

Projet de règlement grand-ducal

portant exécution de la loi du XX XXXX XXXX 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

Avis complémentaire du Conseil d'État

(19 janvier 2018)

Par dépêche du 21 novembre 2017, le Premier ministre, ministre d'État a fait parvenir au Conseil d'État deux séries d'amendements gouvernementaux au projet de règlement grand-ducal sous rubrique, élaborés par le ministre du Développement durable et des Infrastructures.

Aux textes desdits amendements étaient joints des observations générales, un commentaire pour chacun des amendements ainsi qu'un texte coordonné du projet de règlement grand-ducal sous avis intégrant les amendements gouvernementaux.

L'avis complémentaire de la Chambre des métiers a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 10 novembre 2017.

Observation générale

Les amendements qui répondent aux observations d'ordre légistique du Conseil d'État ne donnent pas lieu à observation. Il s'agit des amendements 1, 16, 28, 45 (volet légistique), 49, 55, 71 et 72 (volet légistique), 73, 74, 78, 81 (volet légistique), 89 et 90 (volet légistique), 101 (volet légistique), 104 (volet légistique), 106 et 107 (volet légistique), 108, 111 (volet légistique), 114 (volet légistique), 126, 127 à 129 (volet légistique), 137, 138 (volet légistique), 155, 159 et 160 à 167.

Examen des amendements (1^{re} série)

Amendement 1

Sans observation.

Amendements 2 à 10

Le Conseil d'État constate que les auteurs n'ont que partiellement suivi ses recommandations formulées dans l'avis du 14 juillet 2017.

Le nouvel agencement conduit certes à plus de clarté en ce qui concerne le volet purement national et le Conseil d'État peut s'en accommoder, sous réserve des développements faits dans son avis du 14 juillet 2017 (p. 5) au sujet de la notion de « travaux de grande envergure ».

En ce qui concerne néanmoins le volet soumis à la directive, les développements du Conseil d'État figurant à l'avis du 14 juillet 2017 ne sont pas énervés par les amendements. Les auteurs enlèvent certes le renvoi à l'article 155 vers les articles 2 à 7, mais ce renvoi était – tel qu'ils le relèvent justement – de toute façon superfétatoire. Le Conseil d'État maintient ses réserves et insiste à ce que les auteurs n'appliquent pas les dispositions sous revue aux marchés dits européens, étant donné que les dispositions sous revue risquent toujours d'être contraires à l'article 46 de la directive 2014/24/UE. Suivant cet article, les marchés sont attribués en lots distincts et les pouvoirs adjudicateurs doivent justifier les motifs pour lesquels ils ont décidé de ne pas procéder par lots séparés. En particulier, sont en cause les articles 3, 5 et 6, paragraphe 1^{er}, du règlement en projet.

Amendements 11 à 20

Sans observation.

Amendement 21

Concernant l'ajout au paragraphe 4 de l'article 19 des mots « Pour les marchés publics non soumis aux Livres II et III, les variantes sont toujours facultatives », qui fait suite à la demande du Conseil d'État d'exclure l'application de ce paragraphe pour les marchés soumis aux Livres II et III, le Conseil d'État craint que la formulation choisie par les auteurs ne puisse induire en erreur et recommande d'omettre le bout de phrase « les variantes sont toujours facultatives », étant donné qu'il ne permet pas de savoir à qui (pouvoir adjudicateur ou soumissionnaires) il s'adresse. Le Conseil d'État recommande dès lors d'écrire : « Pour les marchés publics non soumis aux Livres II et III, il est loisible au soumissionnaire de faire une offre (...) », cette formulation s'adressant au seul groupe des soumissionnaires.

Amendements 22 et 23

Sans observation.

Amendement 24

Les auteurs ont maintenu l'article 21 – qui suivant l'avis du Conseil d'État du 14 juillet 2017 risque d'être en contradiction avec l'article 30 du projet de loi relatif aux marchés publics – tout en précisant que les informations que le pouvoir adjudicataire peut demander sont « supplémentaires » à celles dont il est question à l'article 30 du projet de loi. Quelle est la signification que les auteurs entendent donner au terme « indicatif » ? Quelles sont la plus-value et la pertinence de ces informations dans le cadre de la procédure de sélection ? Quelle est la conséquence d'un défaut de présentation de ces documents par un des candidats ? Le Conseil d'État demande aux auteurs de revoir leur position et de supprimer cet article qui risque de prêter à confusion.

Amendements 25 à 31

Sans observation.

Amendement 32

Étant donné que les auteurs ont suivi la recommandation du Conseil d'État d'intégrer les dispositions du paragraphe 2 dans le projet de loi (articles 12 et 118), le Conseil d'État suggère aux auteurs d'omettre ce paragraphe dans le projet de règlement grand-ducal. En ce qui concerne la formulation de l'article, il est renvoyé respectivement aux deuxième et troisième avis complémentaires du Conseil d'État relatifs au projet de loi n° 6982 du 28 novembre 2017 et de ce jour.

Amendements 33 à 41

Sans observation.

Amendement 42

Dans son avis du 14 juillet 2017, le Conseil d'État avait relevé que l'article 57 qui exigeait un engagement solidaire en cas de remise d'une offre collective se heurtait à l'esprit de la directive.

Les auteurs estiment tenir compte de cette observation en intégrant une disposition dans l'article sous avis suivant laquelle l'engagement solidaire est exigé dans le cas d'une offre collective, sauf disposition contraire dans le cahier des charges. Le Conseil d'État estime que le dispositif sous examen reste contraire à la directive, étant donné qu'elle érige l'engagement solidaire en principe.

Les auteurs expliquent s'être inspirés de la loi belge du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Le Conseil d'État ignore quelle disposition précise a inspiré les auteurs. Deux cas de figure d'un « engagement solidaire » y sont certes envisagés, mais il ne s'agit pas de celui traité par l'article 57 sous avis. Ainsi, l'article 48 de la loi belge traite de l'engagement solidaire des pouvoirs adjudicateurs qui décident de passer un marché ensemble et l'article 78 de cette même loi traite de l'engagement solidaire d'un opérateur économique avec la ou les entités aux capacités desquelles il a recours en ce qui concerne des critères ayant trait à la capacité économique et financière. Dans ce dernier cas de figure, le pouvoir adjudicateur peut exiger que l'opérateur économique et cette ou ces entités soient solidairement responsables de l'exécution du marché, pour autant que la possibilité d'exiger la responsabilité solidaire n'ait pas été exclue dans les documents de marché. Or, ces deux cas de figure sont distincts de celui traité en l'espèce. Le premier concerne d'autres intervenants et la solidarité y est prévue par exception, le second concerne le cas de figure du recours à la capacité technique d'une autre entité où l'engagement solidaire se comprend.¹

¹ L'article 8 de la loi belge qui traite des opérateurs économiques dispose au contraire au §2 que les groupements d'opérateurs économiques « ne sont pas contraints par les adjudicateurs d'avoir une forme juridique déterminée pour présenter une demande de participation ou une offre.

Les adjudicateurs peuvent préciser, dans les documents du marché, la manière dont les groupements d'opérateurs économiques doivent remplir, en ce qui concerne les secteurs classiques, les exigences relatives à la capacité économique et financière ou aux capacités techniques et professionnelles visées à l'article 71, alinéa 1^{er}, 2^o et 3^o, ou, s'agissant des secteurs spéciaux, les critères et règles en matière de qualification et de sélection qualitative visés au Titre 3, Chapitre 4, Section, 3, Sous-section 2, pour autant que cela soit justifié par des motifs objectifs et que ce soit proportionné. Le Roi peut déterminer les conditions d'application de ces exigences.

Amendements 43 à 50

Sans observation.

Amendement 51

Les auteurs ont encadré davantage, en se basant sur la jurisprudence européenne et nationale, les demandes d'informations complémentaires.

Le Conseil d'État acquiesce à la proposition des auteurs tout en suggérant d'écrire au paragraphe 2, point c) :

« qu'elles n'aboutissent pas à permettre qu'il soit dérogé aux articles 64, 81, paragraphe 1^{er}, et 84, paragraphe 1^{er}, de sorte à aboutir à la présentation, par les soumissionnaires concernés, d'une offre nouvelle ».

Concernant l'avant-dernier alinéa du paragraphe 2, le Conseil d'État estime qu'il est superfétatoire, étant donné qu'au vu du commentaire de l'amendement, il ne fait que rappeler un principe consacré, à savoir celui de l'égalité de traitement. S'y ajoute que la formulation retenue pose problème vu qu'il ne ressort pas sans équivoque du texte à quel soumissionnaire quelle demande doit être adressée. Est-ce que tous les soumissionnaires sont censés recevoir toute demande de clarification adressée à d'autres soumissionnaires ou bien uniquement les soumissionnaires qui ont, par exemple, remis le même document comportant le même défaut de clarté ? Le Conseil d'État relève encore que le terme « offre » risque d'être – au vu de sa définition à l'article 56 – trop restrictif pour les hypothèses pouvant être envisagées pour les demandes de clarification. Finalement, le Conseil d'État se demande pourquoi une telle demande doit « en principe » être adressée à tous les soumissionnaires se trouvant dans une situation équivalente et suggère d'omettre cette expression.

Amendements 52 à 59

Sans observation.

Amendement 60

Le bout de phrase « ou par un traducteur assermenté ou agréé » n'a pas de sens dans le contexte de l'article sous avis et est à omettre.

Amendements 61 à 63

Sans observation.

Toutes les conditions d'exécution d'un marché imposées à de tels groupements d'opérateurs économiques, qui diffèrent de celles imposées aux participants individuels, doivent également être justifiées par des motifs objectifs et être proportionnées.

Nonobstant l'alinéa 1^{er}, les adjudicateurs peuvent exiger que les groupements d'opérateurs économiques adoptent une forme juridique déterminée lorsque le marché leur a été attribué, pour autant que ceci soit nécessaire pour la bonne exécution du marché public. »

Amendement 64

La suppression du paragraphe 4 de l'article 98 rend nécessaire une adaptation de l'article 48 du projet de règlement grand-ducal, qui comporte un renvoi vers les paragraphes 2 à 4 de l'article 98.

Amendements 65 à 83

Sans observation.

Amendement 84

En ce qui concerne les modifications proposées à l'endroit de l'article 154 du projet de règlement grand-ducal, le Conseil d'État prend acte de ce qu'il n'a pas été suivi dans sa recommandation visant à recourir en l'occurrence à un dispositif autonome par rapport à la future réglementation des marchés publics pour transposer l'article 6 de la directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique.

Les amendements entrepris à l'endroit de l'article 154 du projet de règlement grand-ducal correspondent pour le reste à des recommandations du Conseil d'État et ne donnent pas lieu à observation de sa part.

Amendements 85 et 86

Sans observation.

Amendement 87

Concernant l'article 156 du projet de règlement grand-ducal, le Conseil d'État constate que les auteurs des amendements ont finalement opté pour une transposition de l'article 45, paragraphe 3, alinéa 2, de la directive 2014/24/UE au niveau du futur règlement grand-ducal. Le Conseil d'État ne formule pas d'observation.

Amendements 88 et 89

Sans observation.

Amendement 90

Le Conseil d'État note que les auteurs du projet de règlement grand-ducal comptent maintenir les paragraphes 3 et 4 de l'article 161 du projet de règlement grand-ducal que le Conseil d'État avait proposé de supprimer en raison du fait que les textes afférents se limitent à reproduire dans le texte national des dispositions de la directive qui confèrent des compétences ou imposent des obligations à un organisme de l'Union européenne. D'après les auteurs des amendements, les informations y reprises seraient en effet « utile(s) aux usagers ». Le Conseil d'État prend acte du choix fait par les auteurs du projet de règlement grand-ducal.

Pour le reste, les modifications proposées ne donnent pas lieu à observation de la part du Conseil d'État.

Amendements 91 à 94

Sans observation.

Amendement 95

Ici encore, les auteurs des amendements ont décidé de ne pas suivre le Conseil d'État, de sorte que l'article 176 du futur règlement grand-ducal comportera des dispositions qui figureront, parallèlement et dans les mêmes termes, dans la future loi sur les marchés publics. Le Conseil d'État en prend acte.

Amendements 96 à 98

Sans observation.

Amendement 99

Pour ce qui est de l'article 195 du projet de règlement grand-ducal, les auteurs du projet de règlement grand-ducal expliquent qu'ils n'ont pas suivi le Conseil d'État dans sa proposition visant à couvrir par la future loi sur les marchés publics l'ensemble de la matière touchant aux règles de confidentialité, et cela en raison du fait qu'au moment de la rédaction des amendements sous revue le projet de loi était déjà trop avancé dans la procédure, d'où l'impossibilité de supprimer la disposition sous revue du texte du projet de règlement grand-ducal pour l'intégrer au projet de loi. Le Conseil d'État note qu'il vient d'être saisi le 8 janvier 2018 d'une série d'amendements au projet de loi sur les marchés publics adoptés par la Commission du développement durable de la Chambre des députés lors de sa réunion du 4 janvier 2018. Ces amendements sont censés apporter une réponse à l'opposition formelle que le Conseil d'État avait formulée dans son deuxième avis complémentaire du 28 novembre 2017 concernant le projet de loi sur les marchés publics à l'endroit des dispositions relatives à la confidentialité et confirment la volonté des auteurs du projet de loi d'ancrer l'ensemble des dispositions concernant la confidentialité dans la future loi sur les marchés publics. Le Conseil d'État renvoie à son avis de ce jour concernant les amendements en question.

Amendement 100

Avançant le risque de se trouver éventuellement en porte-à-faux par rapport au texte de la directive 2014/24/UE, les auteurs du projet de règlement grand-ducal ont choisi de ne pas donner suite aux questions mises en avant par le Conseil d'État en relation avec le texte de l'article 196 du projet de règlement grand-ducal. Le Conseil d'État en prend acte. Les amendements proposés n'appellent pas d'autre observation.

Amendement 101

Sans observation.

Amendement 102

Les auteurs du projet de règlement grand-ducal ont tenu compte de l'ensemble des propositions de reformulation mises en avant par le Conseil

d'État concernant le texte de l'article 198 du projet de règlement grand-ducal. Cette façon de procéder permettra notamment d'appliquer correctement la méthode de transposition dynamique aux actes délégués de la Commission européenne visés à l'alinéa 3. Le Conseil d'État ne formule pas d'autre observation.

Amendement 103

Les auteurs du projet de règlement grand-ducal proposent d'amender l'alinéa 3 du paragraphe 1^{er} de l'article 199, tel qu'il fut introduit dans le texte du projet de règlement grand-ducal par les amendements gouvernementaux du 31 août 2016. L'objectif poursuivi à l'époque par les auteurs des amendements était de rendre possible la transposition dynamique des actes délégués pris par la Commission européenne sur base des dispositions de l'article 22, paragraphe 7, de la directive 2014/24/UE. Les modifications telles qu'elles sont désormais proposées à l'endroit de l'article 199 visent à parfaire le dispositif de la transposition dynamique et à l'aligner sur celui figurant à l'article 198 du projet de règlement grand-ducal.

La disposition, telle qu'elle est nouvellement formulée, fait désormais directement référence à des conditions sous lesquelles la Commission européenne sera appelée à agir. Une telle disposition n'a pas sa place dans le droit national. Il faudrait dès lors reformuler l'alinéa 3 du paragraphe 1^{er} de l'article 199 comme suit :

« Lorsque la liste prévue à l'alinéa 1^{er}, points a) à d), est modifiée par des actes délégués de la Commission européenne adoptés sur base de l'article 22, paragraphe 7, 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, les modifications afférentes, s'appliquent avec effet au jour de la date de l'entrée en vigueur des actes modificatifs afférents de l'Union européenne. Le ministre ayant les Travaux publics dans ses attributions publie un avis au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, en y ajoutant une référence à l'acte publié au Journal officiel de l'Union européenne. »

Amendement 104

Les auteurs des amendements proposent de reformuler l'alinéa 1^{er} de l'article 204, et plus précisément le mécanisme de transposition dynamique des actes délégués de la Commission européenne qui y figure. Ici encore, l'ajout de conditions sous lesquelles la Commission européenne sera appelée à agir, renforce l'impression du lecteur d'être en présence d'une disposition qui s'adresse à la Commission européenne et qui n'a pas, dès lors, sa place dans le droit national. La deuxième phrase de l'alinéa 1^{er} serait à reformuler comme suit :

« Lorsque, pour tenir compte des évolutions techniques, les modalités et caractéristiques techniques énoncées à l'annexe IV visée ci-avant sont modifiées par des actes délégués de la Commission européenne adoptés sur base de l'article 22, paragraphe 7, de la directive précitée, les modifications à l'annexe IV s'appliquent avec effet au jour de l'entrée en vigueur des actes modificatifs afférents de l'Union européenne. Le ministre ayant les Travaux publics dans ses attributions publie un avis au Journal officiel du Grand-Duché de

Luxembourg, en y ajoutant une référence à l'acte publié au Journal officiel de l'Union européenne. »

En ce qui concerne les modalités de fixation du niveau de sécurité exigée pour le recours aux moyens électroniques de communication pour chacune des phases de la procédure de passation de marché, le Conseil d'État avait demandé, dans son avis précité du 14 juillet 2017, de les fixer par voie de règlement grand-ducal. Étant donné que les outils et moyens relatifs à la passation électronique des marchés publics sont en constante évolution, les auteurs du projet de règlement grand-ducal expriment leur préférence pour le recours à l'instrument du règlement ministériel pour fixer ces modalités. Le Conseil d'État peut s'en accommoder.

Les autres modifications apportées au texte de l'article 204 ne donnent pas lieu à observation de la part du Conseil d'État.

Amendements 105 à 113

Sans observation.

Amendement 114

Il est renvoyé aux observations formulées à l'endroit de l'amendement 90.

Amendements 115 à 126

Sans observation.

Amendement 127

Il est renvoyé aux observations faites à l'endroit de l'amendement 102.

Amendement 128

Il est renvoyé aux observations faites à l'endroit de l'amendement 103.

Amendement 129

Il est renvoyé aux observations faites à l'endroit de l'amendement 104.

Amendement 130

Sans observation.

Amendement 131

Il est renvoyé aux observations formulées à l'endroit de l'amendement 99.

Amendement 132

Sans observation.

Amendement 133

Les modifications apportées à l'article 257 sont inspirées de celles que l'amendement 51 apporte au paragraphe 2 de l'article 81. Il est renvoyé aux observations formulées à l'endroit de l'amendement 51.

Amendements 134 à 139

Sans observation.

Amendement 140

Le Conseil d'État prend acte des explications figurant dans le commentaire sur ce que les auteurs entendent par « les autorités, organismes et structures compétentes ». Toutefois, ces explications ne se reflètent pas dans le texte amendé, de sorte que les observations faites par le Conseil d'État dans son avis du 14 juillet 2017 restent d'actualité.

Amendements 141 à 167

Sans observation.

Examen des amendements (2^e série)

Amendements 1 et 2

Sans observation.

Amendement 3

Le Conseil d'État demande aux auteurs de renoncer à cet amendement qui ajoute à l'article 7 de la loi modifiée du 10 novembre 2010 relative aux recours en matière de marchés publics.

Amendement 4

À l'instar des modifications réalisées dans le projet de loi relatif aux marchés publics par le biais des amendements communiqués en date du 8 janvier 2018, le Conseil d'État demande aux auteurs d'omettre l'amendement sous avis visant à introduire le bout de phrase « dans la mesure de ses responsabilités et de ses compétences » à l'article 106.

Amendement 5

L'amendement sous examen vise à insérer à l'article 261 du projet de règlement une restriction similaire à celle que l'amendement parlementaire n° 1 du 19 octobre 2017 proposait d'ajouter aux articles 12, paragraphe 2, 42, 118, paragraphe 2 et à l'article 154 du projet de loi sur les marchés publics (Doc. parl. n° 6982¹³).

Les motifs pour lesquels le Conseil d'État s'est formellement opposé à cet amendement dans son deuxième avis complémentaire du 28 novembre 2017 (doc. parl n° 6982¹⁶) le conduisent également à s'opposer à l'amendement sous avis, alors qu'il y a un risque de transposition non conforme et d'annulation de la disposition, que ce soit par la voie d'un recours en annulation direct ou d'un contrôle incident conformément à l'article 95 de la Constitution.

Amendement 6

Sans observation.

Observation ponctuelle relative au texte coordonné

Le Conseil d'État n'a pas vérifié l'exactitude du texte coordonné qui lui a été fourni, mais entend faire l'observation ponctuelle suivante :

En rapport avec l'amendement 154

Le Conseil d'État note que dans le texte coordonné, le chapitre dans lequel est inséré le nouvel article 274 porte toujours la numérotation « Chapitre IX ». Une modification de la numérotation en « Chapitre II » s'impose.

Observations d'ordre légistique

Amendement 51

Au paragraphe 2 de l'article 81 du règlement grand-ducal en projet, il y a lieu d'écrire « être joints ».

Amendement 57

L'article 91 n'ayant plus qu'un seul paragraphe, il n'a pas besoin d'être numéroté. Les renvois à l'article 92 doivent être corrigés en conséquence en supprimant les termes « paragraphe 1^{er} ».

Amendement 137

Si les auteurs du texte entendent maintenir la section unique du Titre VII, il y a lieu de modifier l'intitulé de cette section comme suit :

« Section unique – Procédure pour déterminer si l'article 115 de la loi est applicable ».

Amendement 138

Au paragraphe 6 nouvellement inséré dans l'article 262 du projet de règlement, la référence au « Portail des marchés publics visé à l'article 273 » doit être remplacée par un renvoi à l'article 272.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 20 votants, le 19 janvier 2018.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes