

Projet de loi

sur les marchés publics.

Avis complémentaire du Conseil d'Etat

(28 avril 2009)

I. Amendements parlementaires

Par dépêche du 16 avril 2009, le Président de la Chambre des députés a saisi le Conseil d'Etat de deux amendements que la commission des Travaux publics propose d'apporter au projet de loi mentionné sous rubrique. Le texte des amendements était accompagné d'un commentaire.

Les deux amendements constituent une réponse à des observations faites dans l'avis du Conseil d'Etat du 31 mars 2009 relatif au même projet de loi.

Amendement 1

Le texte proposé par la commission des Travaux publics a pour objet de compléter substantiellement le texte de l'article 1^{er} du projet de loi auquel l'avis du Conseil d'Etat du 31 mars 2009 avait reproché d'abandonner à un règlement grand-ducal la définition de la notion « offre économiquement la plus avantageuse ». L'une des innovations que la loi en projet doit apporter au régime ordinaire des marchés publics, c'est que le choix du pouvoir adjudicateur se fera dorénavant, à la guise de ce pouvoir, soit selon le critère du prix le plus bas – critère objectif facile à vérifier, soit selon le critère (nouvellement défini) de l'offre économiquement la plus avantageuse – critère qualitatif qui irait à l'encontre du vœu de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement des opérateurs économiques mis en avant par les deux directives communautaires qu'il s'agit de transposer, s'il n'était pas entouré des barrières nécessaires contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur. Comme le Gouvernement est le principal pouvoir adjudicateur du pays, mais aussi la cheville ouvrière du pouvoir exécutif, il serait inopportun de lui abandonner la définition du critère et l'application de celui-ci.

Le texte proposé par la commission compétente de la Chambre des députés reprend la suggestion du Conseil d'Etat visant à ancrer dans le texte de la loi à venir l'essence de l'article 89 du règlement grand-ducal modifié du 7 juillet 2003. Ledit article fournit les précisions requises sur les critères à appliquer pour déterminer laquelle des offres présentées est à considérer comme constituant celle qui est économiquement la plus avantageuse.

Le texte de l'amendement prévoit en outre la possibilité pour le pouvoir adjudicateur – mais uniquement à titre d'exception – de ne pas indiquer dès la rédaction de l'avis de marché ou du cahier spécial des

charges la pondération exacte des critères selon lesquels se déterminera l'offre économiquement la plus avantageuse, mais d'indiquer dans les documents mentionnés l'importance en ordre décroissant des critères retenus.

Le Conseil d'Etat peut en principe se déclarer d'accord avec l'approche retenue par l'amendement.

Le texte même de l'amendement donne lieu aux observations suivantes:

Le Conseil d'Etat suggère de rédiger le début du paragraphe 2 comme suit:

« Lorsque l'attribution doit se faire selon le principe de l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, ... »

L'insertion, dans le même paragraphe, des mots « entre autres » est superflue. Puisque la commission des Travaux publics exprime le souhait de retenir entre les mains du législateur le pouvoir de déterminer les critères qui permettront de définir l'offre économiquement la plus avantageuse, il serait aberrant d'ouvrir la liste de ces critères et de permettre soit au pouvoir exécutif, soit à tout pouvoir adjudicateur, de la compléter à son gré, selon les besoins du moment ou la nature d'un marché public déterminé. Aussi le Conseil d'Etat propose-t-il d'écrire la suite de la première phrase du paragraphe 2 comme suit:

« ... les critères suivants liés à l'objet du marché public en question sont pris en considération: la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, l'aspect social, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

Le pouvoir adjudicateur est libre de n'appliquer, pour un marché public déterminé, qu'une partie des critères énumérés à l'alinéa qui précède. »

Le Conseil d'Etat relève que le texte « ...dont l'écart maximal doit être *approprié* » du deuxième alinéa du paragraphe 3 doit être précisé dans la loi même, sinon dans le règlement grand-ducal qui exécutera la loi en projet.

Il propose de constituer le troisième alinéa du paragraphe 3 en paragraphe 4 pour bien relever que ce passage de texte constitue une exception par rapport à la règle générale énoncée au paragraphe 3. Le paragraphe 4 actuel deviendrait alors le paragraphe 5.

Amendement 2

Le texte proposé répond aux critiques et à l'opposition formelle exprimées par le Conseil d'Etat dans son avis du 31 mars 2009 au sujet de l'article 13 du projet de loi. La version amendée de l'article 13 prend les précautions exigées par le Conseil d'Etat: indication, dans la loi, des éléments justifiant l'exclusion temporaire d'un opérateur économique des

marchés publics organisés par un pouvoir adjudicateur; distinction entre les hypothèses de résiliation d'un marché précis et d'exclusion des marchés à venir.

Le texte proposé par la commission des Travaux publics permet au Conseil d'Etat de renoncer à son opposition formelle.

Toutefois, le texte de l'amendement donne lieu aux observations de détail suivantes:

Le texte du paragraphe 3, alinéa 2, est à préciser afin qu'il en ressorte clairement si les peines de la résiliation (d'un marché précis) et de l'exclusion (de l'ensemble des marchés à venir pendant la période retenue par le pouvoir adjudicateur) peuvent être cumulées ou non. Le Conseil d'Etat estime qu'elles doivent pouvoir se cumuler, et propose le texte suivant pour l'ensemble du paragraphe 3:

« (3) Si l'une des irrégularités énumérées au paragraphe (4) du présent article a été commise par un opérateur économique, le pouvoir adjudicateur peut prendre à son égard, même cumulativement, les sanctions suivantes:

- l'exclusion temporaire de la participation aux marchés publics organisés par le pouvoir adjudicateur, pendant une durée ne pouvant pas dépasser deux ans;
- la résiliation aux torts de l'adjudicataire du marché public à l'occasion duquel l'irrégularité a été commise. »

Le lien entre le paragraphe 3 (exclusion ou résiliation sous condition qu'il y ait eu irrégularité) et le paragraphe 4 (énumération des cas de figure qui constituent des irrégularités) serait plus évident et plus ferme, si le texte du paragraphe 4 s'écrivait comme suit:

« (4) Constitue une irrégularité au sens du paragraphe (3) ci-dessus:

- a)...
- b)...
- c)... »

Au paragraphe 5, le Conseil d'Etat suggère d'ajouter *in fine* le mot « écrites », afin d'éviter qu'un entretien, par exemple téléphonique, plus ou moins impromptu, avec une personne plus ou moins autorisée et compétente, puisse être interprété comme constituant valablement les observations de l'opérateur sanctionné.

*

II. Amendements gouvernementaux

Par dépêche du 16 avril 2009, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a également saisi le Conseil d'Etat d'une série d'amendements, élaborés par le ministre des Travaux publics, accompagnés d'un exposé des motifs et commentaire des articles.

Ces amendements poursuivent trois objectifs: il s'agit d'abord d'apporter au texte initial du projet de loi certains changements dans le but de mieux tenir compte des intérêts de l'Armée et, ensuite, d'y intégrer les textes qui figurent dans le projet de loi portant modification de l'article 8 et de l'article 20 de la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics¹; finalement, la modification proposée de l'article 81 répond à une opposition formelle formulée par le Conseil d'Etat dans son avis du 31 mars 2009.

Pour ce qui est des amendements des articles 8 et 20, le texte des amendements présentés ne diverge en rien des textes avisés le 31 mars dernier; le Conseil d'Etat se dispense de se prononcer une nouvelle fois.

Pour ce qui est de la question du régime légal applicable aux marchés d'un volume financier de faible envergure, elle a trouvé sa solution dans le règlement grand-ducal du 18 mars 2009 portant modification des articles 103, 156 et 161 du règlement grand-ducal portant exécution de la loi modifiée du 30 juin 2003 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. En vertu de l'article 3 du règlement mentionné ci-dessus, les marchés d'une valeur inférieure à 55.000 euros peuvent être passés soit par soumission restreinte sans publication d'avis, soit par marché négocié.

Finalement, le Conseil d'Etat relève que les auteurs des amendements ont omis d'apporter une précision importante, du point de vue formel: puisque le texte du projet de loi faisant l'objet du document parlementaire n° 6010 est intégré par le truchement des amendements dans le corps de la future loi sur les marchés publics, faut-il considérer que le projet de loi n° 6010 est devenu sans objet?

Amendements concernant l'article 8, (1) k et (2) a)

Ces deux amendements sont destinés à permettre à l'Armée de recourir à des procédures allégées d'attribution des marchés portant sur du matériel et des équipements, essentiellement dans le souci de rendre possible l'acquisition de matériel qui a fait ses preuves auprès de l'Armée d'un pays allié. Ce souci est encore patent lorsqu'il s'agit de faciliter des missions communes Armée/ Police/Douanes. Le Conseil d'Etat marque son accord avec les amendements sous avis.

Amendement concernant l'article 8(3)

Le texte proposé ne suscite pas d'autre observation que celle faite sous les considérations introductives du point II du présent avis.

Amendement concernant l'article 20(4)

Cet amendement est issu du projet de loi n° 6010, et ne fera donc plus l'objet d'un nouvel avis du Conseil d'Etat.

¹ Doc. parl. n° 6010.

Amendement concernant l'article 81

Le texte sous avis présente une nouvelle formulation des principes ayant figuré à l'article 81 initial, qui avait le défaut de reprendre simplement le texte de la directive au lieu de le transposer dans la législation nationale. Le texte amendé répond aux critiques exprimées dans l'avis du 31 mars 2009 du Conseil d'Etat qui se voit donc en mesure de renoncer à l'opposition formelle qu'il y avait formulée. Il constate toutefois que le texte du paragraphe 5 accorde à la Commission européenne une autorisation dont celle-ci n'a pas besoin, et qu'elle lui impose une obligation, ce qui n'est pas respectueux des ordres législatifs différents dans lesquels évoluent la Commission et les Etats membres. Etant donné que le droit communautaire prime de toute façon le droit national luxembourgeois, le texte du paragraphe 5 peut être supprimé sans problème.

Le Conseil d'Etat relève finalement que l'article 85 du projet de loi initial, qui a fait l'objet d'une opposition formelle dans l'avis du 31 mars 2009, est maintenu dans sa forme originale. Il se voit obligé de maintenir dès lors son opposition formelle.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 28 avril 2009.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Alain Meyer