 2003 prévoyait un seuil de 25.000 euros HTVA, valeur cent de l'indice des prix à la consommation, au-delà duquel un pouvoir adjudicateur doit solliciter l'avis de la Commission des soumissions pour pouvoir recourir à une procédure restreinte sans publication d'avis ou à une procédure négociée. Les auteurs du projet de loi ont relevé ce seuil à 50.000 euros. La Chambre de Commerce ne peut se déclarer d'accord avec cette augmentation alors même qu'un tel relèvement permettrait de décharger la Commission des soumissions. Ce relèvement faciliterait en effet outre mesure le recours à cette procédure qui

doit rester d'exception. Les auteurs du projet de loi avancent dans le commentaire de l'article 16 comme argument le contrôle exercé par les contrôleurs financiers sur base de la loi du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat. Ce contrôle, effectué pour les marchés publics de l'Etat de quelque envergure que ce soit, porterait entre autres sur le respect des conditions du recours à la procédure négociée ou à la procédure restreinte sans publication d'avis par l'entité adjudicatrice.

La Chambre de Commerce, tout en rejoignant les auteurs du projet de loi concernant la pertinence de cette remarque, se doit néanmoins d'attirer l'attention sur le fait qu'un tel contrôle constitue toujours un contrôle *a posteriori* et risquera de mettre à la fois le pouvoir adjudicateur que l'entreprise qui s'est vue attribuer le marché dans une situation embarrassante en cas de refus par le contrôle financier de la motivation avancée par le pouvoir adjudicateur. Par ailleurs, cette argumentation ne vaut que pour les marchés publics de l'Etat et non pour ceux des communes.

Marchés réservés (article 20)

Le projet de loi prévoit la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de réserver le droit de participation à des procédures de passation de marchés à des ateliers protégés ou d'en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés lorsque la majorité des travailleurs sont des personnes handicapées. Cette possibilité contenue dans la directive pour les marchés dépassant une certaine envergure a également été insérée dans le Livre I. L'exposé des motifs du projet de loi prend le soin de prévoir que les personnes handicapées visées sont celles auxquelles a été reconnue la qualité de travailleur handicapé au sens de l'article 561-1 du Code du Travail. La Chambre de Commerce préconiserait d'insérer cette précision importante dans le texte de l'article 20 lui-même.

Les nouveautés apportées aux Livres II et III (marchés communautaires et marchés des secteurs spécifiques)

Le dialogue compétitif

Concernant plus spécialement les marchés d'envergure communautaire, il y a lieu de mentionner notamment l'introduction de la procédure du dialogue compétitif à côté des procédures actuellement utilisées qui sont la soumission publique (appelée désormais procédure ouverte), la soumission restreinte avec ou sans publication d'avis (appelée désormais procédure restreinte avec ou sans publication d'avis) et la procédure du marché négocié (appelée désormais procédure négociée). Cette nouvelle procédure a été introduite afin de mieux tenir compte des réalités économiques dans le domaine de l'approvisionnement public en adaptant les procédures des marchés publics aux besoins actuels, alors que les procédures traditionnelles étaient parfois jugées comme trop rigides par rapport aux réalités de l'achat public.

La procédure du dialogue compétitif peut être décrite comme une procédure particulière qui a des traits en commun aussi bien avec la procédure restreinte avec publication d'avis qu'avec la procédure négociée avec publication d'un avis de marché. Le dialogue compétitif se distingue principalement de la procédure restreinte du fait que des négociations concernant tous les aspects du marché sont autorisées et de la procédure négociée par le fait que, pour l'essentiel, les négociations sont concentrées à une phase particulière dans le déroulement de la procédure.

Cette nouvelle procédure du dialogue compétitif n'est par ailleurs pas prévue pour les marchés publics tombant sous le Livre I, alors qu'elle a été conçue pour des marchés complexes présentant une certaine envergure.

Le défi de la nouvelle procédure réside évidemment dans un maintien de la transparence des informations et de l'égalité de traitement simultanément avec la souplesse qui caractérise cette procédure. Le recours au dialogue compétitif devra être autorisé par une décision motivée sur base d'un justificatif détaillé explicitant en quoi tel marché sera à considérer comme particulièrement complexe.

C'est encore ce que prévoit l'exposé des motifs du projet de loi et la directive en prenant le soin de préciser que cette procédure ne devra pas être utilisée afin de fausser ou restreindre la concurrence par exemple par une modification d'éléments fondamentaux des offres ou en imposant des éléments nouveaux substantiels non prévus au soumissionnaire retenu. Le recours à cette nouvelle procédure est ainsi limité aux cas où « *les pouvoirs adjudicateurs qui réalisent des projets particulièrement complexes peuvent, sans qu'une critique puisse leur être adressée à cet égard, être dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques ou de solutions financières ou juridiques. Cette situation peut notamment se présenter pour la réalisation d'infrastructures de transport intégrées, la réalisation de grands réseaux informatiques ou la réalisation de projets comportant un financement complexe et structuré, dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance* »². La procédure flexible du dialogue compétitif permet à la fois de sauvegarder la concurrence entre opérateurs économiques et aux pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat tous les aspects d'un marché.

La procédure du dialogue compétitif ne pourra être utilisée que pour des marchés « particulièrement complexes ».

Un marché peut être considéré comme étant « particulièrement complexe » lorsque le pouvoir adjudicateur

- n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs (complexité technique) ou
- n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet (complexité juridique ou financière).

La fiche explicative en matière de dialogue compétitif de la Commission européenne impose à cet égard une obligation de diligence à l'égard des pouvoirs publics qui, en dépit de la mise en œuvre de tous les moyens raisonnables, n'ont pas été en mesure de définir les moyens techniques nécessaires ou le montage juridique ou financier adapté.

En ce qui concerne la complexité technique, deux cas de figure peuvent se présenter : le pouvoir adjudicateur peut ne pas être en mesure de spécifier les moyens techniques à utiliser en termes de fonctionnalités ou de performances pour réaliser la solution prescrite, ou bien le pouvoir adjudicateur n'arrive pas à établir, parmi plusieurs solutions possibles, quelle serait la plus idoine à répondre à ses besoins.

Concernant la complexité juridique ou financière, les pouvoirs adjudicateurs peuvent le cas échéant avoir le choix entre plusieurs modèles en fonction de l'envergure du risque économique que les opérateurs économiques seront prêts à accepter ou en fonction d'autres circonstances. Parmi une panoplie de modèles possibles, l'adjudicateur public devra ainsi choisir le modèle le plus approprié pour un marché donné en donnant la préférence à un

² Considérant no. 31 de la directive 2004/18

marché public traditionnel, à une concession ou à un contrat de partenariat avec transfert de risques économiques plus ou moins grand. En poursuivant le but de limiter les coûts le plus possible, le pouvoir public laissera la faculté aux opérateurs économiques de proposer différents manières de se rémunérer. De telles questions se poseront évidemment le plus souvent pour des projets de partenariat public-privé (PPP).

Le contrat de partenariat permet à une collectivité publique de confier à une entreprise la mission globale de financer, concevoir tout ou partie, construire, maintenir et gérer des ouvrages ou des équipements publics et services concourant aux missions de service public de l'administration, dans un cadre de longue durée et contre un paiement effectué par la personne publique et étalé dans le temps. Il a pour but d'optimiser les performances respectives des secteurs public et privé pour réaliser dans les meilleurs délais les projets qui présentent un caractère d'urgence ou de complexité pour la collectivité : immeubles, écoles, hôpitaux, systèmes informatiques, infrastructures.

L'avantage financier résultera de plusieurs facteurs mais avant tout de la possibilité de pouvoir individualiser la formule de financement externe en considération des exigences spécifiques de chaque projet, en offrant en particulier plus de flexibilité que les conditions uniformes dictées par les contraintes de la loi sur les marchés publics et notamment les cahiers des charges relatifs à l'adjudication publique. En principe, les risques inhérents à un projet d'investissement donné sont répartis dans le cadre d'une formule PPP entre les partenaires publics et privés selon les capacités de maîtrise de chacun.

D'un point de vue macroéconomique, l'expérience anglaise des PPP a montré une économie d'environ 15% pour la construction d'un ouvrage par rapport à la procédure classique d'attribution des marchés publics mais aussi un pourcentage de dépassement de délai de seulement 24% par rapport à 70% auparavant. Par ailleurs, le transfert des risques vers le privé permettra aux finances publiques de réduire sous certaines conditions l'augmentation de la dette publique.

Très souvent, les projets d'infrastructure de transport exigent l'injection de capitaux importants. Afin de ne pas accroître la dette publique en répondant à ces besoins d'investissement, le secteur privé peut assurer, en totalité ou en partie, le financement d'un projet, à condition que l'entente de partenariat repose sur un partage des risques adéquat. En effet, les grands groupes privés ont accès au marché mondial des capitaux et peuvent mobiliser et mettre en œuvre les moyens des principales institutions financières internationales.

Grâce au transfert du financement et de la gestion de services publics à un tiers, la collectivité publique peut alors consacrer ses moyens à d'autres priorités. Cela constitue un facteur essentiel pour le développement économique et social d'une collectivité.

Enfin, la mise en oeuvre d'un partenariat public-privé est aussi l'occasion de moderniser la gestion des infrastructures, en introduisant de nouvelles méthodes de management industriel : comptabilité analytique, contrôle de gestion, politique de marketing, politique d'achats centralisés, systèmes d'information, etc. En outre, les règles de comptabilité publique distinguent le budget d'investissement et le budget de fonctionnement : dans ces conditions, il n'est pas simple de déterminer l'équilibre économique global d'une activité et de son rapport coût/efficacité. Tel n'est pas le cas dans le secteur privé : l'évaluation précise des coûts et des performances permet d'optimiser les investissements en fonction des objectifs.

Les seuils

Les seuils d'application des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE, qui sont repris dans les livres II et III du présent projet de loi, ont été révisés dans le but d'en simplifier l'application. Dorénavant les seuils sont exprimés uniquement en euros, mais pourront être adaptés, comme par le passé, tous les deux ans par la Commission européenne dans le cadre de révisions périodiques en fonction de la variation de la valeur de l'euro par rapport au droit de tirage spécial. Ces seuils actualisés seront publiés par voie de communication au Mémorial B par les soins du ministre ayant dans ses attributions les travaux publics.

Le champ d'application de la directive spécifique

En ce qui concerne le champ d'application de la directive spécifique 2004/17 (et partant du Livre III du projet de loi), il y a lieu de remarquer que le secteur des télécommunications n'y figure plus. Il a été estimé que depuis l'introduction d'un cadre législatif au niveau communautaire afin d'introduire dans ce secteur une concurrence effective, en droit et en fait, il ne serait plus nécessaire de réglementer les acquisitions de tels services de télécommunications spécialement. En revanche, les activités des secteurs postaux entrent dorénavant dans le champ d'application du livre III.

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce peut approuver le projet de loi sous avis dans sa forme actuelle.

WJE-EPA/SDE