

N^{os} 6982⁵
6984²

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2016-2017

PROJET DE LOI

sur les Marchés publics

PROJET DE LOI

sur l'attribution des contrats de concession

* * *

AVIS DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE

sur le projet de loi n° 6982, le projet de loi n° 6984 et sur le projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi du xx xx xxxx sur les marchés publics et de la loi du xx xx xxxx sur l'attribution des contrats de concession et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988

(2.11.2016)

1. CONTEXTE GENERAL

Par lettre du 25 avril 2016, le Conseil de la concurrence (ci-après: „le Conseil“) a été sollicité afin d'émettre un avis sur le projet de loi n° 6982 sur les marchés publics élaboré par le Ministère du Développement durable et des Infrastructures. Le même jour, a également été soumis pour avis au Conseil le projet de loi n° 6984 sur l'attribution des contrats de concession.

En date du 2 juin 2016, le Conseil a été sollicité pour avis sur le projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi sur les marchés publics et de la loi sur l'attribution des contrats de concession et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10 de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988.

Aux termes de l'article 29 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après: „la loi du 23 octobre 2011“), le Conseil détient une mission consultative qui est libellée de la manière suivante:

„Art. 29. Missions consultatives

Le Conseil émet un avis, d'initiative ou à la demande du ministre, sur toute question concernant la concurrence.

Le Conseil est obligatoirement consulté sur tout projet de loi ou de règlement

1) portant modification ou application de la présente loi;

2) instituant un régime nouveau ayant directement pour effet:

a) de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives;

b) d'établir des droits exclusifs dans certaines zones;

c) d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente.

Les dispositions du présent article sont sans préjudice de consultations du Conseil de la concurrence prévues par d'autres lois ou règlements.“

Dans la mesure où les projets relatifs aux marchés publics et aux contrats de concessions traitent tous deux de la mise en concurrence d'entreprises par les pouvoirs publics, le Conseil émet un avis unique sur les deux projets.

Conformément à cette mission, le Conseil s'en tient à ne soulever que les aspects concernant son champ de compétence. Il souhaite cependant relever que face au caractère volumineux des projets sous avis et des directives, l'analyse aurait été largement facilitée si les projets avaient été accompagnés de deux tableaux de concordance, l'un, comparant les directives avec le texte du projet, aurait fait ressortir la manière dont les directives sont transposées et l'autre aurait comparé l'actuel texte de loi avec le présent projet. Cette analyse facilitée aurait pleinement répondu à la politique de meilleure administration dans la mesure où elle aurait participé à une transparence accrue du processus de consultation.

*

2. PROJET DE LOI n° 6982

sur les marchés publics et projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi sur les marchés publics et de la loi sur l'attribution des contrats de concession et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10 de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988

2.1 Objet du projet de loi sur les marchés publics

Selon l'exposé des motifs, le projet de loi a pour objet la transposition en droit national de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (ci-après la „directive 2014/24/UE“) et de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 26 février 2014 sur la passation des marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (ci-après: la „directive 2014/25/UE“). L'exposé des motifs précise également que „*par souci de lisibilité et de cohérence, il a été jugé opportun de procéder à une refonte complète de la législation nationale, en conservant toutefois la même structure que les textes de 2009. La loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics sera en conséquence abrogée.*“ Le projet de règlement grand-ducal porte exécution du projet de loi précité.

2.2 L'importance du droit de la concurrence dans les marchés publics et les risques de collusion

La finalité de la législation sur les marchés publics est de permettre aux personnes publiques de passer des contrats de réalisation de travaux, de fournitures ou de services avec des entreprises à la suite d'une mise en concurrence; ce, dans le but d'obtenir un résultat optimal en termes de prix et de qualité. Il n'est cependant pas rare que les entreprises soumissionnaires tentent de se soustraire à cette concurrence en passant des ententes, le plus souvent secrètes entre elles, ententes qui constituent des violations parmi les plus graves de l'article 3 de la loi du 23 octobre 2011 et de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après „TFUE“). L'entente conduit à désigner un soumissionnaire qui n'aura pas remporté le marché en raison des prix proposés, de ses facultés d'innovation et de la qualité de ses services ou produits par rapport aux autres soumissionnaires. L'efficacité économique de la passation de marché est donc effacée, au profit des entreprises parties à l'entente et ainsi au détriment des pouvoirs adjudicateurs et de la collectivité. Ces infractions sont d'une extrême nocivité pour le bien commun car elles procurent aux tricheurs des rentes injustifiées tout en appauvrissant l'Etat qui se voit amputé de son rôle d'octroi efficace de ses ressources et de poursuite de certaines de ses politiques au profit de la communauté. Il est donc crucial que les pouvoirs publics mettent tout en oeuvre pour surveiller de près l'organisation de leurs marchés afin de détecter les violations et de les réprimer avec force.

Le Conseil a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur de telles atteintes à la concurrence dans le domaine des marchés publics. Par sa décision du 5 mars 2010¹, il a condamné sept entreprises à des amendes pour une entente de répartition de marchés et de fixation de prix concernant des soumissions publiques dans le secteur de la pose et la vente de carrelages. Il convient également de rappeler qu'en date du 23 octobre 2013, le Conseil a infligé une amende d'un montant total de 1.293.227 euros à deux entreprises dans le secteur de la production et de la vente d'aiguillages pour une entente illicite et secrète qui avait pour objet de fausser les marchés publics organisés par les CFL durant six années consécutives.

Ces exemples témoignent des risques anticoncurrentiels dans le domaine des marchés publics et du rôle actif du Conseil en la matière.

Les soumissions concertées peuvent revêtir des formes diverses dont les plus courantes sont les offres de couverture, les schémas de suppression ou de rotation d'offres ou encore de répartition des marchés.²

Par l'offre dite de „*couverture*“, les entreprises s'organisent de façon telle à donner l'apparence d'une concurrence effective, alors qu'en réalité, un candidat a accepté de soumettre une offre plus élevée ou irrecevable. Le but étant de laisser place au concurrent dont il aura été décidé préalablement, à travers l'entente, qu'il remportera le marché.

Le mécanisme de la *rotation d'offres* peut prendre différentes formes, l'objectif pour les entreprises parties à l'entente étant de se répartir à tour de rôle le marché à remporter.

Le schéma de *suppression d'offres* résulte, quant à lui, d'accords par lesquels une ou plusieurs entreprises conviennent de ne pas soumettre ou de retirer leur offre afin que soit acceptée l'offre censée remporter le marché.

Enfin, le cas de la *répartition des marchés* consiste pour les entreprises à s'attribuer certains clients ou zones géographiques afin d'éliminer la concurrence.

L'ensemble de ces mécanismes est mis en place par les entreprises afin d'obtenir des bénéfices supplémentaires qui n'auraient pas existé dans une situation de concurrence réelle. Ainsi, le concurrent qui retire son offre peut obtenir de l'attributaire des contrats de sous-traitance, d'approvisionnement ou encore un paiement compensatoire.

Le risque de soumissions concertées est augmenté dans certains secteurs en raison des caractéristiques particulières de l'activité ou du produit en cause; c'est pourquoi une vigilance accrue de la part des responsables des marchés publics est indispensable. Ainsi, plus le nombre d'entreprises susceptibles de fournir le produit ou le service est faible, plus la concertation sera aisée. De plus, si l'entrée sur le marché est compliquée, les entreprises déjà opérantes seront protégées des pressions concurrentielles et pourront plus aisément fausser le libre jeu de la concurrence. Les conditions du marché sont également à prendre en compte, car plus la demande du secteur public sera constante et prévisible, plus le risque de comportement anticoncurrentiel sera élevé. En période d'instabilité économique, l'incitation aux ententes est également accentuée afin de compenser la perte de volume d'affaires par des gains collusoires. Par ailleurs, les marchés répétitifs augmentent les risques de collusion, facilitant la concertation des entreprises. Des produits ou services simples ou identiques permettent également une entente facilitée portant, par exemple, sur une structure commune de prix. S'il n'y a que peu ou pas de produits ou services pouvant se substituer aux produits ou services faisant l'objet du marché, les pratiques de concertation sont également facilitées. Enfin, l'absence d'innovation sur le produit ou le service favorise les ententes et leur préservation dans la durée.

Le Comité de la Concurrence de l'OCDE a édité, en 2009, des Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics suivies par une Recommandation du Conseil de l'OCDE. Ces lignes directrices décrivent et recommandent deux niveaux de vérifications qui s'avèrent nécessaires afin de diminuer les risques de soumissions concertées: En amont, lors de la conception de la procédure de passation des marchés et, en aval, lors de la soumission des offres. Le Conseil estime qu'il est utile de les rappeler en résumé ci-dessous:

1 Décision Conseil de la concurrence 2010-FO-01 affaire „Carreleurs“.

2 Résumé des Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics de l'OCDE, partie 2 „Formes courantes de soumissions concertées“.

1) Vérifications au stade de la conception de la procédure de passation des marchés publics

Obtenir le maximum d'informations avant la conception de la procédure de passation des marchés permet d'évaluer l'importance des risques de collusion. Ces informations portent notamment sur l'éventail des produits et/ou services disponibles sur le marché, les caractéristiques de ce marché mais également les fournisseurs potentiels de ces produits ou services.

L'organisation de la procédure d'appel à la concurrence doit être telle qu'elle puisse permettre l'obtention d'une participation potentielle maximale d'entreprises concurrentes. Cela passe notamment par des coûts de soumissionnement et des contraintes de participation réduits. La rédaction des spécifications et du cahier des charges doit être élaborée de façon claire, exhaustive et non-discriminatoire pour n'éliminer aucun candidat potentiel.

La conception de la procédure d'appel d'offres à la concurrence doit permettre de réduire et limiter autant que possible la communication entre les potentiels soumissionnaires.

Les critères d'évaluation des offres et d'attribution du marché doivent être sélectionnés de façon à ne dissuader aucun soumissionnaire crédible, en particulier s'il s'agit de petites et moyennes entreprises.

Afin de lutter efficacement contre les soumissions concertées, la sensibilisation des responsables des marchés publics est primordiale. Cette sensibilisation peut passer par une formation régulière du personnel, une conservation des informations des procédures antérieures d'appel à la concurrence, l'adoption d'une politique d'exams périodiques de certaines procédures par l'autorité de concurrence ou encore la sensibilisation des entreprises afin qu'elles dénoncent les éventuels problèmes de concurrence.

A cet égard, le Conseil tient à citer le cas d'un marché dans le secteur du transport, organisé par l'Etat luxembourgeois. Avertie par la Commission des Soumissions de possibles irrégularités, l'autorité adjudicatrice avait certes annulé le marché en question, mais n'a pas cru nécessaire d'en avertir le Conseil, lequel a dû autosaisir de l'affaire, après avoir eu connaissance des faits par d'autres voies.

C'est dans ce contexte que la deuxième recommandation précitée du conseil de l'OCDE du 17 juillet 2012 révèle toute sa signification: „*Les [Etats] Membres devraient ainsi encourager les autorités de la concurrence à (...) instaurer une relation permanente avec les organismes chargés des marchés publics de sorte que (...) ces organismes signaleront la collusion suspectée à l'autorité de la concurrence (...) et seront assurés que l'autorité de concurrence leur apportera son concours pour enquêter et engager les poursuites en cas de comportement anticoncurrentiel potentiel (...)*“. Le Conseil estime qu'il serait bien plus utile si les adjudicateurs décidaient de rechercher de façon régulière l'appui et la collaboration du Conseil dans le but d'éviter ou de détecter des irrégularités dans les procédures de soumissions.

2) Vérifications au stade des soumissions

Lors des soumissions, il convient d'examiner les signaux révélateurs de pratiques collusoires notamment à travers l'analyse des schémas de soumission et de la fréquence à laquelle les entreprises se voient ou non attribuer un marché.

De façon générale, les déclarations et comportements suspects des entreprises doivent être recherchés à tout moment. Il peut s'agir de déclarations verbales ou écrites faisant référence à un accord ou encore à des réunions lors desquelles les soumissionnaires peuvent avoir eu l'occasion de s'entendre.

Tous les indicateurs de soumissions présentés caractérisent des schémas suspects qui ne représentent toutefois pas une preuve systématique de collusion. Ainsi, une entreprise peut ne pas avoir soumissionné à un appel d'offres parce que sa charge de travail était trop importante pour se charger du dossier dans le même ordre d'idées, une offre trop élevée peut s'expliquer par une appréciation différente du coût d'un projet. Toutefois, les comportements et schémas révélateurs d'indices de collusion méritent systématiquement que leur soit portée une attention particulière.

En cas de suspicion de soumissions concertées, il y a lieu de ne pas s'entretenir avec les soumissionnaires suspectés, de conserver tous les documents liés à la soumission et de contacter le Conseil, autorité compétente en la matière en lui fournissant un dossier détaillé renseignant sur les comportements suspects.

En France, c'est la DGCCRF³, dans sa compétence résiduelle de surveillance de la concurrence, qui veille à l'exercice d'une concurrence suffisante entre les opérateurs susceptibles de répondre aux appels d'offres. L'ensemble des directions territoriales de la DGCCRF participent à la surveillance des marchés publics. Les agents en charge de la commande publique ont la possibilité de prendre connaissance du jeu concurrentiel des entreprises dès le stade de la formulation de l'offre.

Une stratégie de ciblage des secteurs d'activité présentant un risque concurrentiel y a été élaborée. Ce ciblage permet de réserver la participation – y compris en suggérant au responsable du marché d'y inviter les agents de la DGCCRF – aux commissions d'appel d'offres les plus susceptibles de révéler des dysfonctionnements de concurrence.⁴ Les agents de la DGCCRF ne sont plus membres de droit des commissions d'appel d'offres des collectivités locales mais peuvent y être invités.⁵

Le Conseil estime ainsi, à l'image de la pratique française, qu'une collaboration de ce dernier avec les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, ainsi qu'avec la Commission des soumissions permettrait une meilleure surveillance des soumissions publiques et propose un amendement au présent projet de loi qui prévoirait la participation du Conseil aux réunions de la Commission des soumissions en tant qu'observateur.

2.3 Commentaires du Conseil sur le projet de loi n° 6982 ainsi que sur le projet de règlement grand-ducal portant exécution de cette loi

Le champ d'application du projet de loi et du projet de règlement grand-ducal portant exécution de cette loi

- *Les articles 2 et 86 du projet de loi*

Le Conseil s'interroge sur le champ d'application du présent projet de loi et l'interprétation à donner de la notion de *pouvoir adjudicateur* présentée à l'article 2 (Livre I) et à l'article 86 (Livre III) du projet de loi. En particulier, il s'interroge sur l'analyse des trois caractéristiques d'un organisme de droit public⁶. De cette qualification dépendra l'application ou non de la législation sur les marchés publics et ainsi des règles particulières qui leurs sont applicables.

Par ailleurs, la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics présentait en annexe VI une liste des entités adjudicatrices répondant aux critères déterminés par le Livre III. Le projet de loi actuel ne présente aucune liste comparable, on peut donc s'interroger sur les critères d'application de la future loi aux entreprises qui seront qualifiables d'entités adjudicatrices. Même si le Conseil est conscient qu'une telle liste risque d'être modifiée au fil des restructurations des entreprises et qu'elle ne saurait être exhaustive, elle permettrait d'éclaircir les interrogations relatives à l'application de la nouvelle loi aux entités définies comme adjudicatrices.

- *L'article 115 du projet de loi et l'article 26 du projet de règlement grand-ducal*

L'article 115 du projet de loi qui transpose l'article 34 de la directive 2014/25/UE permet l'exemption de l'application du Livre III à certaines activités dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux⁷, lorsqu'une activité est directement exposée à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité.

Pour ce faire, une demande d'exemption doit être introduite auprès de la Commission européenne (ci-après: la „Commission“) par le ministre ayant dans ses attributions le secteur concerné ou l'entité adjudicatrice, selon les modalités prévues par l'article 262 du projet de règlement grand-ducal.

3 Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

4 <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/concurrence/Veiller-a-la-concurrence-dans-la-commande-publique>.

5 Article L.1414-3 du Code général des collectivités territoriales.

6 Article 2, point d i, ii, iii: „*organisme de droit public: tout organisme présentant toutes les caractéristiques suivantes: i. il a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial; ii. il est doté de la personnalité juridique; et iii. soit il est financé majoritairement par l'Etat, les autorités régionales ou locales ou par d'autres organismes, soit son organe de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'Etat, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public.*“

7 Livre III: Dispositions spécifiques aux marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Le Conseil relève que la présentation d'une telle demande implique de déterminer si une activité est directement exposée à la concurrence. Différents critères objectifs prenant en compte les caractéristiques spécifiques du secteur concerné sont à observer. Or, le Conseil estime être avec le régulateur sectoriel, s'il existe, l'entité la plus à même de produire une analyse efficace quant à l'exposition directe d'une activité à la concurrence. A cet égard, le Conseil relève que la directive 2014/25/UE prévoit en son article 35 que la demande visant à faire établir que la directive ne s'applique pas à une activité directement exposée à la concurrence peut être assortie „*le cas échéant, [de] la position adoptée par une autorité nationale indépendante qui est compétente pour l'activité concernée.*“⁸

Le Conseil propose ainsi s'associer au processus d'analyse de l'exposition directe à la concurrence de certaines activités dans des secteurs concernés lorsqu'une demande émanant du ministre ayant dans ses attributions le secteur spécifique concerné ou d'une entité adjudicatrice est en passe d'être présentée à la Commission. Cette pratique est d'ailleurs déjà mise en oeuvre dans d'autres Etats membres de l'Union.⁹ Pour exemple, le *Bundeskartellamt*, autorité de concurrence allemande, s'est déjà associé à ce type de processus sous l'empire de l'ancienne directive 2014/17/CE¹⁰. Ainsi, dans une décision d'exécution de la Commission de 2012¹¹, son avis concernant l'exposition directe à la concurrence d'une activité économique était joint à la demande d'exemption et a été utilisé par la Commission pour effectuer son analyse.

*L'intégration de nouvelles dispositions tirées des directives 2014/24/UE
et 2014/25/UE et rendues applicables aux marchés nationaux*

Le projet de loi intègre au sein de son Livre I des règles énoncées dans les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE et les rend applicables non seulement aux marchés d'une certaine envergure mais également aux marchés nationaux. Il s'agit notamment des règles relatives aux conflits d'intérêts, au favoritisme et à la corruption applicables à la passation des marchés publics. Le Conseil approuve cette initiative permettant de mieux encadrer la passation des marchés publics d'envergure nationale.

*L'utilisation de moyens électroniques dans les procédures
de passation de marchés publics*

• *L'article 12 (4) du projet de loi et les articles 198 et suivants du projet de règlement grand-ducal:*

Le Conseil souligne la mise en place de mesures liées à l'utilisation de moyens électroniques dans les procédures de passation de marchés publics. Il approuve le recours aux moyens électroniques d'information et de communication notamment dans la mise à disposition des documents de marché, dans les communications entre soumissionnaires et pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices. En particulier, le Conseil approuve la transmission électronique des offres favorisant la transparence, la sécurité et plus généralement le bon respect des règles d'attribution des marchés. Ce recours aux moyens électroniques permettra de prévenir les échanges d'informations entre soumissionnaires. Cette

8 Voir également le libellé de l'article 262 (2) du projet de règlement grand-ducal sous avis: „*A moins qu'une demande émanant d'une entité adjudicatrice soit assortie d'une position motivée et justifiée, adoptée par une autorité nationale indépendante compétente pour l'activité concernée, qui analyse de manière approfondie les conditions de l'éventuelle applicabilité de l'article 115, paragraphe 1^{er}, à l'activité concernée, conformément aux paragraphes 2 et 3 dudit article, la Commission européenne informe immédiatement le ministre ayant dans ses attributions le secteur concerné. En pareils cas, le ministre ayant dans ses attributions le secteur concerné 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 à l'article 115, paragraphe 1^{er}.*“

9 Voir décision d'exécution de la Commission du 20 mai 2011 établissant que l'article 30, paragraphe 1, 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 ne s'applique pas à l'extraction de charbon bitumineux en République tchèque C(2011) 3406: Dans cette décision, la demande était accompagnée d'une lettre de l'Office tchèque de la protection de la concurrence, autorité de concurrence nationale indépendante, sous forme d'avis préliminaire.

10 Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

11 Décision d'exécution de la Commission du 24 avril 2012 exemptant la production et le commerce de gros d'électricité produite en Allemagne à partir de sources conventionnelles de l'application 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 C(2012) 2426.

évolution est d'ailleurs en accord avec les développements du présent avis concernant les échanges d'informations entre entreprises.¹²

Les groupements d'opérateurs économiques et la sous-traitance

• *Les articles 14 et 33 du projet de loi et les articles 23 et suivants du projet de règlement grand-ducal*

L'article 14 du projet de loi autorise les groupements d'opérateurs économiques à participer aux procédures de passation des marchés publics sans être contraints par les pouvoirs adjudicateurs à avoir une forme juridique déterminée pour présenter une offre ou une demande de participation collective. Le recours à la sous-traitance est quant à lui autorisé, sous réserve du respect des dispositions du règlement grand-ducal portant application de la loi.

A cet égard, le Conseil tient à mettre en garde les entités et pouvoirs adjudicateurs quant aux relations entre entreprises dans le cadre du recours à la sous-traitance ou aux groupements momentanés.

En effet, certains marchés publics soumis à un appel d'offres nécessitent le recours à des échanges d'informations entre entreprises, qu'il s'agisse d'un groupement ou d'une sous-traitance, afin d'apporter une réponse satisfaisante au cahier des charges de l'autorité adjudicatrice. Ceci peut notamment se justifier par des contraintes d'ordre technique ou économique. La sous-traitance et les associations momentanées sont licites dans la mesure où les entreprises déposent une offre commune et que les conditions d'une concurrence effective ont été respectées.

Cependant, le recours à ces techniques peut dissimuler des accords anticoncurrentiels tels que le partage de marchés ou l'indemnisation compensatoire des concurrents qui se sont effacés au profit du candidat désigné. Ces comportements sont susceptibles d'être sanctionnés par le Conseil.

Les échanges d'informations, plus ou moins formalisés et organisés, constituent la première phase de la mise en oeuvre d'une entente et peuvent gravement perturber la loyauté d'une offre et ainsi fausser le jeu de la concurrence.¹³

Il est donc décisif d'apprécier dans quelle mesure sont acceptables de tels échanges, afin que soit respecté le libre jeu de la concurrence.

Les entreprises doivent s'abstenir de participer à des prises de contact ayant pour but d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent, actuel ou potentiel, ou encore de dévoiler le comportement qu'elles envisagent elles-mêmes d'adopter sur le marché.¹⁴

L'Autorité de concurrence française analyse ces échanges comme étant anticoncurrentiels s'ils revêtent une dimension occulte ou que les entreprises qui ont échangé présentent *in fine* des offres séparées, en apparence concurrentes.¹⁵ Par ailleurs, cette autorité considère que „*de simples échanges d'informations portant sur l'existence de compétiteurs, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou les prix qu'ils envisagent de proposer, altèrent également le libre jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des offres.*“¹⁶

La jurisprudence constante de l'autorité de concurrence française considère ainsi que tout échange d'informations, préalable au dépôt des offres, est anticoncurrentiel s'il est de nature à diminuer l'incertitude dans laquelle toutes les entreprises doivent se trouver placées, relativement au comportement de leurs concurrentes. Cette incertitude serait la seule contrainte de nature à pousser les opérateurs concurrents à faire le maximum d'efforts en termes de qualité et de prix pour obtenir le marché. A l'inverse, toute limitation de cette incertitude affaiblirait la concurrence entre les soumissionnaires, en pénalisant l'acheteur public, obligé de payer un prix plus élevé que celui qui aurait résulté d'une concurrence non faussée.¹⁷

¹² *Confer* pages 9 à 12 du présent avis.

¹³ Voir le document: Collusion et corruption dans les marchés publics, contribution soumise par la France au titre de la session V du Forum mondial sur la concurrence des 18 et 19 février 2010.

¹⁴ Voir les arrêts de la Cour du 16 décembre 1975, *Suiker Unie*, C-40/73, EU:C:1975:174 et du 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands*, C-8/08, EU:C:2009:343, points 60 et 62.

¹⁵ Jurisprudence constante, voir par exemple décision du Conseil de la concurrence n° 05-D-17, du 27 avril 2005

¹⁶ Décision française n° 09-D-25 du 29 juillet 2009 relative à des pratiques d'entreprises spécialisées dans les travaux de voies ferrées, point 179 ou encore n° 10-D-05 du 27 janvier 2010, point 50.

¹⁷ Jurisprudence constante de l'autorité française de concurrence, voir en ce sens les décisions n° 08-D-33 du 16 décembre 2008, point 94 et n° 09-D-03 du 21 janvier 2009, point 94.

Les échanges d'informations en vue d'organiser la soumission d'une offre demeurent toutefois, en principe, licites, mais ne doivent pas porter sur une fixation des prix ou une répartition des marchés qui caractérisent une entente anticoncurrentielle aux termes des articles 3 de la loi du 23 octobre 2011 et 101, paragraphe 1, du TFUE.

Les conditions de licéité des rapprochements entre entreprises concurrentes peuvent se résumer comme suit:

- Le rapprochement entre concurrents, justifié par l'intention de trouver un partenaire, ne doit avoir lieu que pour des raisons nécessaires à la satisfaction des exigences de l'appel d'offres ou pour augmenter les chances de succès des soumissionnaires en raison de gains d'efficacité. Les entreprises doivent ainsi être à même de démontrer les raisons techniques, humaines et/ou matérielles qui justifient le recours à la sous-traitance ou au groupement;
- Les entreprises doivent avoir une réelle intention de travailler ensemble et non de fausser la mise en concurrence pour se partager ensuite les prestations, ce critère étant souvent révélé par la réunion de plusieurs indices tels que „l'utilité de la relation projetée en termes de complémentarité technique, humaine et/ou matérielle“, „l'habitude de travailler ensemble“ ou encore „l'existence de pourparlers entre les opérateurs concernés“;¹⁸
- Au stade de la simple prise de contact, l'entreprise sollicitée doit se contenter de faire part de son intérêt ou non pour le projet; en cas de désintérêt, chaque concurrent reste alors libre de déposer une offre distincte;
- En revanche, si l'entreprise sollicitée décide de poursuivre plus avant la relation entamée et souhaite prendre part au projet de groupement ou de sous-traitance, les échanges d'informations devront se limiter au strict nécessaire pour la mise en place de la collaboration;
- Le contenu des échanges devra ainsi s'en tenir, par exemple, aux moyens techniques et humains nécessaires à la satisfaction du cahier des charges et en aucun cas porter sur une fixation des prix ou une répartition de marchés. La tenue de dossiers contenant les données échangées et retraçant le processus d'échanges d'informations permettra d'analyser la licéité de ces échanges;
- A compter de cette nouvelle étape et du moment où l'entreprise sollicitée répond aux exigences requises, la soumission d'une offre ne pourra plus être séparée, ou alors, chaque entreprise concernée devra s'abstenir de soumettre une offre, „sauf à conserver les éléments de nature à établir que cet échange n'a pu altérer l'indépendance d'offres présentées individuellement“, ce qui implique de conserver „la trace écrite des raisons de cet échec des négociations, ainsi que de la nature des informations échangées avec les partenaires potentiels.“¹⁹ Prenons ainsi pour exemple le cas de réunions entre entreprises au cours desquelles une entreprise fait connaître à une autre des informations essentielles dans la perspective d'une sous-traitance: l'entreprise qui a pris connaissance de ces informations ne pourra ensuite déposer une offre distincte sans fausser le libre jeu de la concurrence. Le non-respect de ces règles élémentaires par les adjudicataires, s'il est détecté, est considéré par le Conseil comme une violation grave de l'article 3 de la loi du 23 octobre 2011 ainsi que de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE.

Le Conseil insiste par ailleurs sur la nécessité de voir informé l'acheteur public des relations liant les entreprises candidates. La connaissance de l'appartenance d'une entreprise à un groupement, l'existence d'accords de sous-traitance et d'échanges d'informations auxquels les entreprises ont procédé permettra la juste appréciation par le pouvoir adjudicateur du respect des conditions effectives de concurrence. Le projet de loi sous avis prévoit qu'au stade de l'appel d'offres, les acheteurs publics pourront exiger de la part des opérateurs économiques qu'ils précisent la part du marché qu'ils n'ont pas l'intention d'exécuter eux-mêmes mais entendent confier à des tiers.²⁰ Le projet de règlement grand-ducal portant exécution de la nouvelle loi sur les marchés publics prévoit ainsi des exigences spécifiques concernant la sous-traitance. L'article 25(2) prévoit ainsi que lors de la remise de son offre, l'entrepreneur général doit, sous peine d'irrecevabilité de celle-ci, joindre à son offre une liste des sous-traitants auxquels il aura recours pour la réalisation de l'ouvrage, ainsi que le(s) précontrat(s) de

¹⁸ Voir *Droit de la concurrence dans les contrats publics*, Cabanes et Neveu, Editions le Moniteur, page 58.

¹⁹ Voir décision de l'autorité de concurrence française n° 08-D-33 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en oeuvre à l'occasion d'appels d'offres de la ville d'Annecy et du conseil général de Haute-Savoie pour le transport par autocar, points 89, 5) 3) et 91, 4.

²⁰ Exposé des motifs du projet de loi, point I, A 2).

sous-traitance que l'entrepreneur aura obligatoirement conclu(s) avec les entreprises concernées. L'entrepreneur général devra joindre à son offre les documents permettant au pouvoir adjudicateur de vérifier l'existence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants proposés. Si, pour une même profession, l'entrepreneur général entend occuper deux ou plusieurs sous-traitants, il est tenu d'indiquer la part des travaux, fournitures et services qu'il attribue à chacun d'eux. Le cas échéant, le cahier spécial des charges peut exiger de la part de l'entrepreneur général qu'il indique les noms et adresses de ses conseillers techniques ou autres. Ainsi, l'information de l'adjudicateur de l'élaboration d'offres en concertation entre des entreprises, tant concernant les liens unissant celles-ci que sur la nature des informations échangées, permettra de répondre à des exigences de transparence, respectueuses du droit national et européen de la concurrence.

Le barème officiel

- *L'article 20, point j), du projet de loi*

Le Conseil est d'avis que le point j) de l'article 20 du projet de loi²¹ sous avis doit être supprimé. D'une part, aucune définition de ce qu'est un barème officiel n'est précisée. Le Conseil s'interroge ainsi sur le sens du terme *officiel*. D'autre part, le Conseil rappelle qu'il est, de manière générale, opposé à l'établissement de barèmes concernant la rémunération de services. A cet égard, il convient de rappeler que le Conseil a déjà exprimé son désaccord quant à l'établissement de barèmes à deux reprises, par ses avis rendus en 2007 et 2015. Concernant les barèmes de rémunération des architectes et des ingénieurs, le Conseil avait ainsi conclu: „*Le Conseil de la concurrence estime que les principes fondamentaux applicables aux procédures de passation de marchés et au droit de la concurrence s'opposent à ce que la rémunération des architectes et des ingénieurs soit fixée par voie de barème officiel, que ce soit de façon générale ou pour les seuls besoins des procédures de passation des marchés publics.*“²² Dans un second avis, le Conseil a rappelé qu'il désapprouvait la soustraction des professions de l'ordre des architectes et ingénieurs à la concurrence sur les prix, notamment pour les ouvrages publics.²³

Les critères d'attribution, la notion d'offre économiquement la plus avantageuse

- *L'article 35 du projet de loi*

Le Conseil est favorable à la nouvelle formulation des dispositions en lien avec le critère de *l'offre économiquement la plus avantageuse*, qui doit notamment se baser sur la notion de meilleur rapport qualité/prix. Ainsi, le Conseil approuve la prise en compte des critères qualitatifs, des aspects sociaux et environnementaux et de l'innovation. Ces autres critères d'attribution peuvent en effet avoir une influence sur le prix. Ainsi, un produit de meilleure qualité peut se vendre à un prix plus élevé, mais offrir une durée de vie plus longue qu'un produit de moindre qualité au prix moins élevé.

Le Conseil préconise toutefois de ne pas perdre de vue le critère fondamental du prix.

21 Article 20: „(1) *En cas de procédure restreinte sans publications d'avis, les pouvoirs adjudicateurs adressent une demande d'offre à un nombre limité d'opérateurs économiques, au gré du pouvoir adjudicateur, dans les cas prévus à l'alinéa 3 et au paragraphe 3. Le nombre minimum de candidats invités à soumissionner est de trois.*

En cas de procédure négociée, les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient les conditions de marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

Il peut être recouru soit à la procédure restreinte sans publication d'avis, soit à la procédure négociée dans les cas suivants: ... j) lorsqu'il s'agit de travaux, fournitures et services dont les prix sont en fait soustraits au jeu normal de la concurrence ou s'il s'agit de services rémunérés suivant un barème officiel.“

22 Avis n° 2007-AV-01 du 21 septembre 2007 relatif à une demande d'avis de Monsieur le Ministre de l'Economie et du commerce extérieur concernant une proposition d'amendement au projet de loi n° 5655 sur les marchés publics, présenté par l'Ordre des Architectes et des Ingénieurs-Conseils du Grand-Duché de Luxembourg (OAI).

23 Avis n° 2015-AV-02 du 17 décembre 2015 sur le projet de loi n° 6795 portant modification de la loi du 13 décembre 1989 portant organisation des professions d'architecte et d'ingénieur-conseil.

*La Procédure concurrentielle avec négociation, le Dialogue compétitif
et le Partenariat d'innovation*

• *Les articles 67, 68 et 69 du projet de loi*

Le Conseil tient à faire porter l'attention sur ces procédures, impliquant des échanges entre les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises, qui peuvent ainsi générer des risques en termes de concurrence.

Le Conseil préconise que les pouvoirs adjudicateurs veillent à respecter les garanties adéquates relatives aux principes d'égalité de traitement et de transparence. Le recours à ces différentes procédures est encadré par des conditions strictes dont le respect est fondamental afin de maintenir l'existence de conditions effectives de concurrence. Les échanges avec les entreprises ne doivent pas fausser le libre jeu de la concurrence.

Dans le cadre de ces trois types de procédures, le Conseil attire l'attention sur le paragraphe 5 de l'article 67, le paragraphe 3 de l'article 68, respectivement le paragraphe 4 de l'article 69. Les pouvoirs adjudicateurs doivent ainsi veiller au cours des négociations à n'avantager aucun soumissionnaire par rapport à un autre.

La possibilité pour les entités adjudicatrices, par application de l'article 139 paragraphe 2 du projet de loi, de réduire le nombre de candidats invités à présenter une offre ne doit résulter que d'un choix motivé n'ayant pas pour effet de fausser les conditions effectives de concurrence.

De manière plus générale, les communications avec les soumissionnaires par voie orale doivent respecter l'article 101 du projet de règlement grand-ducal relatif au recours à la communication orale et ainsi faire l'objet d'une retranscription suffisante des échanges oraux ayant eu lieu.

*

3. PROJET DE LOI n° 6984

sur l'attribution des contrats de concession et projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi sur les marchés publics et de la loi sur l'attribution des contrats de concession et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10 de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988

3.1 Objet du projet de loi sur l'attribution des contrats de concession

Selon son exposé des motifs, le projet de loi a pour objet de transposer en droit national la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concessions. L'exposé des motifs précise que „*Suivant le principe de ne transposer que la directive, et rien que la directive, le projet de loi ne contiendra pas d'autres éléments quant aux procédures que celles prévues par la directive.*“

C'est pourquoi le Conseil a décidé de rendre un avis unique se prononçant sur les nouvelles dispositions relatives aux marchés publics et également sur le projet de loi relatif aux contrats de concessions.

3.2 Commentaires du Conseil sur le projet de loi sous avis

Les remarques qui ont été exprimées pour les projets de loi et de règlement relatifs aux marchés publics valent *mutatis mutandis* pour les procédures relatives aux concessions.

Concernant notamment les articles 25(2)²⁴ et 41²⁵ du projet de loi sous avis, le Conseil renvoie aux remarques relatives aux marchés publics concernant les échanges d'informations entre entreprises²⁶.

²⁴ Le libellé de l'article 25(2) du projet de loi sous avis dispose que: „*Les groupements d'opérateurs économiques, y compris les associations temporaires, peuvent participer aux procédures d'attributions de concession. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices ne peuvent exiger qu'ils aient une forme juridique particulière pour préciser une offre ou une demande de participation ...*“.

²⁵ Voir libellé de l'article 41 du projet de loi sous avis concernant la sous-traitance

²⁶ *Conférer* pages 9 à 12 du présent avis.

Le Conseil renvoie également aux développements relatifs aux échanges entre pouvoirs adjudicateurs et entreprises pour ce qui est de l'article 36 (6)²⁷ encadrant le recours aux négociations avec les candidats et soumissionnaires.²⁸

Le Conseil tient par ailleurs à rendre attentif les pouvoirs publics à la synthèse publiée par l'OCDE, intitulée „*Politique de la concurrence et concessions*“²⁹ qui permet de comprendre plus avant les enjeux des contrats de concession en matière de concurrence.

*

4. CONCLUSIONS

Au vu de ce qui précède, le Conseil est en mesure d'approuver les textes présentés pour avis, sous réserve de la prise en compte de ses observations.

Ainsi délibéré et avisé en date du 2 novembre 2016.

Pierre RAUCHS
Président

Mattia MELLONI
Conseiller

Pierre CALMES
Conseiller suppléant

Thierry LALLEMANG
Conseiller suppléant

²⁷ Le libellé de l'article 36 (6) du projet de loi sous avis dispose que: „*Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est libre d'organiser une négociation avec les candidats et soumissionnaires. L'objet de la concession, les critères d'attribution et les exigences maximales ne sont pas modifiées au cours des négociations.*“

²⁸ *Confer* page 14 du présent avis.

²⁹ Voir le document de l'OCDE, Synthèses, *Politique de la concurrence et concessions*, OCDE, juillet 2007.

