

Amendements gouvernementaux au projet de loi sur les marchés publics

Les amendements au projet de loi sur les marchés publics s'imposent pour plusieurs raisons.

Comme le projet de texte initial a été élaboré en 2006, il ne tient pas encore compte des mesures que le Gouvernement entend prendre pour lutter contre les effets de la crise actuelle. Le Conseil d'Etat a par ailleurs été saisi de ces projets de texte dans le cadre de la modification de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics, et s'est prononcé à ce sujet en date du 31 mars 2009.

En outre, il convient d'actualiser pour les besoins de l'Armée, les dispositions relatives à la possibilité de pouvoir procéder par voie de procédure négociée et procédure restreinte sans publication d'avis.

Finalement, comme le Conseil d'Etat vient de rendre son avis relatif au projet de loi sous rubrique, il convient d'amender l'article 81 de ce projet de loi pour la raison que le Conseil d'Etat a formulé une opposition formelle quant à cet article.

Articles amendés :

Art. 8 (1) k)

Le deuxième tiret de l'article 8 (1) k) est à libeller comme suit :

« pour les besoins d'une standardisation des matériels et équipements »

de sorte le point k) de l'article 8 (1) se lit comme suit :

Il peut être recouru soit à la procédure restreinte sans publication d'avis, soit à la procédure négociée dans les cas suivants :

...

k) pour les marchés de l'Armée:

- si le secret militaire l'exige;
- pour les besoins d'une standardisation des matériels et équipements;
- pour les travaux, fournitures et services occasionnés par le déplacement et le séjour d'unités militaires à l'étranger;
- pour l'acquisition de denrées alimentaires périssables lors de séjours à l'étranger;
- pour les fournitures d'effets d'habillement et d'équipement militaire destinés à être revendus au cadre.

...

Art. 8 (2) a)

(2) Il peut être recouru à la procédure négociée dans les cas suivants :

a) pour des marchés à conclure pour les pouvoirs adjudicateurs compétents pour l'Armée, la Police Grand-Ducale, l'Administration des Douanes et Accises et pour les services de secours, pour des besoins de standardisation des équipements et du matériel d'intervention ainsi que des effets personnels de protection et de sécurité des membres d'unité d'intervention.

.....

Art. 8 (3) Il peut être recouru soit à la procédure restreinte sans publication d'avis, soit à la procédure négociée lorsque le montant total du marché se situe entre le seuil fixé suivant le paragraphe (1) point a) par voie de règlement grand-ducal et quatorze mille euros hors TVA, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948, sous condition que le pouvoir adjudicateur, dans l'hypothèse d'une procédure restreinte sans publication d'avis, invite au moins trois candidats à soumissionner, et dans l'hypothèse d'une procédure négociée, admet au moins trois candidats aux négociations, à condition chaque fois qu'il y ait un nombre suffisant de candidats appropriés.

Art 20 (4) Des règlements grand-ducaux peuvent instituer des cahiers spéciaux des charges standardisés. Ces cahiers spéciaux des charges sont publiés par voie électronique.

Art. 81. (1) Les marchés destinés à permettre la prestation d'une activité visée aux articles 57 à 61 ne sont pas soumis au présent livre, si l'activité prestée est directement exposée à la concurrence et que l'accès à cette activité n'est pas limité.

(2) Si le ministre ayant dans ses attributions les Travaux publics estime que le paragraphe 1^{er} est applicable à une activité donnée, il en informe la Commission européenne et lui communique tous les faits pertinents, et notamment toute loi, règlement, disposition administrative ou accord concernant la conformité aux conditions énoncées au paragraphe 1^{er}.

(3) Les entités adjudicatrices peuvent demander à la Commission européenne d'établir l'applicabilité du paragraphe 1^{er} à une activité donnée. Dans ce cas, la Commission européenne en informe immédiatement le ministre ayant dans ses attributions les Travaux publics.

Ce ministre informe la Commission européenne de tous les faits pertinents, et notamment de toute loi, règlement, disposition administrative ou accord concernant la conformité aux conditions énoncées au paragraphe 1^{er}.

(4) Les demandes visées aux paragraphes (2) et (3) se font conformément aux dispositions de la décision de la Commission européenne du 7 janvier 2005 relative aux modalités d'application de la procédure prévue à l'article 30 de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

(5) La Commission européenne peut aussi décider, de sa propre initiative, d'entamer la procédure d'adoption d'une décision établissant l'applicabilité du paragraphe 1^{er} à une activité donnée. Dans ce cas, la Commission européenne informe immédiatement le ministre ayant dans ses attributions les Travaux publics.

Exposé des motifs et commentaires des articles :

Art 8 (1) k

Par rapport au libellé proposé initialement, il est proposé de supprimer les termes « de campagne ».

Cette modification se justifie du fait que le recours à la procédure négociée ou à la procédure restreinte sans publication d'avis présente indéniablement une facilité pour le commettant et constitue une procédure d'exception dérogeant au principe général de la procédure ouverte (encore appelée soumission publique).

Lorsqu'il s'agit de choisir de l'équipement militaire, l'Armée luxembourgeoise s'inspire souvent de l'équipement en service auprès d'autres armées étrangères qui ont déjà fait leurs preuves. Pendant et après la phase de développement, ces équipements sont soumis à des contrôles de qualité rigoureux et leur aptitude à l'emploi militaire est certifiée par des bureaux d'études expérimentés et agréés.

Comme l'Armée luxembourgeoise manque de ressources matérielles et humaines et ne dispose pas d'un service de développement et d'étude pour effectuer des prospections élaborées suivies de tests technico-scientifiques, elle se voit contrainte de recourir soit aux spécifications techniques des fabricants, soit aux cahiers des charges établis par d'autres armées étrangères.

Dans le cas d'une procédure ouverte, dans le pire des cas, un produit qui ne convient pas totalement aux exigences des militaires devra être utilisé. Une telle situation est d'autant plus préjudiciable si l'équipement militaire convoité est parallèlement en service auprès d'une armée internationale. Disposant d'une modeste chaîne logistique dans le domaine du réapprovisionnement vers les théâtres d'engagement, le critère de standardisation des divers équipements et matériels, et non pas seulement des uniques équipements et matériels de campagne, constitue un précieux avantage pour l'armée.

Art. 8 (2) a)

L'ajout « pour l'Armée » se justifie alors que dans le cadre d'une catastrophe quelconque où l'intérêt national exigerait la réquisition de l'armée et qu'elle serait amenée à effectuer des missions en coopération avec les administrations énumérées au point (2) a), une standardisation des équipements et du matériel d'intervention, ainsi que des effets personnels de protection, d'équipement et de sécurité des membres des unités opérationnelles constituerait une plus-value indéniable pour l'ensemble de ces administrations. Une telle standardisation se fait par la procédure négociée.

Art 8 (3)

L'article 8 du projet de loi sur les marchés publics énumère limitativement les hypothèses dans lesquelles il peut être recouru à la procédure restreinte sans publication d'avis ou à la procédure négociée. Il s'agit d'un côté des marchés de très faible envergure, dont le seuil n'excède pas huit mille euros hors TVA, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948, et d'un autre côté des marchés à conclure dans des contextes particuliers, tels, à titre d'exemple, des marchés nécessaires en raison d'un événement imprévisible, des marchés réalisés à la fin de recherche ou d'expérimentation, des marchés hautement techniques ou scientifiques, des marchés complémentaires, ou encore des marchés à passer par des entités telles la Police Grand-Ducale ou l'Armée.

Il convient de noter que le seuil précité de huit mille euros hors TVA, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948 mis en application par voie de règlement grand-ducal, et fixé à 55.000.- euros, se trouve donc dans la marge de manœuvre laissée par le seuil de huit mille euros hors TVA, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948.

Vu les besoins des différents pouvoirs adjudicateurs de pouvoir réagir rapidement et efficacement dans le cadre des missions de service public leur confiées, les obligeant de recourir souvent à des marchés publics, et en vue d'accélérer les projets d'investissement, il est prévu d'autoriser la procédure négociée et la procédure restreinte sans publication d'avis pour des marchés publics dont le montant total HTVA se situe entre 55.000.- euros, non indexés, et 14.000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948 (ce qui revient à 103.650 euros non indexés), sous condition de respecter certaines règles de procédure simplifiées par rapport à la procédure ouverte. Comme le seuil de 55.000.- euros, non indexé, est prévu par règlement grand-ducal, le montant de 55.000.- euros ne peut pas être précisé dans le projet de loi, et est uniquement indiqué par un renvoi à l'article 8 (1) a) de la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent donc désormais recourir à la procédure négociée ou à la procédure restreinte sans publication d'avis, sans devoir motiver particulièrement le recours à cette procédure, pour des marchés publics, allant jusqu'à 14.000 euros valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948.

Pour les marchés publics ne dépassant actuellement pas le seuil de 55.000 euros non indexés, prévu par règlement grand-ducal, aucune formalité particulière n'est requise (En effet, ni la loi ni le règlement d'exécution ne prévoient une formalité particulière) ; pour les marchés se situant entre 55.000 euros et 14.000 euros valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948 (donc 103.650 euros non indexés), au moins trois candidats doivent être contactés, soit pour soumissionner, soit pour entamer des négociations.

Au cours des négociations, les pouvoirs adjudicateurs doivent assurer l'égalité de traitement de tous les candidats, et il est interdit de donner, de manière discriminatoire, des informations susceptibles d'avantager certains d'entre eux.

En ce qui concerne la procédure restreinte sans publication d'avis, la procédure à suivre après que des soumissionnaires ont été invités, est identique à la procédure ouverte (soumission publique), de sorte que la transparence sera respectée.

Il est à noter que les pouvoirs adjudicateurs, en vue de repérer des candidats potentiels, ont la possibilité de procéder à un appel d'offres sous forme simplifiée.

Il s'agit de la publication d'un avis faisant part de l'intention du pouvoir adjudicateur de passer tel ou tel marché avec mention des coordonnées du pouvoir adjudicateur. Cette publication se fera sur le portail électronique des marchés publics auprès du Ministère des Travaux Publics, de sorte qu'un maximum d'entreprises pourront prendre connaissance de ces opportunités. Le portail des marchés publics est le site internet où sont actuellement publiés de manière centralisée tous les avis d'adjudication des différents pouvoirs adjudicateurs du Grand-Duché.

Les entreprises intéressées peuvent ensuite contacter le pouvoir adjudicateur afin d'obtenir les informations nécessaires en vue de la suite de la procédure.

Il est encore précisé que dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur ne repère pas trois candidats appropriés, il peut être fait exception au principe de demander des offres auprès de trois candidats.

Art 20 (4)

L'article 20 paragraphe (4) du projet de loi sur les marchés publics prévoit que des règlements grand-ducaux peuvent instituer des cahiers spéciaux des charges standardisés. Actuellement, le règlement grand-ducal du 8 juillet 2003 portant institution de cahiers des charges standardisés en matière de marchés publics institue des cahiers spéciaux des charges standardisés pour 30 corps de métiers dans le secteur de la construction. Ces documents volumineux ont été publiés sous forme d'annexe au Mémorial A.

Il s'est cependant avéré depuis lors que ces cahiers spéciaux des charges devraient être révisés régulièrement afin de tenir compte de l'évolution des différentes technologies et normes. Ces cahiers spéciaux ont été initialement élaborés par le CRTI-B (Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiments) et sont régulièrement retravaillés par le CRTI-B, de sorte qu'une publication de ces cahiers spéciaux actualisés s'impose.

Afin de pouvoir donner la possibilité de s'adapter rapidement aux évolutions, il est proposé de prévoir à l'avenir par voie de règlement grand-ducal que le Ministre ayant dans ses attributions les Travaux publics pourra déclarer d'obligation générale lesdits cahiers spéciaux des charges et que ces documents standardisés et très techniques seront publiés par voie électronique sur le portail électronique des marchés publics auprès du Ministère des Travaux publics. De cette manière, les différents acteurs, à savoir les administrations, architectes et entrepreneurs pourront consulter par voie électronique les cahiers spéciaux des charges actualisés et les insérer de manière pratique dans les dossiers de soumission.

Il est à remarquer que l'article 112 de la Constitution dispose qu'« *Aucune loi, aucun règlement d'administration générale ou communale n'est obligatoire qu'après avoir été publié dans la forme déterminée par la loi.* ». Par la présente modification de l'article 20, le projet de loi sur les marchés publics prévoit expressément que les cahiers standardisés en matière de marchés publics sont publiés par voie électronique.

Article 81

Cet article vise à transposer l'article 30 de la directive 2007/17/CE. Conformément au paragraphe (1) des activités peuvent être exemptées de l'application des dispositions du livre III, et donc des exigences de procédure, si ces activités sont directement exposées à la concurrence et qu'il n'y a pas de limitation à l'accès de cette activité. Cette exemption est cependant subordonnée à une procédure de demande d'exemption.

L'initiative de cette exemption peut venir du ministre ayant dans ses attributions les travaux publics, de l'entité adjudicatrice elle-même ou encore de la Commission européenne elle-même.

Il faut dans le cadre de cette initiative qu'il soit démontré que l'activité en question est directement exposée à la concurrence.

Le ministre ayant dans ses attributions les travaux publics ou l'entité adjudicatrice doit faire la demande d'exemption conformément aux dispositions de la décision de la Commission européenne du 7 janvier 2005 relative aux modalités d'application de la procédure prévue à l'article 30 de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Cette décision a été publiée au Journal officiel de l'Union européenne le 11 janvier 2005 et explique en détail quels renseignements doivent être fournis à la Commission européenne afin que celle-ci puisse adopter une telle décision d'exemption.

La Commission européenne peut également de sa propre initiative prendre la décision d'exemption.