

Objet: Projet de règlement grand-ducal fixant les règles relatives au déroulement des concours d'aménagement du territoire, d'urbanisme, d'architecture et d'ingénierie. (3661LCE)

*Saisine : Ministre du Développement durable et des Infrastructures
(21 juin 2010)*

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

L'objet du présent projet de règlement grand-ducal est d'une part, la fixation des règles d'exécution relatives au déroulement des concours d'aménagement du territoire, d'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie dans le cadre des marchés publics conformément à la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et d'autre part la transposition partielle de 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 fourniture et de services, ci-après « directive 2004/18/CE ».

Remarques préliminaires

La Chambre de Commerce relève qu'elle a été saisie d'un texte intitulé « *avant-projet de règlement grand-ducal* » alors qu'il s'agit cependant d'un « *projet de règlement grand-ducal* ». La Chambre de Commerce suggère donc de rectifier cette erreur.

Considérations Générales

Le projet de règlement grand-ducal fait suite à un avant-projet de règlement grand-ducal fixant les règles relatives au déroulement des concours d'aménagement du territoire, d'urbanisme, d'architecture et d'ingénierie proposé courant de l'année 2006, ci-après « avant-projet de règlement », et ayant fait l'objet d'un avis négatif de la Chambre de Commerce en date du 5 novembre 2007.

Le projet de règlement grand-ducal entend compléter la réglementation nationale en vigueur suite à la loi du 25 juin 2009 précitée et son règlement grand-ducal d'exécution du 3 août 2009 et remédier aux critiques émises par la Chambre de Commerce, le Conseil d'Etat et l'Ordre des Architectes et Ingénieurs conseils.

Dans son avis du 5 novembre 2007, la Chambre de Commerce avait principalement critiqué la non-conformité de l'avant-projet de règlement par rapport à la directive 2004/18/CE et la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, des transports et des services postaux du 31 mars 2004. Les modifications opérées par la loi du 25 juin 2009 et son règlement d'exécution du 3 août 2009, de même que le présent projet de règlement grand-ducal ont permis de lever certains de ces reproches.

La Chambre de Commerce salue en outre la réécriture faite par les auteurs du projet qui a permis d'alléger le contenu du texte proposé tout en prenant soin de définir plus clairement l'objet des concours visés et le champ d'application du projet de règlement grand-ducal. Cependant, dans leur élan de simplification, la Chambre de Commerce regrette que les auteurs du projet de règlement grand-ducal n'aient quelque peu omis l'adage « *toute la directive, rien que la directive* ». L'article 74 point 4 de la directive 2004/18/CE dispose que « *l'anonymat doit être respecté (...)* » alors que l'article 3 point 3 du projet de règlement grand-ducal, qui est une refonte de l'ancien article 6 de l'avant-projet de règlement grand-ducal, n'en impose pas le respect absolu. Ce dernier prévoit en effet que « *(...) l'anonymat des participants reste en principe garanti (...)* ».

Dans ce même ordre d'idée, la Chambre de Commerce relève que les points 5 et 6 de l'article 74 de la directive 2004/18/CE disposent que les candidats peuvent être invités à répondre aux questions du jury et qu'un procès-verbal y relatif doit être établi. Or, ces dispositions ne sont pas transposées par le projet de règlement grand-ducal mais uniquement par les points 5 et 6 de l'article 252 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 précité. La Chambre de Commerce relève cependant que l'article 252 est inapplicable aux concours visés par le présent projet de règlement grand-ducal en vertu de l'article 249 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 de sorte que ces dispositions ne sont pas valablement transposées pour les concours visés par le présent projet.

La Chambre de Commerce note également que le projet sous avis ne tient pas entièrement compte des remarques fondamentales faites par le Conseil d'Etat dans son avis du 4 mars 2008 à l'égard de l'avant-projet de règlement grand-ducal de 2006. Il en est ainsi pour la demande de la Haute Corporation à propos de l'ancien article 18 (7), actuel article 12 (1), tendant à obtenir une définition de la notion d' « *homme de l'art* ». Il aurait en effet été nécessaire, pour garantir une parfaite approche pratique et maîtrise de l'objet du concours, de se limiter à l'amendement proposé par le Conseil d'Etat à savoir que « *Ne peut être nommé membre du jury que celui qui remplit les critères professionnels définis à l'article 15(3) (actuellement article 10 in fine du présent projet de règlement grand-ducal) et qui peut se prévaloir d'une pratique professionnelle d'au moins 5 années* » alors qu'une simple formation théorique associée à la qualité de salarié du pouvoir adjudicateur ne saurait être considéré comme un équivalent satisfaisant par rapport à une expérience quinquennale sur le terrain.

La Chambre de Commerce regrette en outre que le projet de règlement grand-ducal n'ait pas retenu que le concours de projet est en principe suivi d'une mission de réalisation de l'un des projets primés sauf décision contraire, dûment motivée par des critères objectifs (tel une contrainte budgétaire), prise par le pouvoir adjudicateur. Il est en effet difficile de percevoir l'utilité d'un concours de projets, pour lequel un travail de longue haleine a été nécessaire et des moyens financiers ont été investis tant par le pouvoir adjudicateur que par les participants, si la réalisation du projet n'est pas l'objectif visé.

La Chambre de Commerce déplore enfin qu'aucune responsabilité ne soit envisagée pour les membres du jury ou du pré-jury en cas de non respect des règles qui leur sont imposées dans le cadre de l'exécution de leur mission et qu'aucune sanction n'ait été prévue. A défaut de sanctions susceptibles d'être appliquées, les règles ne deviennent que de simples recommandations sans réelle force coercitive, de sorte que ce point mérite réflexion.

Commentaire des articles

Concernant l'article 3

Le paragraphe 3 de l'article 3 du projet de règlement grand-ducal prévoit que « (...) *l'anonymat des participants reste en principe garanti tant à l'égard du pouvoir adjudicateur, que des membres du pré-jury et du jury, jusqu'à la clôture des délibérations du jury* ».

Compte tenu des considérations qui précèdent, la Chambre de Commerce préconise que les termes « *reste en principe* » soient remplacés par le mot « est » alors que les premiers sont de nature à faire obstacle à l'obligation d'anonymat imposée par la directive 2004/18/CE.

Concernant les articles 4 et 39

Le paragraphe 2 de l'article 4 prévoit que le concours de projets peut être, mais n'est pas obligatoirement, suivi d'une mission de réalisation.

La Chambre de Commerce ne saurait marquer son accord sur le contenu de ce paragraphe. Compte tenu de la finalité ultime d'un concours de projets, du temps et des importants moyens investis tant par le pouvoir adjudicateur (par exemple, la publication de l'avis, l'établissement du règlement-concours, la nomination des membres du pré-jury et du jury) que par les participants (par exemple, réalisation d'études et de maquettes), la Chambre de Commerce propose que le point 2 de l'article 4 soit amendé de la façon suivante:

« Le concours de projets est suivi, sauf décision contraire du pouvoir adjudicateur dûment motivée par des critères objectifs, réels et sérieux, d'une mission de réalisation conformément à l'article 39 du présent règlement grand-ducal. »

L'article 39 concerne plus précisément la décision du pouvoir adjudicateur de poursuivre ou non le projet du concours par une mission d'exécution ainsi que les modalités en cas de décision de poursuite positive.

Cet article est ainsi la suite logique de l'article 4 de sorte que les amendements proposés par la Chambre de Commerce à l'article 4 paragraphe 2 appellent nécessairement à remaniement total de l'article 39. Ce dernier devra tenir compte des conséquences entraînées par la modification de l'article 4 paragraphe 2 en cas d'adoption des amendements suggérés par la Chambre de Commerce afin d'apporter une cohérence juridique indispensable au projet de règlement grand-ducal.

Dans ce même ordre d'idées, il paraît important aux yeux de la Chambre de Commerce que le projet présenté par un candidat et ayant obtenu le premier prix fasse l'objet de la mission d'exécution alors que par le simple fait d'avoir été primé en premier, il semble répondre au mieux aux objectifs du projet de concours. Si le choix du pouvoir adjudicateur devait se porter sur un autre projet primé, il devra motiver sa décision afin de garantir le principe de la transparence.

Concernant l'article 12

Le paragraphe 2 de l'article 12 utilise la notion de « *règlement du concours* ». La Chambre de Commerce constate cependant que la notion utilisée tout au long du projet de règlement grand-ducal est celle de « *règlement-concours* ». Pour assurer une cohérence terminologique du projet de règlement grand-ducal, la Chambre de Commerce suggère de remplacer la notion de « *règlement du concours* » par celle de « *règlement-concours* ».

Le paragraphe 3 de l'article 12 concerne la composition du jury ainsi que la qualification de ses membres et prévoit que le jury se compose d'au moins un tiers d'« *hommes de l'art* ». Ledit article définit la notion d'homme de l'art et précise que pour être considéré comme tel, le membre du jury doit avoir une pratique professionnelle d'au moins 5 années et remplir les conditions légales d'exercice de sa profession ou être salarié du pouvoir adjudicateur et disposer d'un diplôme universitaire dans un des domaines du champs d'application du projet de règlement tel que défini à l'article 1^{er}.

La Chambre de Commerce s'étonne de l'équivalence qui est faite entre d'une part une personne qui a au moins 5 années d'expériences et d'autre part, une personne qui, du fait d'être salarié du pouvoir adjudicateur, n'a besoin « que » de disposer d'un des diplômes universitaires visés au paragraphe précédant sans conditions minimales de pratique professionnelle.

S'il est vrai qu'une formation universitaire permet d'acquérir certaines connaissances théoriques dans des domaines spécifiques, rien ne semble cependant pouvoir remplacer une expérience pratique. Dans les concours visés par le projet de règlement grand-ducal, la pratique dans le domaine en question revêt une importance capitale afin de permettre au jury d'être à même d'analyser, avec tout l'aspect pratique qu'il convient, les projets qui lui sont soumis.

Le texte sous avis permettrait donc au pouvoir adjudicateur de désigner comme membre du jury un jeune diplômé dès sa « *sortie d'école* » alors que ce dernier n'a pas encore pu faire une quelconque expérience pratique.

Il ne faut en effet pas perdre de vue le fait que les projets présentés devraient en principe pouvoir être mis en œuvre et exécutés dans le futur de sorte qu'une approche pratique dans l'analyse des projets présentés au concours semble primordiale.

Aux yeux de la Chambre de Commerce, il aurait été préférable que les auteurs du projet de règlement grand-ducal s'en soient tenus aux amendements proposés par le Conseil d'Etat dans son avis de 2008 relatifs aux qualités requises pour devenir membre du jury, sans ajouter d'alternative à l'obligation de disposer d'une expérience pratique de 5 ans.

La Chambre de Commerce suggère que le contenu de l'article 12 (3) du projet de règlement grand-ducal soit modifié comme suit :

« Ne peut être nommé membre du jury que celui qui remplit les critères professionnels définis à l'article 10(4) et qui peut se prévaloir d'une pratique professionnelle d'au moins 5 années. »

Concernant les articles 15 et 16

Les articles 15 et 16 traitent des prix, mentions et honoraires d'élaboration qui seront ou pourront être attribués aux prestations intellectuelles et matérielles des participants. La Chambre de Commerce relève néanmoins qu'il serait utile de préciser si les prix et/ou honoraires exprimés dans le règlement-concours s'entendent hors TVA ou TVA comprise afin de garantir le principe de transparence pour chaque participant. Cette précision semble d'autant plus importante que tant la loi du 25 juin 2009 que la directive 2004/18/CE prennent soins d'indiquer que les différents montants s'entendent hors TVA lors de la détermination des seuils et des prix. Une concordance entre les divers textes législatifs semble donc s'imposer et la question devrait donc faire l'objet d'une clarification avant l'adoption du présent projet de règlement grand-ducal.

Concernant l'article 19

La Chambre de Commerce s'étonne que le pouvoir adjudicateur peut librement décider de ne pas procéder à la communication directe de certains documents « *selon leur volume* » et que les participants devront donc consulter ces documents à l'endroit indiqué par le pouvoir adjudicateur.

L'article 42 de la directive 2004/18/CE ainsi que l'article 199 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 précité prévoient que les communications sont faites au choix du pouvoir adjudicateur par courrier, par télécopieur, par moyens électroniques, par téléphone ou par combinaison de ces moyens. Or, la consultation sur place de documents ne semble donc pas prévue par la législation en matière de marchés publics.

Au temps où les moyens de communication électronique permettent la transmission d'un volume important de documents en un minimum de temps et au moyen d'un support de petite taille (par exemple, CD-ROM, clé USB), une consultation sur place peut potentiellement limiter la compétitivité des participants et constitue une entrave au principe de non-discrimination envers principalement, mais non exclusivement, les participants étrangers et/ou éloignés.

La Chambre de Commerce est néanmoins sensible à la difficulté que peut poser la reproduction et la communication de documents dont les dimensions sont supérieures à la norme DinA3 (par exemple des plans). Aux yeux de la Chambre de Commerce, la problématique de la communication se situe donc plus spécifiquement au niveau non pas du volume de documents à communiquer, mais au niveau de la taille de ces documents.

La Chambre de Commerce suggère par conséquent que la possibilité du pouvoir adjudicateur de recourir au mode de communication par consultation sur place sans communication directe de certains documents soit plus encadrée et limitée aux documents ayant des dimensions plus importantes ou des caractéristiques telles qu'une communication directe s'avère trop complexe à mettre en œuvre.

Concernant l'article 20

Au paragraphe 3 de l'article 20, les auteurs utilisent les termes de « *règlement du concours* » alors que, conformément aux observations d'ores et déjà formulées au niveau de l'analyse du paragraphe 2 de l'article 12, la notion utilisée tout au long du projet de règlement grand-ducal est celle de « *règlement-concours* ». La Chambre de Commerce propose de procéder à la même modification préconisée précédemment.

Concernant l'article 24

Le paragraphe 2 de l'article 24 traite des modalités de remise des projets par les candidats au pouvoir adjudicateur.

La Chambre de Commerce observe que les auteurs du projet de règlement grand-ducal débutent le paragraphe 2 de l'article 24 avec les mots « *Sauf identification différente (...)* ». Ce point est le résultat d'une modification faite par rapport à l'avant-projet de règlement grand-ducal et ce suite à un amendement proposé par le Conseil d'Etat en 2008. Néanmoins, l'utilisation du mot « *identification* » à ce niveau de la phrase prive cette dernière de tout sens. D'ailleurs, à la lecture de l'amendement proposé par le Conseil d'Etat, ce dernier a utilisé la notion d'« *indication* » et non d'« *identification* ». Pour une parfaite compréhension du texte et afin d'en accroître la lisibilité, la Chambre de Commerce suggère qu'il s'en soit tenu à l'amendement proposé par la Haute Corporation dans son avis.

Concernant l'article 28

La Chambre de Commerce se permet de soulever une erreur de numérotation qui s'est glissée au niveau de l'article 28, lequel dispose en effet de deux paragraphes portant le n°2 chacun. La Chambre de Commerce propose que la numérotation de l'article 28 soit revue.

Concernant l'article 29

L'article 29 consacre la possibilité donnée au jury, sous réserve qu'aucun projet ne puisse être recommandé au pouvoir adjudicateur dans sa forme originelle, de conseiller aux participants d'amender et/ou d'améliorer le projet qu'ils avaient initialement présenté. Cet article prévoit également que les éventuels honoraires supplémentaires engendrés par une telle révision soient déduits du montant global alloué au concours.

La Chambre de Commerce s'étonne du revirement opéré par les auteurs du projet de règlement grand-ducal par rapport à l'avant-projet de règlement grand-ducal concernant l'imputation de ces éventuels honoraires supplémentaires. L'avant-projet de règlement prévoyait que les montants des honoraires supplémentaires ne pouvaient pas être déduits du montant global alloué au concours alors que le projet sous avis prévoit simplement le contraire.

A défaut de plus amples explications et d'une motivation objective, la Chambre de Commerce propose de revenir à la version initiale.

Concernant l'article 34

L'article 34 définit la procédure de vérification de la conformité de chaque participant par rapport aux exigences du concours et de leur identification après la signature par le jury du procès-verbal sur l'accomplissement de ses missions

La Chambre de Commerce observe que les auteurs du projet de règlement grand-ducal ont souhaité intégrer au point 1 de l'article 34 l'amendement proposé par la Haute Corporation dans son avis de 2008. Néanmoins, la phrase proposée par le Conseil d'Etat a été enrichie par les termes « *et les déclarations des participants* ». Or, cet ajout a pour conséquence de rendre le texte incompréhensible, sans apporter cependant un quelconque autre avantage au texte proposé. Pour une lecture plus cohérente du texte et afin d'en parfaire la lisibilité, la Chambre de Commerce suggère qu'il s'en soit tenu à l'amendement proposé par la Haute Corporation dans son avis et que la partie de phrase « *et les déclarations des participants* » soit supprimée.

Concernant l'article 39 (précité)

La Chambre de Commerce renvoie à son commentaire ci-avant sous l'article 4.

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut approuver le projet de règlement grand-ducal sous avis que sous réserve expresse de la prise en considération de ses remarques.

LCE/SDE