

N° 4635¹¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2001-2002

PROJET DE LOI

sur les marchés publics

* * *

TROISIEME AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(9.7.2002)

Par dépêche du 31 mai 2002, le Président de la Chambre des députés a fait parvenir au Conseil d'Etat une nouvelle version du projet de loi sous objet, „élaborée sur la base du deuxième avis complémentaire du Conseil d'Etat“ et dans laquelle se trouvent imprimés en gras quelques amendements arrêtés par la commission des Travaux publics de la Chambre des députés en date du 29 mai 2002.

L'avis du Conseil d'Etat se limitera dès lors à examiner le texte des amendements imprimés en gras en suivant la numérotation des commentaires.

No 1

Ce nouveau texte corrige des erreurs matérielles qui s'étaient glissées dans la formulation de l'article 3, paragraphe 12 et de l'article 8, paragraphe 2 a).

Le Conseil d'Etat n'y voit pas d'objection, sans toutefois approuver le fond en ce qui concerne l'article 8, paragraphe 2 a). A ce dernier sujet, il renvoie à son deuxième avis complémentaire du 19 février 2002.

No 2

Au Livre I, „Dispositions générales“, le Titre VII „*Règles d'exécution*“ se voit changé en Titre VII „*Règles d'exemption et d'exécution*“. A l'article 20, un nouveau paragraphe 1er est ajouté. Celui-ci prévoit que „les dispositions du Livre I ne s'appliquent pas aux appels à la concurrence à opérer par le Fonds pour le logement à coût modéré pour la réalisation de logements“. L'amendement est motivé par la pénurie de logements au Luxembourg et l'accent à mettre sur l'activité dans le secteur des logements sociaux.

L'ajout est de taille et nullement anodin. Le Conseil d'Etat entend de prime abord souligner que cette nouvelle version n'a certainement pas „été élaborée sur base du deuxième avis complémentaire du Conseil d'Etat“, comme pourrait le faire croire la dépêche de saisine. La motivation de l'ajout proposé est plus que pauvre et n'est certainement pas convaincante.

Quant au fond, le texte amendé donne lieu aux constatations suivantes de la part du Conseil d'Etat.

1. Le texte proposé entend exempter des dispositions générales – mais uniquement en ce qui concerne l'appel à la concurrence – le Fonds pour le logement à coût modéré.

De plus, cette exemption serait limitée à „la réalisation de logements“.

Il s'agit donc délibérément d'une disposition en faveur d'un seul établissement public, le Fonds pour le logement à coût modéré, à l'exclusion de tout autre établissement public, tout en retenant de l'activité de ce fonds que celle relative à la réalisation de logements. Encore faut-il relever l'imprécision du terme „réalisation“ qui ne contribue pas à la sécurité juridique du texte proposé.

2. L'amendement dont question reste sans conséquence relativement à l'application du Livre II „*Dispositions particulières relatives aux marchés publics d'une certaine envergure*“. Ces dernières dispositions s'appliquent conformément à l'article 21

- a) aux marchés publics de travaux dont la valeur estimée, hors TVA, égale ou dépasse l'équivalent en euros de 5 millions de droits de tirage spéciaux; (... euros)
- b) aux marchés publics de travaux subventionnés directement à plus de cinquante pour cent par un pouvoir adjudicateur et dont la valeur estimée, hors TVA, égale ou dépasse 5 millions d'euros.

Encore faudra-t-il que, dans ces cas, les conditions pour qu'un établissement public soit considéré comme pouvoir adjudicateur soient remplies. Celles-ci se trouvent définies à l'article 2 du projet de loi. La base en est l'article 1er, b) de la directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux. Cette même directive contient, à son annexe I, la liste des organismes et des catégories d'organismes de droit public qui remplissent les critères pour être considérés en tant qu'organisme de droit public, comme „pouvoir adjudicateur“. Pour le Luxembourg, les catégories suivantes y sont énumérées:

- „- Etablissements publics de l'Etat placés sous la surveillance d'un membre du gouvernement
- Etablissements publics placés sous la surveillance des communes
- Syndicats de communes créés en vertu de la loi du 14 février 1990 telle qu'elle a été modifiée par la suite.“

Pour le Luxembourg, cette liste, dans la mesure où elle n'énumère pas expressément des établissements publics spécifiques, est d'application générale si les conditions relatives au marché à conclure sont remplies.

3. En ce qui concerne l'évolution de la philosophie à la base du texte du projet de loi, le Conseil d'Etat fait remarquer que par rapport aux établissements publics à considérer comme pouvoir adjudicateur dans le sens de la loi, elle est pour le moins erratique.

- Le projet révisé communiqué le 2 mars 2000 au Conseil d'Etat ne prévoyait que les établissements publics placés sous la surveillance des communes.
- Le texte amendé du projet du 21 décembre 2001 de la commission des Travaux publics de la Chambre des députés inclut les organismes de droit public et les définit.
- Le texte amendé du projet du 31 mai 2002 de la même commission fait partiellement marche arrière en introduisant l'exemption en faveur du Fonds pour le logement à coût modéré quant à l'appel à la concurrence, pour la réalisation de logements, pour les marchés concernant le Livre I.

4. Les avis sollicités de la part de la Chambre des métiers, de la Chambre de commerce et de la Cour des comptes sont unanimes pour inclure les établissements publics relevant de l'Etat ou des communes dans la définition du pouvoir adjudicateur au Livre I, afin d'aligner cette définition tant sur l'esprit que sur les textes communautaires et de préserver l'égalité de traitement des commettants publics.

Il en est de même pour le Conseil d'Etat qui, dans son avis du 21 juillet 2000, avait conclu „qu'il est indispensable d'inclure également tous les établissements publics relevant de l'Etat dans la définition des termes“ pouvoirs publics „ou de les assimiler au pouvoir adjudicateur“. C'est dans ce sens, et en se basant sur le texte proposé par la directive 93/37/CEE du Conseil, qu'il avait fait une proposition de texte incluant dans la définition des pouvoirs publics les établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.

5. Les établissements publics ne sont actuellement soumis à la législation et à la réglementation en matière de travaux publics que si la loi les créant le prévoit expressément (tel est le cas p.ex. pour le Fonds de rénovation de la vieille ville, le Fonds d'urbanisation et d'aménagement du plateau de Kirchberg) ou alors si les montants limites prévus par les directives en matière de marchés publics sont dépassés.

Par ailleurs, le sixième considérant de la directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux spécifie „que les marchés de travaux inférieurs à 5.000.000 d'écus peuvent être laissés en dehors de la concurrence telle qu'elle est organisée par la (présente) directive et qu'il convient de prévoir que les mesures de coordination ne doivent pas leur être appliquées“.

Partant des différentes constatations ci-avant, le Conseil d'Etat donne à considérer que:

1. Les Etats membres sont liés par les dispositions des directives, mais ils sont libres de réglementer à leur propre convenance les aspects ne tombant pas sous l'emprise de la réglementation communautaire. Le Luxembourg peut dès lors p. ex. inclure ou ne pas inclure certains pouvoirs adjudicateurs dans la réglementation des marchés publics si les critères prévus par les directives sont respectés.
2. Le texte du projet amendé sous avis inclut les établissements publics définis à l'article 2 dans le régime légal et réglementaire des marchés publics tout en excluant de ce régime, pour les marchés inférieurs aux seuils prévus par les directives, un seul établissement public, en l'occurrence le Fonds pour le logement à coût modéré, pour ce qui est de la réalisation de logements, alors que les chambres professionnelles concernées, la Cour des comptes ainsi que le Conseil d'Etat se sont prononcés pour l'inclusion de tous les établissements publics dans le champ d'application général des textes légaux. La façon de procéder par l'amendement aura comme résultat de traiter de façon différente des établissements publics qui s'adressent régulièrement au marché de la construction, et ce avec des deniers publics. Le principe de l'égalité de traitement d'établissements se trouvant dans des situations analogues n'est ainsi plus respecté.
3. Il ne faut pas sous-estimer l'importance en termes de volume de travaux ainsi que d'aspect financier budgétaire en résultant du Fonds pour le logement à coût modéré. En exemptant le Fonds en question du champ d'application des dispositions générales de la loi en ce qui concerne les appels à la concurrence, on soustrait une part importante du marché de la construction de logements aux règles générales applicables aux marchés publics et de ce fait également à la transparence souhaitable, voire indispensable, en matière de finances publiques et de concurrence.
4. Selon le Conseil d'Etat, le principe d'égalité de traitement ne doit pas seulement jouer entre les adjudicataires, mais également entre les soumissionnaires, y compris les soumissionnaires potentiels. Le principe de non-discrimination doit s'appliquer à toutes les phases de la procédure de passation d'un marché, à commencer par la mise en adjudication et l'appel à la concurrence.
5. L'institution d'un établissement public ne peut et ne doit pas avoir pour but ou pour conséquence pour les pouvoirs publics de se soustraire – par un artifice – à la législation et à la réglementation à laquelle ils sont soumis s'ils réalisent par leurs propres moyens le même objet. L'Administration des bâtiments publics ne pourrait-elle pas au même titre et pour des motifs analogues demander à être exemptée?
6. Vouloir exempter du Livre I de la loi sur les marchés publics le Fonds pour le logement à coût modéré, en tant qu'établissement public jouant un rôle primordial dans l'exécution de la politique de logement poursuivie par les pouvoirs publics et ayant un impact important sur le marché dans le domaine de la construction de logements, revient en fait à affirmer l'échec du système légal en place.
En conséquence aux développements ci-avant, le Conseil d'Etat s'oppose à l'amendement relatif à l'article 20 et insiste pour que le texte proposé dans sa version antérieure soit maintenu.
7. Les principes retenus dans les directives „marchés publics“ sur le plan communautaire et ne s'appliquant au stade actuel qu'à des marchés d'une certaine envergure, à savoir l'appel à la concurrence, le principe d'égalité, la non-discrimination, la transparence devraient, selon le Conseil d'Etat, et surtout dans un espace géographiquement limité comme tel est le cas pour notre pays, trouver application sur le plan national, pour tous les marchés, ceci dans l'intérêt des finances publiques, du pouvoir adjudicataire et du soumissionnaire.

No 3

Sans observation.

No 4

L'amendement consiste à limiter dans le décompte final les détails à la comparaison du devis, du prix convenu et du coût final, ceci en omettant la subdivision par corps de métiers.

L'argumentation à la base de la modification proposée est plutôt faible pour ne pas dire absente.

Le Conseil d'Etat estime que si le décompte final doit servir à un examen analytique, alors il doit prévoir pour le moins une subdivision par corps de métiers.

Aussi le Conseil d'Etat se prononce-t-il en faveur du texte antérieur et suggère d'abandonner l'amendement. Si le montant de référence paraît trop bas aux auteurs, le Conseil d'Etat ne s'oppose pas à un relèvement de celui-ci jusqu'à concurrence du 20.000 euros (n.i. 100).

No 5

Le Conseil d'Etat est d'accord avec la proposition d'indiquer une date précise pour l'entrée en vigueur de la loi. Il se demande toutefois si la date proposée du 1er janvier 2003 est réaliste vu le temps que le projet sous avis met à parcourir les instances législatives. Il rappelle que le règlement d'exécution, qui reste encore à adopter, doit entrer en vigueur à la même échéance.

Le Conseil d'Etat renvoie quant à ces sujets aux développements dans son deuxième avis complémentaire.

Si les auteurs des amendements maintiennent leur proposition de texte, de prévoir une mise en vigueur pour le 1er janvier 2003, il y a lieu de compléter l'article 101 relatif à la clause abrogatoire afin de maintenir en vigueur la loi actuelle jusqu'au 31 décembre 2002.

L'article 101 se lira dès lors comme suit:

„**Art. 101.**– La loi modifiée du 4 avril 1974 concernant le régime des marchés publics de travaux et de fournitures est abrogée avec effet au 31 décembre 2002.“

No 6

Cet amendement propose de supprimer de l'annexe II „*Liste des pouvoirs adjudicateurs luxembourgeois soumis à l'accord AMP relatif aux marchés publics, visés par les articles 23 a) et 24 c)*“ le point 10 „ministère de la Santé: Hôpital neuropsychiatrique de l'Etat“, pour le motif que cet hôpital vient d'être constitué en établissement public dénommé „Centre hospitalier neuropsychiatrique“. Le Conseil d'Etat n'y voit pas d'objection à la condition que l'annexe en question soit modifiée également dans la directive à la base de la transposition de l'annexe.

Toutefois, le Conseil d'Etat rend attentif au fait que l'article 24 c) n'existe pas. Les références dans le texte du projet ainsi que dans l'intitulé de l'annexe II sont erronées. Il s'agit des articles 22 a) et 23 c). L'intitulé de l'annexe est dès lors à redresser dans ce sens.

En ce qui concerne l'annexe III, la référence à l'article 23 a) est également à remplacer par celle à l'article 22 a).

Ainsi délibéré en séance plénière, le 9 juillet 2002.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Marcel SAUBER