**6984 : Résumé**

Le présent projet de loi a pour objet de définir un cadre juridique clair en matière d’attribution des contrats de concession, en procédant à la transposition en droit national de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l’attribution de contrats de concession. Comme les contrats de concessions diffèrent de par leur nature largement des contrats de marchés publics, la directive précitée est transposée par un texte autonome et n’intégrera pas la législation sur les marchés publics.

Ainsi la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE et la directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l’eau, de l’énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE sont transposées par une loi à part, à savoir la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics et par le règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics.

**Historique des règles applicables en matière de concessions**

Si l’attribution des marchés publics est depuis des années réglée en détail au niveau communautaire et au niveau national par des textes normatifs, il n’en est pas de même pour l’attribution de contrats de concession.

La loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics a réglé de manière succincte l’attribution de concessions de travaux publics pour les contrats dépassant le seuil de 6.242.000 euros, mais en ce qui concerne les concessions de services, cette loi se limite à en donner une définition. Néanmoins, l’attribution des contrats de concession ne se faisait pas de manière discrétionnaire. Ainsi la jurisprudence de la Cour de Justice de l’Union européenne retient que l’attribution de concessions de services, présentant un intérêt transnational, est soumise aux principes du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, et notamment les principes de libre circulation des marchandises, de liberté d’établissement et de libre prestation de services, ainsi qu’aux principes qui en découlent comme l’égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence.

Il s’est avéré qu’à défaut de normes claires et précises, et ce pour des contrats de grande envergure constituant des instruments importants dans le développement structurel à long terme d’infrastructures et de services stratégiques, il subsiste un risque d’insécurité juridique lié aux divergences d’interprétation des principes du traité sur l’Union européenne. Ce risque a été confirmé par la vaste jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne, qui n’a toutefois traité que partiellement certains aspects de l’attribution de contrats de concession.

Il est apparu nécessaire d’appliquer de manière uniforme les principes du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne et de mettre fin aux divergences dans l’interprétation de ces principes au niveau de l’Union européenne. Cela permettra en outre d’accroître l’efficacité de la dépense publique, de faciliter l’égalité d’accès et la participation équitable des entreprises à l’attribution de contrats de concession, tant à l’échelon local qu’à celui de l’Union européenne, et de soutenir la réalisation des objectifs d’une politique publique durable.

**Caractéristiques des contrats de concessions**

Les concessions sont des contrats à titre onéreux par lesquels un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient l’exécution de travaux ou la réalisation et la gestion de services à un ou plusieurs opérateurs économiques. L’objet de ce type de contrats est l’acquisition de travaux ou la réalisation de services par voie de concession, la contrepartie consistant en un droit d’exploiter les ouvrages ou services ou en ce droit accompagné d’un prix.

La caractéristique principale d’une concession, à savoir le droit d’exploitation de travaux ou de services, implique toujours le transfert au concessionnaire d’un risque d’exploitation de nature économique, avec la possibilité qu’il ne permette pas d’amortir les investissements effectués et les coûts supportés lors de l’exploitation des travaux ou services attribués dans les conditions d’exploitation normales, même si une partie du risque continue d’être supportée par le pouvoir adjudicateur ou l’entité adjudicatrice.

**Application en fonction de l’envergure du contrat de concession**

La directive 2004/23/UE sur l’attribution des concessions prévoit des règles pour les concessions dont la valeur dépasse un seuil de 5.186.000 euros. Le présent projet de loi prévoit ainsi des règles obligatoires pour les contrats de concession dépassant ce seuil.

Pour les concessions ne dépassant pas ce seuil, les règles prévues par la directive 2004/23/UE sur l’attribution de contrats de concession s’appliquent également, mais de manière simplifiée, dans la mesure que certaines dispositions du projet de loi qui s’appliquent pour les contrats de concession dépassant le seuil de 5.186.000 euros ne s’appliquent pas aux contrats de concession qui sont inférieurs à ce seuil.

Ne s’appliquent ainsi pas aux contrats de concession de moindre envergure les règles relatives à la publicité des avis de concession au niveau européen, une publicité simplifiée au niveau national étant suffisante pour les contrats de concession de moindre envergure. De même la loi modifiée du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics s’applique uniquement aux contrats de concession dépassant le seuil de 5.186.000 euros.

**Règles prévues**

Le projet de loi sous rubrique incorpore le principe de la „libre administration“ des autorités nationales, et n’impose donc pas de recourir aux mécanismes de la concession pour des travaux ou la gestion de services, les autorités nationales pouvant décider d’y pourvoir par leurs propres moyens ou en coopération avec d’autres autorités publiques. Il règle en détail quels contrats tombent dans son champ d’application et quels contrats sont exclus.

Le projet de loi ne prévoit pas de règles préétablies en ce qui concerne les modes de passation des concessions (contrairement aux directives sur les marchés publics, qui fixent la procédure ouverte, la procédure restreinte, les procédures négociées, les accords-cadres, le dialogue compétitif et le partenariat d’innovation). Il se limite à imposer la mise en concurrence pour les contrats de concession dépassant 5.186.000 euros.

Le projet de texte contient des dispositions relatives à la lutte contre la corruption et relatives à la prévention des conflits d’intérêts analogues à celles prévues dans la législation sur les marchés publics.

Au niveau de la procédure de mise en concurrence, des précisions quant à l’emploi non-discriminatoire des spécifications techniques et fonctionnelles au niveau des documents de concession, et des dispositions quant à la sélection et à l’évaluation qualitative des candidats sont prévues, ces dernières consistant en des hypothèses relatives à l’exclusion obligatoire et facultative des candidats.

Des dispositions relatives aux critères d’attribution sont également prévues, mais elles sont très souples par rapport à celles prévues dans la législation sur les marchés publics.

Le projet de loi énumère, à l’instar de la législation sur les marchés publics, pour quelles hypothèses l’attribution de contrats de concession, tombant certes dans son champ d’application, une mise en concurrence n’est pas requise. Il s’agit d’hypothèses similaires à celles qui justifient le recours à la procédure sans négociation préalable dans le cadre des marchés publics.