

N° 6982⁶

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2016-2017

PROJET DE LOI**sur les marchés publics**

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DES METIERS

(28.2.2017)

RESUME STRUCTURE

Le présent projet a pour objet de transposer en droit national la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

D'une manière générale, les principes suivants devront, d'après la Chambre des Métiers, guider la réforme de la législation des marchés publics:

- *garantir l'accès des PME aux marchés publics, notamment à travers les mesures suivantes:*
 - *adjudication par corps de métiers séparés et division des marchés en lots*
 - *approche pragmatique au niveau des exigences de labels et de certificats (assurance-qualité et gestion environnementale) et des critères retenus dans le cadre de l'offre économiquement la plus avantageuse*
- *mettre en oeuvre un „level playing field“ pour les entreprises résidentes et non-résidentes qui se décline en plusieurs axes:*
 - *respect du droit environnemental, social et du travail*
 - *mêmes exigences en matière de contrôle des motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection et d'attribution (en cas d'application du concept de l'offre économiquement la plus avantageuse)*
 - *mêmes exigences en matière de certificats et autres pièces à produire*
- *appliquer de façon prudente et ciblée la procédure négociée qui comporte des risques économiques non négligeables*
- *trouver le juste équilibre entre les intérêts des contractants principaux et des sous-traitants*
- *établir en vue de l'application du concept de l'offre économiquement la plus avantageuse, un catalogue de critères économiques, qualitatifs, environnementaux et sociaux simples et cohérents.*

Par rapport à la législation en vigueur, le projet sous avis apporte à l'Artisanat certains avantages, tout comme il renferme divers risques.

***Procédure concurrentielle avec négociation:
à appliquer de façon prudente et restrictive***

La Chambre des Métiers est d'avis que la procédure concurrentielle avec négociation est particulièrement bien adaptée aux marchés complexes.

Elle se doit cependant de mettre en garde les responsables politiques contre une application systématique de la nouvelle procédure négociée au regard des multiples risques que comporte cette démarche.

Ainsi, à travers une possible surenchère en matière de réduction de prix, la négociation conduirait au laminage des marges bénéficiaires, plaçant les PME artisanales participant à ces marchés dans une situation financière précaire au point d'accroître le risque de faillites dans le secteur.

Par ailleurs, le laminage des marges encourage la sous-traitance, qui elle risque de favoriser à son tour le dumping social.

Autre revers de la médaille: la procédure négociée qui aurait pour objectif de comprimer le prix au strict minimum comporterait également des risques importants du côté des pouvoirs adjudicateurs du fait que la qualité des travaux ou des services prestés en souffrirait indéniablement.

La Chambre des Métiers exige partant la suppression de la procédure concurrentielle avec négociation du Livre I (marchés „nationaux“).

En ce qui concerne l'application de la procédure concurrentielle avec négociation pour les marchés du Livre II (marchés „européens“), la Chambre des Métiers insiste à ce que le processus de négociation et d'attribution du marché respecte scrupuleusement les principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires.

La Chambre des Métiers donne en outre à considérer que la nouvelle procédure risque de s'apparenter à une mise aux enchères dans le cas où le prix serait le seul et unique critère d'attribution.

Clause sociale horizontale: une chance pour lutter contre le dumping social et environnemental

Le non-respect des obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail permet à certaines entreprises de se procurer des avantages économiques et génère des distorsions de concurrence risquant d'écartier des marchés publics concernés des entreprises observant scrupuleusement lesdites obligations. D'après la Chambre des Métiers, il s'agit d'assurer un „level playing field“, c'est à dire, l'égalité des conditions de concurrence.

Afin de combattre plus efficacement les fléaux du dumping social et de la concurrence déloyale, elle insiste à ce que les pouvoirs adjudicateurs soient obligés, dans le cadre des marchés soumis au Livre I, de refuser l'attribution d'un marché au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse lorsqu'ils ont établi que cette offre ne respecte pas les obligations précitées. Par conséquent, il s'agit de transformer pour les marchés visés la faculté réservée aux pouvoirs adjudicateurs en obligation.

Selon la Chambre des Métiers, les autorités luxembourgeoises doivent se donner les moyens juridiques et en ressources humaines pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les entreprises se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail. Ceci inclut, d'un côté, un arsenal légal et réglementaire efficace et dissuasif permettant de réprimander les acteurs qui enfreignent les obligations susmentionnées, et de l'autre des instances de contrôle outillées de façon appropriée pour pouvoir assurer le respect des règles visées.

Dans ce contexte, la Chambre des Métiers invite les responsables politiques à prévoir lors de l'application du concept de l'offre économiquement la plus avantageuse des critères qui permettent d'assurer le respect de ces règles.

Par ailleurs, elle se permet de réitérer l'idée de la création de cellules spécifiques ayant pour mission de contrôler les certificats remis, la conformité des offres par rapport aux critères extra-financiers et d'analyser des offres aux prix anormalement bas.

Division en lots: favoriser l'accès des PME aux marchés publics

La Chambre des Métiers plaide en faveur d'une obligation de la division des marchés en lots, aussi bien pour les marchés du Livre I que pour ceux du Livre II, et ce afin de faciliter l'accès des PME aux marchés publics; cet accès constituant par ailleurs un des objectifs prioritaires de la directive à transposer en droit national.

A titre subsidiaire, si les responsables politiques jugeaient, pour quelle raison que ce soit, inopportun d'introduire l'obligation de la division des marchés en lots, la Chambre des Métiers insiste à ce que les pouvoirs adjudicateurs soient obligés, tant pour les marchés du Livre I que pour ceux du Livre II, d'indiquer les principaux motifs justifiant la décision qu'ils ont prise de ne pas procéder à une telle subdivision.

**Motifs d'exclusion de la participation aux marchés publics:
éviter la complexité et la subjectivité dans l'appréciation des motifs**

A l'instar de la directive, le projet sous avis prévoit des motifs d'exclusion obligatoire et non obligatoires. De même, il fait usage de la faculté d'insérer des dérogations vis-à-vis des premiers.

Pour les raisons relatées ci-dessous, et outre le fait qu'elles donnent lieu à une complexification des règles applicables, la Chambre des Métiers s'oppose à celles-ci et en exige la suppression.

D'une part, la plupart des motifs d'exclusion obligatoire revêtent un caractère grave qui rend difficilement concevable l'existence même d'une dérogation.

D'autre part, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à l'exclusion obligatoire ayant trait au manquement de l'opérateur économique à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale, notamment lorsque seuls des montants „minimes“ sont impayés.

La Chambre des Métiers n'approuve pas cette dérogation qui laisse la porte ouverte à la subjectivité. Soit l'opérateur économique s'est acquitté des impôts, taxes et cotisations, soit il ne s'en est pas acquitté.

Par ailleurs, ces dérogations confèrent au pouvoir adjudicateur un pouvoir discrétionnaire très important dans l'appréciation de savoir si une offre est admise ou au contraire écartée, pouvoir qui, selon la Chambre des Métiers, est contraire aux principes d'une bonne gouvernance. Outre le manque de transparence qu'implique une telle façon de procéder, les dérogations conduiront à une multiplication des litiges qui pourront être évités en l'absence de pareille disposition.

En fin de compte, les dérogations à l'exclusion obligatoire ne sont ni dans l'intérêt des opérateurs économiques, ni dans celui des pouvoirs adjudicateurs.

D'une manière générale, la Chambre des Métiers estime important de faire le lien entre le présent projet de loi et le projet de loi „détachement“, de manière à pouvoir exclure de la participation aux marchés publics, en cas de récidive, les entreprises fautives.

**Sous-traitance: trouver l'équilibre entre les intérêts
des contractants principaux et des sous-traitants**

La Chambre des Métiers relève qu'elle s'oppose à une disposition du projet qui permettrait qu'un opérateur économique, le contractant principal, ait recours aux capacités d'un ou de plusieurs sous-traitants en vue de satisfaire aux critères ayant trait à la capacité économique et financière.

Ainsi, si un opérateur économique n'arrive pas à remplir à lui seul lesdits critères, il devra, selon elle, recourir à un ou plusieurs autres opérateurs économiques pour constituer un groupement, notamment sous la forme d'une association momentanée. Il est à noter que le CRTIB a élaboré un contrat type pour ce genre d'association. Celle-ci garantit également l'accès des PME à des marchés d'une envergure plus importante.

La faculté conférée aux pouvoirs adjudicateurs d'exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même ou, si l'offre est soumise par un groupement d'opérateurs économiques, par un participant dudit groupement ne trouve pas l'assentiment de la Chambre des Métiers.

Le fait de prévoir que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même ou, si l'offre est soumise par un groupement d'opérateurs économiques, par un participant dudit groupement génère des rigidités dans le sens que cette disposition limite, voire interdit, le recours à un sous-traitant. Or, si un opérateur économique participe parallèlement à plusieurs soumissions qu'il remporte, il se peut que les marchés lui attribués excèdent temporairement ses capacités, de sorte qu'il devrait pouvoir recourir à un sous-traitant pour exécuter un des marchés remportés, solution qui est néanmoins rendue difficile par la disposition en question.

Dans le cas d'une soumission par entreprise générale, la réalisation d'ouvrages inclut des travaux relevant de différents corps de métiers justifiant selon la Chambre des Métiers l'obligation pour l'entreprise de joindre à son offre une liste de sous-traitants auxquels elle prendra recours et avec lesquels elle a conclu un pré-contrat de sous-traitance.

En ce qui concerne la soumission de travaux par corps de métiers séparés qui seraient divisés en lots, il est clair que ces lots font intervenir un corps de métiers particulier.

La Chambre des Métiers est d'avis que dans le cas de figure où l'entreprise exerce la même activité que son sous-traitant potentiel, elle n'a pas besoin de communiquer ce dernier lors de la remise de son offre.

Concernant les certificats en relation avec les sous-traitants, la Chambre des Métiers exige que seul l'opérateur économique susceptible de remporter le marché doive les fournir, et ce pour réduire la charge administrative des autres opérateurs ayant remis une offre.

Critères d'attribution: appliquer le concept de l'offre économiquement la plus avantageuse tout en évitant des critères subjectifs et complexes

Tout d'abord, la Chambre des Métiers constate que le projet s'abstient de faire du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse la règle dans l'attribution de marchés publics.

A relever que le Ministre compétent a confié au CRTIB la mission d'établir, dans le domaine de la construction (marchés de travaux) un catalogue de critères économiques, qualitatifs, environnementaux et sociaux qui pourront être considérés dans l'attribution d'un marché.

Par ailleurs, il a pris l'initiative pour réaliser, en ce qui concerne certains marchés de services et de fournitures, un outil similaire.

Selon la Chambre des Métiers, il faudra créer un cadre de référence simple et fiable sur lequel les pouvoirs adjudicateurs puissent se baser. Une telle approche aurait le mérite que le Luxembourg disposerait de règles uniformes en la matière, acceptées tant par les pouvoirs adjudicateurs que les opérateurs économiques.

Si la Chambre des Métiers accueille favorablement la mise en oeuvre du concept de l'offre économiquement la plus avantageuse, les risque d'une telle application ne sont pas à négliger.

Ainsi, le recours à des critères qualitatifs suscite des questions liées au contrôle de l'application correcte de formules et au caractère subjectif de certains critères intervenant dans l'évaluation des offres. En effet, la subjectivité entourant des critères extra-financiers peut dans certains cas offrir une certaine marge d'interprétation qui pourrait être utilisée par les personnes en charge de l'évaluation des offres pour influencer le résultat de la soumission.

La Chambre des Métiers ne peut qu'insister sur l'importance du principe selon lequel les documents de marché doivent d'office prévoir les règles d'attribution de façon claire et détaillée.

Réduction des délais minimaux: un changement qui s'apparente à une mesure „anti-PME“

La Chambre des Métiers s'oppose au raccourcissement des délais et exige le status quo pour les délais minimaux applicables aux soumissions relevant du Livre I.

En effet, le raccourcissement des délais entrave surtout l'accès des petites entreprises artisanales aux marchés du Livre I. La conséquence de l'application de tels délais serait que des entités de taille réduite s'abstiendraient de participer aux soumissions visées, ce qui réduirait la concurrence – fait qui pourrait jouer en défaveur du pouvoir adjudicateur – ou remettraient une offre d'une qualité moindre que si elles avaient disposées d'un délai de remise plus long.

L'expérience des opérateurs économiques montre que des délais courts donnent souvent lieu à la remise d'un nombre très réduit d'offres et dont les prix divergent pour le surplus significativement les uns des autres, amenant souvent le pouvoir adjudicateur à devoir annuler la soumission.

Marchés réservés: éviter des distorsions de concurrence entre opérateurs „sociaux“ et entreprises traditionnelles

La Chambre des Métiers ne peut que mettre en garde contre la réservation de marchés de travaux aux „entreprises“ sociales en ce que ceci risque de créer des distorsions de concurrence entre des „opérateurs économiques“ sociaux et les entreprises traditionnelles.

Dans ce contexte, elle est persuadée que l'introduction de la „société d'impact sociétal“, en abrégé SIS, est de nature à amplifier ce risque, ceci pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, on constate une absence de délimitation précise du champ d'activité des SIS.

Puis, ces entreprises bénéficient d'un large subventionnement de leur main-d'œuvre, certaines mesures permettant la prise en charge par le fonds de l'emploi jusqu'à 100% des salaires des personnes à insérer et du personnel encadrant.

Finalemment, les SIS bénéficient, à condition qu'elles ne distribuent pas de bénéfices, de l'exemption fiscale de l'impôt sur le revenu, de l'impôt commercial communal et de l'impôt sur la fortune.

*

Par ses lettres du 22 avril 2016, du 29 août 2016 et du 19 septembre 2016, Monsieur le Ministre du Développement durable et des Infrastructures a bien voulu demander l'avis de la Chambre des Métiers au sujet du projet de loi repris sous rubrique et des amendements gouvernementaux proposés.

*

1. CONSIDERATIONS GENERALES

La Chambre des Métiers a analysé le présent projet de loi sous l'angle de vue des entreprises artisanales participant à des marchés publics, qualifiées ci-après d'opérateurs économiques.

Eu égard au fait que de nombreuses dispositions 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 doivent être transposées en droit national sans qu'elles ne confèrent une quelconque latitude, elle s'est avant tout penchée sur les facultés réservées par la directive aux Etats membres, où le Luxembourg jouit par conséquent encore d'une certaine marge de manoeuvre.

D'une manière générale, les principes suivants devront, d'après la Chambre des Métiers, guider la réforme de la législation des marchés publics:

- garantir l'accès des PME aux marchés publics, notamment à travers les mesures suivantes:
 - adjudication par corps de métiers séparés et division des marchés en lots
 - approche pragmatique au niveau des exigences de labels et de certificats (assurance-qualité et gestion environnementale) et des critères retenus dans le cadre de l'offre économiquement la plus avantageuse
- mettre en oeuvre un „level playing field“ pour les entreprises résidentes et non-résidentes qui se décline en plusieurs axes:
 - respect du droit environnemental, social et du travail
 - mêmes exigences en matière de contrôle des motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection et d'attribution (en cas d'application du concept de l'offre économiquement la plus avantageuse)
 - mêmes exigences en matière de certificats et autres pièces à produire
- appliquer de façon prudente et ciblée la procédure négociée qui comporte des risques économiques non négligeables
- trouver le juste équilibre entre les intérêts des contractants principaux et des sous-traitants
- établir en vue de l'application du concept de l'offre économiquement la plus avantageuse, un catalogue de critères économiques, qualitatifs, environnementaux et sociaux simples et cohérents.

Par rapport à la législation en vigueur, le projet sous avis apporte à l'Artisanat certains avantages, tout comme il renferme divers risques.

1.1. Procédure concurrentielle avec négociation: à appliquer de façon prudente et restrictive

La Chambre des Métiers est d'avis que la procédure concurrentielle avec négociation est particulièrement bien adaptée aux marchés complexes, par opposition aux marchés standards.

Ainsi, elle requiert de la part des pouvoirs adjudicateurs des délais de préparation plus longs et le fait de devoir négocier les offres des opérateurs économiques, le cas échéant en plusieurs phases, allongera les délais entre la préparation de la soumission et le début de l'exécution des travaux.

Contrairement au présent projet, la Chambre des Métiers préconise partant l'application de la procédure concurrentielle avec négociation aux seuls marchés du Livre II tout en mettant en garde les responsables politiques contre une application plus systématique de la nouvelle procédure négociée au regard des multiples risques que comporte cette démarche.

Ainsi, à travers une possible surenchère en matière de réduction de prix, la négociation conduirait au laminage des marges bénéficiaires, plaçant les PME artisanales participant à ces marchés dans une situation financière précaire au point d'accroître le risque de faillites dans le secteur.

Par ailleurs, le laminage des marges encourage la sous-traitance, qui elle risque de favoriser à son tour le dumping social.

Autre revers de la médaille: la procédure négociée qui aurait pour objectif de comprimer le prix au strict minimum comporterait également des risques importants du côté des pouvoirs adjudicateurs, du fait que la qualité des travaux ou des services prestés en souffrirait indéniablement. Si au départ un tel investissement peut sembler moins coûteux, il faudrait cependant également tenir compte des frais d'entretien et de réparation plus élevés qu'implique une piètre exécution des travaux.

En outre une procédure négociée existe d'ores et déjà pour les marchés du Livre I, de sorte que le recours à une deuxième procédure négociée est superflu.

La Chambre des Métiers exige partant la suppression de la procédure concurrentielle avec négociation du Livre I.

En ce qui concerne l'application de la procédure concurrentielle avec négociation pour les marchés du Livre II, la Chambre des Métiers insiste à ce que le processus de négociation et d'attribution du marché respecte scrupuleusement les principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires.

Par ailleurs, la Chambre des Métiers donne à considérer que la nouvelle procédure risque de s'apparenter à une mise aux enchères dans le cas où le prix serait le seul et unique critère d'attribution.

Par contre, elle est d'avis que le recours à la procédure concurrentielle avec négociation devrait permettre d'améliorer d'un point de vue qualitatif les offres lors de l'application du concept de l'offre économiquement la plus avantageuse, celui-ci faisant intervenir à côté du prix d'autres critères comme la qualité des matériaux utilisés, les délais pour la mise en oeuvre des travaux, le savoir-faire et l'expérience de l'entreprise etc.

1.2. Clause sociale horizontale: une chance pour lutter contre le dumping social et environnemental

La Chambre des Métiers considère le fait pour un opérateur économique de ne pas se conformer aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail comme étant d'une gravité à rendre impossible l'attribution d'un marché à celui-ci.

En effet, le non-respect de ces règles permet à certains opérateurs de se procurer des avantages économiques et génère des distorsions de concurrence risquant d'écarter des marchés publics concernés des entreprises observant scrupuleusement lesdites obligations. Il s'agit d'assurer l'égalité des conditions de concurrence.

L'un des objectifs de la directive consiste notamment à endiguer les abus qui conduisent à des pratiques de dumping social et environnemental, faussant le bon fonctionnement du marché intérieur. Une attention particulière a aussi été accordée à la question du respect des droits des travailleurs opérant dans le cadre des marchés publics et au respect des obligations en matière d'environnement.

Afin de combattre plus efficacement les fléaux du dumping social et de la concurrence déloyale, la Chambre des Métiers insiste à ce que les pouvoirs adjudicateurs soient obligés, dans le cadre des marchés soumis au Livre I, de ne pas attribuer un marché au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse lorsqu'ils ont établi que cette offre ne respecte pas les obligations applicables dans les domaines de la législation environnementale, sociale et du droit du travail. Par conséquent, il s'agit de transformer pour les marchés visés la faculté réservée aux pouvoirs adjudicateurs en obligation.

Selon la Chambre des Métiers, la directive est à interpréter en ce sens que les autorités luxembourgeoises doivent se donner les moyens juridiques et en ressources humaines pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux exigences légales

environnementales et sociales ainsi qu'au droit du travail. Ceci inclut, d'un côté, un arsenal légal et réglementaire efficace et dissuasif permettant de réprimander les acteurs qui enfreignent les obligations susmentionnées, et d'autre côté, des instances de contrôle outillées pour pouvoir assurer le respect des règles visées.

Dans ce contexte, la Chambre des Métiers invite les responsables politiques à prévoir lors de l'application du concept de l'offre économiquement la plus avantageuse des critères qui permettent d'assurer le respect des obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail.

Par ailleurs, elle se permet de réitérer l'idée de la création de cellules spécifiques ayant pour mission de contrôler les certificats remis, la conformité des offres par rapport aux critères extra-financiers et d'analyser des offres aux prix anormalement bas.

1.3. Division en lots: favoriser l'accès des PME aux marchés publics

La Chambre des Métiers plaide en faveur d'une division obligatoire des marchés en lots, aussi bien pour les marchés du Livre I que pour ceux du Livre II, et ce afin de favoriser l'accès des PME aux marchés publics; cet accès constituant par ailleurs un des objectifs prioritaires de la directive à transposer en droit national. Ainsi, dans la directive est-il fait explicitement référence au „Code européen des bonnes pratiques facilitant l'accès des PME aux marchés publics“.

A titre subsidiaire, si les responsables politiques jugeaient, pour quelle raison que ce soit, inopportun d'introduire l'obligation de la division des marchés en lots, la Chambre des Métiers insiste à ce que les pouvoirs adjudicateurs soient obligés, tant pour les marchés du Livre I que pour ceux du Livre II, d'indiquer les principaux motifs justifiant la décision qu'ils ont prise de ne pas subdiviser le marché en lots.

Dans ce contexte, la Chambre des Métiers rappelle les pourparlers entre la Fédération des Artisans et le prédécesseur du Ministre du Développement durable et des Infrastructures ayant abouti à la volonté commune de diviser notamment les marchés du parachèvement en trois lots: métal, bois, pierres et minéraux.

1.4. Motifs d'exclusion de la participation aux marchés publics: éviter la complexité et la subjectivité dans l'appréciation des motifs

A l'instar de la directive, le projet sous avis prévoit des motifs d'exclusion obligatoires et non obligatoires. De même, il fait usage de la faculté d'insérer des dérogations vis-à-vis des premiers.

Pour les raisons relatées ci-dessous, et outre le fait qu'elles donnent lieu à une complexification des règles applicables, la Chambre des Métiers s'oppose aux dérogations prévues par rapport aux motifs d'exclusion obligatoire et en exige la suppression.

D'une part, la plupart des motifs d'exclusion obligatoire revêtent un caractère grave qui rend difficilement concevable comment des „*raisons impératives relevant de l'intérêt public*“ puissent justifier une dérogation.

D'autre part, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à l'exclusion obligatoire ayant trait au manquement de l'opérateur économique à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale, lorsqu'une exclusion serait manifestement disproportionnée, en particulier lorsque seuls des montants minimes d'impôts, de taxes ou de cotisations de sécurité sociale sont impayés ou lorsque l'opérateur économique a été informé être redevable d'un certain montant à un moment où il n'avait plus la possibilité de prendre les mesures prévues par le projet avant l'expiration du délai de présentation de la demande de participation ou, dans le cadre de procédures ouvertes, du délai de présentation de l'offre.

La Chambre des Métiers n'approuve pas cette dérogation qui laisse la porte ouverte à la subjectivité, alors qu'il semble malaisé de définir le caractère „disproportionné“ d'une exclusion et de cerner le niveau „minime“ de montants d'impôts, de taxes ou de cotisations de sécurité sociale. Ainsi, la question qui se pose serait de savoir si le caractère minime d'un montant s'apprécie par rapport au chiffre d'affaires d'une entreprise, au nombre de ses salariés ou un autre critère, alors que cette appréciation devrait notamment tenir compte de la taille de l'entreprise concernée et avant tout du montant total d'impôts, taxes et cotisations à payer pendant une période déterminée.

Ces dérogations confèrent au pouvoir adjudicateur un pouvoir discrétionnaire très important dans l'appréciation si une offre est admise ou au contraire écartée, pouvoir qui, selon la Chambre des Métiers, est contraire aux principes d'une bonne gouvernance. Outre le manque de transparence qu'implique une telle façon de procéder, les dérogations conduiront à une multiplication des litiges qui auraient pu être évités en l'absence de pareille disposition. Soit l'opérateur économique s'est acquitté des impôts, taxes et cotisations, soit il ne s'en est pas acquitté.

En fin de compte, les dérogations à l'exclusion obligatoire ne sont ni dans l'intérêt des opérateurs économiques, ni dans celui des pouvoirs adjudicateurs.

La Chambre des Métiers peut accepter le principe selon lequel les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché s'il se trouve dans un des cas visés par les motifs d'exclusion non obligatoires.

En effet, la diversité importante des motifs d'exclusion non obligatoires énoncés par la directive fait qu'il est difficile d'appliquer en pratique une procédure qui exclurait d'office un opérateur économique qui tomberait sous un de ces motifs.

Pour les mêmes raisons, elle est en mesure d'approuver la disposition d'après laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que l'opérateur économique remplace un sous-traitant à l'encontre duquel il existe des motifs d'exclusion non obligatoires.

D'une manière générale, la Chambre des Métiers estime important de faire le lien entre le présent projet de loi et le projet de loi „détachement“, de manière à pouvoir exclure les entreprises fautives de la participation aux marchés publics en cas de récidive.

1.5. Sous-traitance: trouver l'équilibre entre les intérêts des contractants principaux et des sous-traitants

Une disposition du projet sous avis prévoit qu'un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, avoir recours aux capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces entités, en ce qui concerne les critères relatifs à la capacité économique et financière et les critères relatifs aux capacités techniques et professionnelles.

Si cette disposition devrait également viser le cas où un opérateur économique, le contractant principal, a recours aux capacités d'un ou de plusieurs sous-traitants en vue de satisfaire aux critères ayant trait à la capacité économique et financière, la Chambre des Métiers voudrait soulever qu'elle s'y oppose.

Ainsi, si un opérateur économique n'arrive pas à remplir à lui seul lesdits critères, il devra recourir à un ou plusieurs autres opérateurs économiques pour constituer un groupement d'opérateurs économiques sous la forme d'une association momentanée. Il est à noter que le CRTIB a élaboré un contrat type pour ce genre d'association qui règle notamment la survenance de la défaillance d'un associé, la question de la responsabilité solidaire étant également évoquée dans ce contexte. Celle-ci garantit également l'accès des PME à des marchés d'une envergure plus importante.

La possibilité conférée aux pouvoirs adjudicateurs d'exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même ou, si l'offre est soumise par un groupement d'opérateurs économiques, par un participant dudit groupement, ne trouve pas l'assentiment de la Chambre des Métiers. Il faut signaler au passage qu'en cas de recours à une association momentanée, les rapports entre les entreprises qui ont décidé d'un commun accord de participer à un marché spécifique, sont fixés contractuellement.

Le fait de prévoir que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même ou, si l'offre est soumise par un groupement d'opérateurs économiques, par un participant dudit groupement génère des rigidités pour les opérateurs économiques en ce que cette disposition limite voire interdit le recours à un sous-traitant. Or, si un opérateur économique participe parallèlement à plusieurs soumissions qu'il remporte, il se peut que les marchés lui attribués excèdent temporairement ses capacités, de sorte qu'il devrait pouvoir recourir à un sous-traitant pour exécuter un des marchés remportés, solution qui est néanmoins rendue difficile par la disposition en question.

La Chambre des Métiers donne à considérer que l'obligation pour l'entreprise de joindre à son offre une liste de sous-traitants auxquels elle prendra recours pour la réalisation de l'ouvrage et avec lesquels elle a conclu un précontrat de sous-traitance ne vaut actuellement que dans le cas d'une adjudication sous la forme d'entreprise générale.

Dans le cas d'une soumission par entreprise générale, la réalisation d'ouvrages inclut des travaux relevant de différents corps de métiers justifiant selon la Chambre des Métiers le fait d'indiquer dans l'offre la part du marché sous-traitée.

En ce qui concerne la soumission de travaux par corps de métiers séparés qui seraient divisés en lots, il est clair que ces lots font intervenir un corps de métiers particulier.

La Chambre des Métiers est d'avis que dans le cas de figure où l'entreprise exerce la même activité que son sous-traitant potentiel, elle n'a pas besoin de communiquer l'identité de ce dernier lors de la remise de son offre.

Concernant les certificats en relation avec les sous-traitants, la Chambre des Métiers exige que seul l'opérateur économique susceptible de remporter le marché doive les fournir, et ce pour réduire la charge administrative des autres opérateurs ayant remis une offre.

1.6. Critères d'attribution: appliquer le concept de l'offre économiquement la plus avantageuse tout en évitant des critères subjectifs et complexes

Tout d'abord, la Chambre des Métiers constate que le projet s'abstient de faire du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse la règle dans l'attribution de marchés publics.

A relever que le Ministre compétent a confié au CRTIB la mission d'établir, dans le domaine de la construction (marchés de travaux) un catalogue de critères économiques, qualitatifs, environnementaux et sociaux qui pourront être prises en considération pour l'attribution d'un marché.

Selon la Chambre des Métiers, il faudra créer un cadre de référence simple et fiable sur lequel les pouvoirs adjudicateurs puissent se baser. Une telle approche aurait le mérite que le Luxembourg disposerait de règles uniformes en la matière, acceptées tant par les pouvoirs adjudicateurs que les opérateurs économiques.

Par ailleurs, le Ministère du Développement durable et des Infrastructures a pris l'initiative pour réaliser, en ce qui concerne certains marchés de services et de fournitures, un outil à disposition des pouvoirs adjudicateurs qui entendent lancer des soumissions d'après le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Si la Chambre des Métiers accueille favorablement la mise en oeuvre du concept de l'offre économiquement la plus avantageuse, son application n'est pas sans poser des risques.

Ainsi, le recours à des critères qualitatifs suscite des questions liées au contrôle de l'application correcte de formules et au caractère subjectif de certains critères intervenant dans l'évaluation des offres. En effet, la subjectivité entourant des critères extra-financiers peut dans certains cas offrir une certaine marge d'interprétation qui pourrait être utilisée par les personnes en charge de l'évaluation des offres pour influencer le résultat de la soumission.

La Chambre des Métiers ne peut qu'insister sur l'importance du principe selon lequel les documents de marché doivent d'office prévoir les règles d'attribution de façon claire et détaillée.

1.7. Réduction des délais minimaux: un changement qui s'apparente à une mesure „anti-PME“

La Chambre des Métiers s'oppose au raccourcissement des délais et exige le statu quo pour les délais minimaux applicables aux soumissions relevant du Livre I.

En effet, le raccourcissement des délais entrave surtout l'accès des petites entreprises artisanales aux marchés du Livre I. La conséquence de l'application de tels délais serait que des entités de taille réduite s'abstiendraient de participer aux soumissions visées, ce qui réduirait la concurrence – fait qui pourrait jouer en défaveur du pouvoir adjudicateur – ou remettraient une offre d'une qualité moindre que si elles avaient disposées d'un délai de remise plus long.

L'expérience des opérateurs économiques montre en plus que dans la mesure où les délais sont brefs, la différence de prix entre les différentes offres remises par les opérateurs économiques augmente. Du fait qu'ils disposent de délais très courts pendant lesquels il est difficile, voire impossible, de procéder à des calculs précis, les prix repris dans l'offre incluent une certaine marge de sécurité pour éviter de devoir exécuter des travaux à perte. Par ailleurs, cette pratique donne souvent lieu à la remise d'un

nombre très réduit d'offres et dont les prix divergent pour le surplus significativement les uns des autres, amenant souvent le pouvoir adjudicateur à devoir annuler la soumission.

1.8. Marchés réservés: éviter des distorsions de concurrence entre opérateurs sociaux et entreprises traditionnelles

La Chambre des Métiers ne peut que mettre en garde contre la réservation de marchés de travaux aux „entreprises“ sociales en ce que ceci risque de créer des distorsions de concurrence entre des „opérateurs économiques“ sociaux et les entreprises traditionnelles.

Dans ce contexte, elle est persuadée que l'introduction de la „société d'impact sociétal“, en abrégé SIS, est de nature à amplifier ce risque, ceci pour plusieurs raisons.

Premièrement, on constate une absence de délimitation précise du champ d'activité des SIS. Ainsi, les entreprises jouissant de l'agrément en cause sont libres et sont même encouragées à poursuivre toute activité économique qui leur semble opportune, dès lors que la finalité de leur action est de type social ou sociétal et qu'au moins la moitié des bénéficiaires sont réinvestis.

Deuxièmement, ces entreprises bénéficient d'un large subventionnement de leur main-d'oeuvre. Les entreprises sociales ont largement recours aux mesures visant à promouvoir l'insertion professionnelle de personnes au chômage par la prise en charge par le fonds de l'emploi jusqu'à 100% des salaires des personnes à insérer et du personnel encadrant.

Troisièmement, les SIS bénéficient, à condition qu'elles ne distribuent pas de bénéficiaires, de l'exemption fiscale de l'impôt sur le revenu, de l'impôt commercial communal et de l'impôt sur la fortune. Il est par conséquent manifeste que cette exemption fiscale crée une distorsion de la concurrence par rapport aux entreprises traditionnelles dans le cas de figure où les entreprises pouvant se prévaloir de cette exemption exercent des activités sur les mêmes marchés.

*

2. COMMENTAIRES DES ARTICLES

LIVRE I^{er} –

Dispositions générales

Ad articles 1^{er} à 11

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de la Chambre des Métiers.

Ad article 12. Principes de la passation de marchés

Le paragraphe 2, 1^{er} alinéa prévoit que „*les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce que, lors de la passation des marchés publics, il soit tenu compte des aspects et des problèmes liés à l'environnement et à la promotion du développement durable.*“

La Chambre des Métiers se demande si la référence aux aspects et aux problèmes liés à l'environnement n'est pas superfétatoire, alors que ce volet est implicitement couvert par le concept de la promotion du développement durable.

Quant au paragraphe 2, 2^e alinéa, il prévoit ce qui suit:

„Les pouvoirs adjudicateurs prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union européenne, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe IV.“

La Chambre des Métiers ne peut qu'approuver que le projet, en se basant sur l'article 18 de la directive, fasse explicitement référence aux prédites obligations auxquelles les opérateurs économiques doivent se conformer dans l'exécution des marchés publics.

Elle considère le fait pour un opérateur économique de ne pas respecter ces règles comme étant d'une gravité à rendre impossible l'attribution d'un marché à celui-ci.

En effet, le non-respect de ces obligations permet à certains opérateurs de se procurer des avantages économiques et génère des distorsions de concurrence risquant d'écarter des marchés publics concernés des entreprises respectueuses des prédites obligations. Il s'agit d'assurer un „level playing field“.

L'un des objectifs de la directive consiste notamment à endiguer les abus qui conduisent à des pratiques de dumping social et environnemental, faussant le bon fonctionnement du marché intérieur. Une attention particulière a aussi été accordée à la question du respect des droits des travailleurs opérant dans le cadre des marchés publics et au respect des obligations en matière d'environnement.

C'est ainsi que la directive prévoit une disposition particulière qui établit le respect des obligations précitées, disposition qualifiée de clause sociale horizontale. Ce nouvel outil constitue l'une des innovations majeures de la directive.

Afin de combattre plus efficacement les fléaux du dumping social et de la concurrence déloyale, la Chambre des Métiers insiste à ce que les pouvoirs adjudicateurs soient obligés, dans le cadre des marchés soumis au Livre I, de ne pas attribuer un marché au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse lorsqu'ils ont établi que cette offre ne respecte pas les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social ou du travail. Par conséquent, il s'agit de transformer pour les marchés visés la faculté réservée aux pouvoirs adjudicateurs en obligation.

Dans cet esprit, il conviendrait d'ajouter au paragraphe 1^{er} de l'article 28 du présent projet un alinéa qui prendrait la teneur suivante:

„Pour les marchés relevant du Livre I, les pouvoirs adjudicateurs n'attribuent pas un marché au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse lorsqu'ils ont établi que cette offre ne respecte pas les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social ou du travail“ (clause sociale horizontale).

Or, si l'insertion de cette clause parmi les principes applicables à la passation des marchés publics est donc louable, encore faudra-t-il que le Gouvernement se donne les moyens légaux et réglementaires, de même que les ressources humaines nécessaires pour traduire en actes ce principe.

Concernant le paragraphe 3 selon lequel *„les pouvoirs adjudicateurs informent dans les meilleurs délais les opérateurs économiques des décisions prises concernant leurs offres remises dans le cadre d'une procédure de marchés publics“*, la Chambre des Métiers exige que les pouvoirs adjudicateurs ne soient pas seulement contraints d'informer les soumissionnaires que leur offre n'a pas été retenue et des motifs de cette décision, mais de communiquer également l'identité de l'opérateur économique susceptible de remporter le marché, de même que respectivement le prix global de son offre et le nombre de points atteint dans le cas de l'application du concept de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Par ailleurs, la Chambre des Métiers estime utile de fixer des délais précis, alors que l'article 98, paragraphe 2 du projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi sur les marchés publics n'en prévoit pas.

Ad articles 13 et 14

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de la Chambre des Métiers.

Ad article 15. Marchés réservés

La Chambre des Métiers voudrait rendre attentif au fait que le projet de loi a omis de transposer un bout de phrase de l'article 20 de la directive:

„Les pouvoirs adjudicateurs peuvent réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées, ou prévoir l'exécution de ces marchés dans le contexte de programmes d'emplois protégés, à condition qu'au moins 30% du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés.“

La Chambre des Métiers ne peut que mettre en garde contre la réservation de marchés de travaux aux entreprises „sociales“ par crainte de distorsions de concurrence entre des opérateurs économiques „sociaux“ et les entreprises traditionnelles.

Dans ce contexte, elle se permet de renvoyer à l'avis du Conseil de la Concurrence relatif au projet de loi portant création des sociétés d'impact sociétal¹, en abrégé SIS:

– Absence de délimitation du champ d'activité:

„[...] les entreprises sociales du secteur de l'insertion professionnelle ont jusqu'à présent toujours affirmé développer leurs activités sur des marchés sur lesquels il n'existe pas soit d'offre concurrente soit de demande solvable. Or, les entreprises jouissant d'un agrément SIS seront bien évidemment libres et seront même encouragées à poursuivre, sans restreinte et en toute légalité, toute activité économique qui leur semble opportune, dès lors que la finalité de leur action est de type social ou sociétal et que les bénéfices ne sont pas distribués. [...]“

– Subventionnement:

„[...] les entreprises sociales ont largement recours à des dispositions législatives qui offrent aux employeurs des outils destinés à la lutte contre le chômage [...]. L'ensemble de ces mesures visent à promouvoir l'insertion professionnelle de personnes au chômage par la prise en charge par le fonds de l'emploi jusqu'à 100%, selon les cas et à certaines conditions, des salaires des personnes à insérer et du personnel encadrant.

Il est certes vrai que ces outils s'adressent à tous les employeurs et non seulement aux entreprises sociales, mais la pratique a montré que seules ces dernières y ont recours systématiquement et semblent équipées pour en tirer profit.“

– Exemption fiscale:

„Il est donc indéniable que l'exemption fiscale [...] crée une distorsion de la concurrence dès lors que les entreprises jouissant de cette exemption poursuivent des activités sur des marchés qui sont également disputés par des entreprises traditionnelles.“

Ad article 16

Cet article ne soulève pas d'observation de la part de la Chambre des Métiers.

Ad article 17. Désignation des procédures applicables dans le cadre du Livre I

La Chambre des Métiers constate que le Gouvernement prévoit à côté des procédures traditionnelles prévues par la loi de 2009 la possibilité du recours aux procédures relevant du Livre II, s'appliquant aux marchés „européens“.

Or, cette mesure conduit à la complexification des marchés nationaux les opérateurs économiques étant désormais confrontés à 7 procédures différentes au lieu de 5 dans le cadre légal actuel.

La législation actuelle prévoit à l'article 5 les procédures suivantes:

- la procédure ouverte,
- la procédure restreinte avec publication d'avis,
- la procédure restreinte sans publication d'avis,
- la procédure négociée,
- l'accord-cadre.

Par contre, le projet de loi prévoit:

- la procédure ouverte,
- la procédure restreinte avec publication d'avis,
- la procédure restreinte sans publication d'avis,
- la procédure négociée sans publication préalable,
- la procédure concurrentielle avec négociation,
- le dialogue compétitif,
- le partenariat d'innovation.

A travers la possibilité de recourir également à la procédure concurrentielle avec négociation dans le cadre du Livre I, qui constitue en principe une procédure applicable aux marchés d'envergure, les pouvoirs adjudicateurs pourraient désormais appliquer la procédure négociée à des marchés de travaux

¹ Loi du 12 décembre 2016 portant création des sociétés d'impact sociétal

se situant en dessous de 5.186.000 euros, alors qu'actuellement elle s'applique à des marchés d'une valeur inférieure ou égale au seuil de 14.000 euros hors TVA, valeur 100 de l'indice des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948, soit quelque 117.000 euros en prenant comme référence la valeur de l'indice au mois de décembre 2016.

La Chambre des Métiers est d'avis que la procédure concurrentielle avec négociation est particulièrement bien adaptée aux marchés complexes, par opposition aux marchés standards.

Ainsi, elle requiert de la part des pouvoirs adjudicateurs des délais de préparation plus longs et le fait de devoir négocier les offres des opérateurs économiques, le cas échéant en plusieurs phases, allongera les délais entre la préparation de la soumission et le début de l'exécution des travaux.

La Chambre des Métiers préconise partant l'application de la procédure concurrentielle avec négociation aux seuls marchés du Livre II tout en mettant en garde les responsables politiques contre une application plus systématique de la nouvelle procédure négociée au regard des multiples risques que comporte cette démarche.

Ainsi, à travers une possible surenchère en matière de réduction de prix, la négociation conduit au laminage des marges bénéficiaires rendant les entreprises de construction d'autant plus vulnérables que celles-ci se sont d'ores et déjà rétrécies au cours des dernières années. L'application systématique de la nouvelle procédure négociée placerait les PME participant à ces marchés dans une situation financière précaire, mettrait en péril des emplois et accroîtrait le risque de faillites dans le secteur.

Par ailleurs, le laminage des marges encourage la sous-traitance, qui elle risque de favoriser à son tour le dumping social.

Autre revers de la médaille; la procédure négociée comporte également des risques importants du côté des pouvoirs adjudicateurs. A force de comprimer le prix au strict minimum, la qualité des travaux ou des services prestés en souffrirait indéniablement. Si au départ un tel investissement peut sembler moins coûteux, il faudrait cependant également tenir compte des frais d'entretien et de réparation plus élevés qu'implique une piètre exécution des travaux.

En outre une procédure négociée existe d'ores et déjà pour les marchés du Livre I, de sorte que le recours à une deuxième procédure négociée est superflu.

La Chambre des Métiers exige partant la suppression de la procédure concurrentielle avec négociation du Livre I.

En ce qui concerne l'application de la procédure concurrentielle avec négociation pour les marchés du Livre II, la Chambre des Métiers insiste à ce que le processus de négociation et d'attribution du marché respecte scrupuleusement les principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires, tel par exemple l'information par écrit de tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été écartées, de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents de marché, autres que ceux qui définissent les exigences minimales. Les exigences minimales et les critères d'attribution ne font pas l'objet de négociations.

La Chambre des Métiers donne par ailleurs à considérer que la nouvelle procédure risque de s'apparenter à une mise aux enchères dans le cas où le prix serait le seul et unique critère d'attribution.

Au contraire, un recours prudent et ciblé à celle-ci devrait permettre d'améliorer d'un point de vue qualitatif les offres dans le contexte de l'application du concept de l'offre économiquement la plus avantageuse, celui-ci faisant intervenir à côté du prix d'autres critères comme la qualité des matériaux utilisés, les délais pour la mise en oeuvre des travaux, le savoir-faire et l'expérience de l'entreprise etc.

Finalement la Chambre des Métiers voudrait rendre attentive à une erreur matérielle qui s'est glissée au niveau du paragraphe 3, la valeur des seuils concernés étant prévu par l'article 98 du projet, et non pas par l'article 97.

Ad article 18. Principe du recours à la procédure ouverte

Tout d'abord, la Chambre des Métiers se réjouit de ce que la procédure ouverte constitue la règle générale, reflétant ainsi la philosophie de la législation actuelle.

Cependant, eu égard au fait que l'article 17 du projet prévoit également le recours dans le cadre des marchés „nationaux“ aux procédures relevant du Livre II, le nombre d'exceptions à la règle du recours à la procédure ouverte augmentera logiquement.

Ad article 19

Cet article ne soulève pas d'observation de la part de la Chambre des Métiers.

Ad article 20. Conditions de recours à la procédure restreinte sans publication d'avis et à la procédure négociée

La Chambre des Métiers constate que le projet prévoit désormais dans tous les cas où la procédure restreinte sans publication d'avis est appliquée un nombre minimum de 3 candidats, tel qu'il ressort du paragraphe 1^{er}, 1^{er} alinéa et du paragraphe 3. En effet, le paragraphe 1^{er} de l'article 8 de la loi de 2009 ne prévoit pas une telle condition.

Par ailleurs, elle se demande s'il ne fallait pas adapter le seuil de 14.000 euros prévu au paragraphe 3.

Ad article 21. Obligation de motivation

La Chambre des Métiers approuve le fait que les procédures constituant une exception à l'obligation de publicité, à savoir la procédure restreinte sans publication d'avis, la procédure concurrentielle avec négociation et la procédure négociée sans publication préalable, soient soumises à une obligation de motivation, hormis le cas prévu à l'article 20, paragraphe 1^{er}, lettre a).

Ad articles 22 à 27

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de la Chambre des Métiers.

Ad article 28. Principes généraux

Le paragraphe 1^{er}, 2^e alinéa prévoit que:

„Les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de ne pas attribuer un marché au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse lorsqu'ils ont établi que cette offre ne respecte pas les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail (...)“.

La Chambre des Métiers considère le fait pour un opérateur économique de ne pas respecter les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail comme étant d'une gravité à rendre impossible l'attribution d'un marché à celui-ci.

En effet, le non-respect de ces obligations permet à certains opérateurs de se procurer des avantages économiques et génère des distorsions de concurrence risquant d'écarter des marchés publics concernés des entreprises respectueuses des prédites règles. Il s'agit d'assurer l'égalité des conditions de concurrence.

L'un des objectifs de la directive consiste notamment à endiguer les abus qui conduisent à des pratiques de dumping social et environnemental, faussant le bon fonctionnement du marché intérieur. Une attention particulière a aussi été accordée à la question du respect des droits des travailleurs opérant dans le cadre des marchés publics et au respect des obligations en matière d'environnement.

Afin de combattre plus efficacement les fléaux du dumping social et de la concurrence déloyale, la Chambre des Métiers insiste à ce que les pouvoirs adjudicateurs soient obligés, dans le cadre des marchés soumis au Livre I, de ne pas attribuer un marché au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse lorsqu'ils ont établi que cette offre ne respecte pas les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social ou du travail. Par conséquent, il s'agit de transformer pour les marchés visés la faculté réservée aux pouvoirs adjudicateurs en obligation.

Dans cet esprit, il conviendrait d'ajouter au paragraphe 1^{er} de l'article 28 du présent projet un alinéa qui prendrait la teneur suivante:

„Pour les marchés relevant du Livre I, les pouvoirs adjudicateurs n'attribuent pas un marché au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse lorsqu'ils ont établi que cette offre ne respecte pas les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail“ (clause sociale horizontale).

Or, si l'insertion de cette clause parmi les principes applicables à la passation des marchés publics est donc louable, encore faudra-t-il que le Gouvernement se donne les moyens légaux et réglementaires, de même que les ressources humaines nécessaires pour traduire en actes ce principe.

Le paragraphe 4 énonce qu'„il ne peut être exigé des candidats ou soumissionnaires que des niveaux minimaux de capacité liés ou proportionnés à l'objet du marché“. La Chambre des Métiers constate que selon le projet lesdits niveaux minimaux de capacités doivent être liés à l'objet du marché ou alors ils doivent être proportionnés à celui-ci, alors que l'article 85, paragraphe 2 du règlement grand-ducal de 2009 a prévu une condition cumulative:

„Il ne peut être exigé des candidats ou soumissionnaires que des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché (...)“.

S'agissant sans doute d'une erreur matérielle qui s'est glissée dans le libellé du présent article, la Chambre des Métiers en demande le redressement.

Ad article 29. Motifs d'exclusion de la participation à une procédure de passation de marché

Le premier paragraphe renferme les motifs d'exclusion ayant trait à différents types de condamnation prononcées par un jugement définitif. La Chambre des Métiers constate que le libellé reprend celui du paragraphe 1^{er} de l'article 57 de la directive.

A travers le paragraphe 2, un opérateur économique est exclu de la participation à une procédure de passation de marché, si le pouvoir adjudicateur a connaissance d'un manquement par l'opérateur économique à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale.

La Chambre des Métiers accueille favorablement l'obligation pour le pouvoir adjudicateur d'exclure un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché si le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié, que l'opérateur économique a manqué aux obligations précitées. Ce faisant les auteurs appliquent la faculté réservée par l'article 57, paragraphe 2 de la directive aux Etats membres.

Par contre au niveau du paragraphe 3, le projet prévoit des dérogations aux principes d'exclusion obligatoire, dérogations qui dans la directive revêtent seulement un caractère facultatif.

Par rapport à la situation légale et réglementaire actuelle, le projet donne lieu à une complexification des dispositions en matière de motifs d'exclusion en prévoyant des motifs d'exclusion obligatoire et parallèlement de nombreuses dérogations.

Pour les raisons relatées ci-dessous, la Chambre des Métiers s'oppose aux dérogations prévues par rapport aux motifs d'exclusion obligatoire et en exige la suppression.

D'une part, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à l'exclusion obligatoire visée aux paragraphes (1) et (2), à titre exceptionnel, pour des raisons impératives relevant de l'intérêt public telles que des raisons liées à la santé publique ou à la protection de l'environnement. Pour la Chambre des Métiers la plupart des motifs d'exclusion obligatoire revêtent un caractère grave qui rend difficilement concevable comment des „raisons impératives relevant de l'intérêt public“ puissent justifier une dérogation.

D'autre part, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à l'exclusion obligatoire ayant trait au manquement de l'opérateur économique à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale, lorsqu'une exclusion serait manifestement disproportionnée, en particulier lorsque seuls des montants minimes d'impôts, de taxes ou de cotisations de sécurité sociale sont impayés ou lorsque l'opérateur économique a été informé être redevable à un moment où il n'avait pas la possibilité de prendre les mesures prévues au paragraphe 2, alinéa 3, avant l'expiration du délai de présentation de la demande de participation ou, dans le cadre de procédures ouvertes, du délai de présentation de l'offre.

La Chambre des Métiers n'approuve pas cette dérogation qui laisse la porte ouverte à la subjectivité, alors qu'il semble malaisé de définir le caractère „disproportionné“ d'une exclusion et de cerner le niveau „minime“ de montants d'impôts, de taxes ou de cotisations de sécurité sociale. Par exemple: le caractère minime d'un montant s'apprécie-t-il par rapport au chiffre d'affaires d'une entreprise, au nombre de ses salariés ou un autre critère, alors que cette appréciation devrait notamment tenir compte de la taille de l'entreprise concernée et avant tout du montant total d'impôts, taxes et cotisations à payer pendant une période déterminée?

Ces dérogations confèrent au pouvoir adjudicateur un pouvoir discrétionnaire très important dans l'appréciation si une offre est admise ou au contraire écartée, pouvoir qui, selon la Chambre des Métiers, est contraire aux principes d'une bonne gouvernance. Outre le manque de transparence qu'implique une telle façon de procéder, les dérogations conduiront à une multiplication des litiges qui auraient pu

être évités en l'absence de pareille disposition. Soit l'opérateur économique s'est acquitté des impôts, taxes et cotisations, soit il ne s'en est pas acquitté.

En fin de compte, les dérogations à l'exclusion obligatoire ne sont ni dans l'intérêt des opérateurs économiques, ni dans celui des pouvoirs adjudicateurs.

Conformément au paragraphe 4, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas y cités. Sur ce point, le projet laisse aux pouvoirs adjudicateurs la faculté d'exclure ou non un opérateur économique et par conséquent il ne fait pas usage de la faculté réservée par l'article 57, paragraphe 5, 2^e alinéa de la directive pour obliger les pouvoirs adjudicateurs à exclure un opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations prévues.

La Chambre des Métiers peut accepter le principe selon lequel les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché s'il se trouve dans un des cas visés par les motifs d'exclusion non obligatoires.

En effet, la diversité importante des motifs d'exclusion non obligatoires énoncés par la directive fait qu'il est difficile d'appliquer en pratique une procédure qui exclurait d'office un opérateur économique qui tomberait sous un de ces motifs.

D'après le paragraphe 5, les pouvoirs adjudicateurs excluent à tout moment de la procédure un opérateur économique lorsqu'il apparaît que celui-ci se trouve, compte tenu des actes qu'il a commis ou omis d'accomplir soit avant, soit durant la procédure, dans un des cas visés aux paragraphes 1^{er} et 2 (condamnation et manquement aux obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale).

Ce paragraphe est en contradiction flagrante avec les dérogations prévues par le paragraphe 3, permettant à un pouvoir adjudicateur de ne pas exclure un opérateur économique qui tombe sous un motif d'exclusion obligatoire.

Par conséquent, la Chambre des Métiers réitère sa demande de supprimer ces dérogations qui, au vu du libellé du paragraphe 5, ne font guère de sens.

D'une manière générale, elle estime important de faire le lien entre le présent projet de loi et le projet de loi „détachement“ en vue de pouvoir exclure les entreprises fautives de la participation aux marchés publics en cas de récidive.

Il s'agirait notamment d'analyser si l'article 29 point g) du projet de loi ayant trait aux motifs d'exclusion de la participation à une procédure de passation de marché s'y prête ou s'il devrait être amendé.

En vertu du paragraphe 8, les pouvoirs adjudicateurs vérifient, conformément à l'article 31 et, pour les marchés tombant sous le champ de l'application du Livre II conformément à l'article 71, s'il existe des motifs d'exclusion des sous-traitants en vertu des dispositions du présent article. Dans de tels cas, le pouvoir adjudicateur exige que l'opérateur économique remplace un sous-traitant à l'encontre duquel ladite vérification a montré qu'il existe des motifs d'exclusion obligatoires. Le pouvoir adjudicateur peut exiger que l'opérateur économique remplace un sous-traitant à l'encontre duquel ladite vérification a montré qu'il existe des motifs d'exclusion non obligatoires.

La Chambre des Métiers peut accepter le principe selon lequel les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que l'opérateur économique remplace un sous-traitant à l'encontre duquel il existe des motifs d'exclusion non obligatoires.

En effet, la diversité importante des motifs d'exclusion non obligatoires énoncés par la directive fait qu'il est difficile de pratiquer une procédure qui exclurait d'office un sous-traitant qui tomberait sous l'application d'un de ces motifs.

Ad article 30. Critères de sélection

Selon le paragraphe 1^{er}, 1^{er} alinéa:

- „Les critères de sélection peuvent avoir trait:*
- à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle;*
 - à la capacité économique et financière;*
 - aux capacités techniques et professionnelles.“*

La Chambre des Métiers donne à considérer que la liste limitative de critères de sélection prévue par l'article 58 de la directive ne devrait valoir que pour les marchés européens (Livre II). Afin de conférer aux pouvoirs adjudicateurs une flexibilité plus large, il faudrait prévoir que pour les marchés nationaux (Livre I) elle n'aurait qu'un caractère exemplatif.

La Chambre des Métiers approuve l'introduction au paragraphe 3 d'un plafond concernant le chiffre d'affaires annuel minimal à réaliser par les opérateurs économiques en ce sens que ce dernier ne peut pas dépasser le double de la valeur estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés. Une telle limitation devrait éviter que la capacité économique et financière ne constitue un obstacle injustifié à la participation des PME aux marchés publics.

Selon le paragraphe 4, les pouvoirs adjudicateurs peuvent notamment exiger que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement.

La Chambre des Métiers donne à considérer que des dispositions particulières pour les entreprises nouvellement créées qui ne sont pas en mesure de prouver un certain niveau d'expérience par des références provenant de marchés exécutés antérieurement sont prévues par les clauses contractuelles du CRTIB.

Ad article 31

Cet article ne soulève pas d'observation de la part de la Chambre des Métiers.

Ad article 32. Normes d'assurance de la qualité et normes de gestion environnementale

La Chambre des Métiers est d'avis que l'exigence de la production de certificats attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes d'assurance de la qualité ou à certains systèmes ou normes de gestion environnementale ne devra pas conduire à écarter d'office les petites entreprises de ces marchés du fait qu'elles ne disposeraient pas des ressources nécessaires pour obtenir de tels certificats ou que l'obtention de ces certificats demanderait des efforts disproportionnés. En effet, une telle approche aurait des effets défavorables pour les pouvoirs adjudicateurs, alors qu'en restreignant la concurrence, les prix des biens et services qu'ils se proposent d'acquérir risquent d'être plus élevés et la variété des solutions proposées plus limitée.

Dans ce contexte, les responsables politiques devraient recommander aux pouvoirs adjudicateurs d'adopter une approche pragmatique dans l'acceptation d'„autres preuves de mesures équivalentes“ de la qualité ou de gestion environnementale.

Ad article 33. Recours aux capacités d'autres entités

Le premier alinéa du 1^{er} paragraphe de l'article 33 dispose qu'„Un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, avoir recours aux capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces entités, en ce qui concerne les critères relatifs à la capacité économique et financière (...), et les critères relatifs aux capacités techniques et professionnelles (...)“.

Dans la mesure où cette disposition devrait également viser le contractant principal qui a recours aux capacités d'un ou de plusieurs sous-traitants en vue de satisfaire aux critères ayant trait à la capacité économique et financière, la Chambre des Métiers soulève qu'elle s'y oppose.

Ainsi, si un opérateur économique n'arrive pas à remplir à lui seul lesdits critères, il devra recourir à un ou plusieurs autres opérateurs économiques pour constituer un groupement d'opérateurs économiques sous la forme d'une association momentanée. Il est à noter que le CRTIB a élaboré un contrat type pour ce genre d'association qui règle notamment la survenance de la défaillance d'un associé, la question de la responsabilité solidaire étant également évoquée dans ce contexte. Cette possibilité garantit également l'accès des PME à des marchés d'une envergure plus importante.

La possibilité conférée aux pouvoirs adjudicateurs d'exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même ou, si l'offre est soumise par un groupement d'opérateurs économiques, par un participant dudit groupement ne trouve pas l'assentiment de la Chambre des Métiers. Signalons au passage qu'en cas de recours à une association momentanée, les rapports entre les entreprises qui ont décidé d'un commun accord de participer à un marché spécifique sont fixés contractuellement.

Le fait de prévoir que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même ou, si l'offre est soumise par un groupement d'opérateurs économiques, par un participant dudit groupement génère des rigidités pour les opérateurs économiques en ce que cette disposition limite, voire interdit le recours à un sous-traitant. Or, si un opérateur économique participe parallèlement à plusieurs soumissions qu'il remporte, il se peut que les marchés lui attribués excèdent temporairement ses capacités, de sorte qu'il devrait pouvoir recourir à un sous-traitant pour exécuter un des marchés remportés, solution qui est néanmoins rendue difficile par la disposition en question.

Ad article 34. Listes officielles d'opérateurs économiques agréés et certification par des organismes de droit public ou privé

Le paragraphe 4 prévoit ce qui suit: „[...] En ce qui concerne le versement des cotisations de sécurité sociale et le paiement des impôts et taxes, un certificat supplémentaire peut être exigé de tout opérateur économique lors de l'attribution d'un marché [...]“.

La Chambre des Métiers tient à rappeler qu'en vertu de l'article 92 (1) du projet de règlement grand-ducal, le pouvoir adjudicateur doit demander au soumissionnaire susceptible d'être déclaré adjudicataire et, le cas échéant, à ses sous-traitants, de lui soumettre dans un délai minimum de 15 jours des attestations établies par le Centre commun de la sécurité sociale, l'Administration des contributions directes et l'Administration de l'enregistrement et des domaines.

Elle se demande s'il n'existe pas une contradiction entre ces deux articles.

Ad article 35. Critères d'attribution

La Chambre des Métiers constate que le Gouvernement n'entend pas user de la faculté lui offerte par l'article 67 de la directive qui prévoit ce qui suit:

„Les Etats membres peuvent prévoir que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas uniquement utiliser le prix ou le coût comme seul critère d'attribution ou limiter cette utilisation à certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou certains types de marchés.“

Ce faisant, il s'abstient de faire du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse la règle dans l'attribution de marchés publics.

Le Ministre compétent a confié au CRTIB la mission d'établir dans le domaine de la construction (marchés de travaux) un catalogue de critères économiques, qualitatifs, environnementaux et sociaux qui peuvent être considérés dans l'attribution d'un marché.

Selon la Chambre des Métiers, il faudra créer un cadre de référence simple et fiable sur lequel les pouvoirs adjudicateurs puissent se baser. Une telle approche aurait le mérite que le Luxembourg disposerait de règles uniformes en la matière, acceptées tant par les pouvoirs adjudicateurs que les opérateurs économiques.

Par ailleurs, le Ministère du Développement durable et des Infrastructures (MDDI) a pris l'initiative de réaliser un outil à disposition des pouvoirs adjudicateurs qui entendent lancer des soumissions d'après le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse dans les domaines suivants:

- le service d'entretien et les produits de nettoyage
- les vêtements de travail
- les denrées alimentaires
- le matériel de bureau
- le mobilier de bureau
- le matériel de bureau électronique.

Si la Chambre des Métiers accueille favorablement la mise en oeuvre du concept de l'offre économiquement la plus avantageuse, son application n'est cependant pas sans poser des risques.

Ainsi, le recours à des critères qualitatifs suscite des questions liées au contrôle de l'application correcte de formules et au caractère subjectif de certains critères intervenant dans l'évaluation des offres. En effet, la subjectivité entourant des critères extra-financiers peut dans certains cas offrir une certaine marge d'interprétation qui pourrait être utilisée par les personnes en charge de l'évaluation des offres pour influencer le résultat de la soumission.

La Chambre des Métiers ne peut qu'insister sur l'importance du principe selon lequel les documents de marché doivent d'office prévoir les règles d'attribution de façon claire et détaillée.

Ad article 36. Spécifications techniques et labels, rapports d'essais, certification ou autres moyens de preuve

Selon la Chambre des Métiers la détention de labels et de certifications jouera un rôle croissant dans la passation de marchés publics. En effet, la directive, de même que le projet sous avis, prévoient que des preuves de celle-ci pourront être exigées tant dans les spécifications techniques, que dans les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché.

Ad article 37. Coût du cycle de vie

La Chambre des Métiers peut accepter le concept du „coût du cycle de vie“, à condition que des critères clairs soient spécifiés pour permettre son calcul et que l'application de ce critère ne génère pas de charges supplémentaires et disproportionnées pour les PME.

Ad article 38. Offres anormalement basses

Dans le cadre de la lutte contre le dumping social, la Chambre des Métiers voudrait tout d'abord souligner l'importance d'écarter les offres anormalement basses.

Elle soutient particulièrement l'obligation prévue par la directive et le projet de loi dans le chef des pouvoirs adjudicateurs de rejeter l'offre s'ils établissent que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social ou du travail.

La Chambre des Métiers accueille favorablement l'ajout prévu par le projet de loi par rapport au libellé de la directive selon lequel le pouvoir adjudicateur peut rejeter l'offre „si le soumissionnaire ne répond pas à la demande du pouvoir adjudicateur [de fournir des explications quant au prix ou aux coûts] dans le délai imparti“.

Les règles relatives à la justification des prix du règlement grand-ducal du 3 août 2009, prévues aux articles 80 à 82, seront maintenues dans le nouveau projet de règlement grand-ducal d'exécution, ce dont la Chambre des Métiers se réjouit.

Ad article 39. Hypothèses

La Chambre des Métiers prend acte de ce qu'à défaut de définition des concepts de renonciation et d'annulation d'une mise en adjudication par les textes les prévoyant, le commentaire des articles du présent projet se réfère à une décision récente de la Cour administrative (arrêt du 20 octobre 2015, n° 36094C du rôle). Celle-ci retient que la renonciation constitue l'abandon du marché pour des considérations internes au pouvoir adjudicateur qui peuvent relever de l'opportunité ou de contraintes internes. Par contre, l'annulation constitue l'abandon provisoire ou définitif d'un marché public en raison de circonstances externes au pouvoir adjudicateur et pour des raisons en principe indépendantes de sa volonté.

Afin de pallier cette déficience des textes légaux et pour éviter toute confusion entre la renonciation et l'annulation d'un marché, la Chambre des Métiers se demande si le présent projet de loi ne devait pas reprendre cette définition.

Elle constate que le présent article reprend les dispositions des articles 83 et 91 à 94 de l'actuel règlement grand-ducal. Ce faisant, la Chambre des Métiers regrette que le projet ne couvre pas un certain nombre de difficultés qui sont apparues par le passé et dont le sort à réserver n'était pas évident. Ainsi, le cas de figure où une offre, malgré le fait qu'elle soit parvenue au pouvoir adjudicateur en temps utile, n'a pas été ouverte lors de la séance d'ouverture est loin d'être clair.

Afin de résoudre ce problème, la Chambre des Métiers propose de prévoir une deuxième séance d'ouverture à laquelle seraient invités tous les opérateurs économiques ayant remis une offre et lors de laquelle l'offre non ouverte lors de la première séance serait ouverte.

Dans ce contexte, la Chambre des Métiers se demande si la liste des motifs d'annulation prévus au paragraphe 3 du présent article présente un caractère exhaustif. Auquel cas, le bout de phrase „sans préjudice d'autres causes de nullité“ ne ferait guère de sens et serait superfluetatoire.

Ad articles 40 et 41

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de la Chambre des Métiers.

Ad article 42. Respect des règles applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail

La Chambre des Métiers ne peut qu'approuver l'insertion de la clause sociale horizontale dans la directive, alors que désormais la législation sur les marchés publics met un accent particulier sur le respect des obligations en matière de droit environnemental, social et de travail. Ainsi, le projet prévoit expressément que „dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union européenne, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe IV“.

Convaincue que la clause sociale horizontale constitue un instrument important dans la lutte contre le dumping social et environnemental, la Chambre des Métiers se doit tout de même de relever que l'efficacité de cette clause dépend des moyens que se donne l'Etat pour contrôler le respect de ces normes.

Ad articles 43 et 44

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de la Chambre des Métiers.

Ad article 45. Sanctions et primes

La Chambre des Métiers salue le fait que les dispositions en relation avec la mise en demeure en cas de constatation d'irrégularités soient énoncées de façon plus claire que dans la législation actuelle et que le projet précise que la notification se fasse par lettre recommandée.

Ad articles 46 à 50

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de la Chambre des Métiers.

Ad article 51. Règles d'exécution

La Chambre des Métiers prend acte de ce que le Fonds pour le logement à coût modéré ne bénéficie plus de l'exemption quant à l'application des dispositions du Livre I, telle qu'elle est actuellement prévue par l'article 20, paragraphe 1^{er} de la loi de 2009.

D'après elle, au vu de l'évolution de la jurisprudence nationale et de celle de la Cour de Justice de l'Union européenne, le maintien de ladite exemption aurait été difficilement justifiable.

LIVRE II –

Dispositions particulières relatives aux marchés d'une certaine envergure

Ad articles 52 à 61

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de la Chambre des Métiers.

Ad article 62

Cet article ne soulève pas d'observation de la part de la Chambre des Métiers.

Ad article 63. Désignation des procédures

La Chambre des Métiers constate que par rapport aux procédures actuellement prévues par la législation de 2009, des changements importants interviendront dans le cadre de la transposition de la directive.

Sous la forme du „partenariat d'innovation“, le projet prévoit une procédure qui n'existait pas dans le cadre de la législation antérieure.

La procédure actuellement dénommée „marché négocié avec publication d'un avis de marché“ sera qualifiée de „procédure concurrentielle avec négociation“.

Enfin, les hypothèses dans lesquelles il est possible de recourir à la „procédure concurrentielle avec négociation“ ont été élargies et sont identiques à celles permettant désormais le recours au dialogue „dialogue compétitif“. Selon les considérations liminaires de la directive (n° 42), „il est absolument

nécessaire que les pouvoirs adjudicateurs disposent de plus de souplesse pour choisir une procédure de passation de marchés prévoyant des négociations“.

Le paragraphe 4 de l'article 63 prévoit ce qui suit:

„Les pouvoirs adjudicateurs peuvent appliquer une procédure concurrentielle avec négociation, au sens de l'article 5 3 paragraphe 2, lettre f), ou un dialogue compétitif, au sens de l'article 5 3 paragraphe 2, lettre g), dans les situations suivantes:

- a) pour les travaux, fournitures ou services remplissant un ou plusieurs des critères suivants:*
 - i. les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles;*
 - ii. ils portent notamment sur de la conception ou des solutions innovantes;*
 - iii. le marché ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent;*
 - iv. le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou une référence technique au sens des dispositions prévues par voie de règlement grand-ducal;“*

Par contre, l'article 39 de la loi de 2009 autorise le recours des pouvoirs adjudicateurs à la procédure négociée avec publication d'un avis de marché seulement s'ils se trouvent dans l'une des situations suivantes:

- „a) en présence d'offres irrégulières ou en cas de dépôt d'offres inacceptables soumises en réponse à une procédure ouverte ou restreinte ou à un dialogue compétitif, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées; [...]*
- b) dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix;*
- c) dans le domaine des services, notamment au sens de la catégorie 6 de l'annexe II A, et pour des prestations intellectuelles, telles que la conception d'ouvrage, dans la mesure où la nature de la prestation à fournir est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre l'attribution du marché par la sélection de la meilleure offre, conformément aux règles régissant la procédure ouverte ou la procédure restreinte;*
- d) dans le cas des marchés publics de travaux, pour les travaux qui sont réalisés uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation ou de mise au point et non dans le but d'assurer une rentabilité ou le recouvrement des coûts de recherche et de développement.“*

La Chambre des Métiers relève que les dispositions du point iii. du paragraphe 4 revêtent un caractère vague et de ce fait elles sont sujettes à interprétation. En effet, que faut-il au juste entendre par „circonstances particulières“, quels sont les critères à retenir pour qualifier un marché de „complexe“, etc.? Par conséquent, la disposition ouvre la porte à un certain arbitraire et à la subjectivité.

D'une manière générale, la Chambre des Métiers approuve le recours à la procédure concurrentielle avec négociation dans le cadre du Livre II sous certaines conditions.

Le recours à celle-ci devrait permettre d'améliorer d'un point de vue qualitatif les offres dans le contexte de l'application du concept de l'offre économiquement la plus avantageuse, celui-ci faisant intervenir à côté du prix d'autres critères comme la qualité des matériaux utilisés, les délais pour la mise en oeuvre des travaux, le savoir-faire et l'expérience de l'entreprise etc.

La Chambre des Métiers est d'avis que cette procédure est particulièrement bien adaptée aux marchés complexes, par opposition aux marchés standards. Ainsi, elle requiert de la part des pouvoirs adjudicateurs des délais de préparation plus longs et le fait de devoir négocier les offres des opérateurs économiques, le cas échéant en plusieurs phases, allongera les délais entre la préparation de la soumission et le début de l'exécution des travaux.

Toutefois, la Chambre des Métiers insiste à ce que le processus de négociation et d'attribution du marché respecte scrupuleusement les principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires (p.ex.: information par écrit de tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été écartées de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents de marché,

autres que ceux qui définissent les exigences minimales). Les exigences minimales et les critères d'attribution ne font pas l'objet de négociations.

Par ailleurs, la Chambre des Métiers donne à considérer que la nouvelle procédure risque de s'apparenter à une mise aux enchères dans le cas où le prix serait le seul et unique critère d'attribution.

Le recours par les pouvoirs adjudicateurs à la procédure négociée sans publication préalable d'un appel à concurrence n'est pas autorisé en-dehors des cas et circonstances expressément visées à l'article 64.

Ad article 64. Recours à la procédure négociée sans publication préalable

La Chambre des Métiers est d'avis que le recours à la procédure négociée sans publication préalable, en ce qu'elle constitue une procédure d'exception, doit être bien encadré. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si dans le cadre des considérations liminaires de la directive (n° 50) les auteurs constatent que „*compte tenu de ses effets négatifs sur la concurrence, le recours à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché devrait être réservé à des circonstances très exceptionnelles.*“

En effet, dans le cadre d'une procédure concurrentielle avec négociation, il est au moins garanti que tout opérateur économique puisse soumettre une demande de participation.

Ad articles 65 et 66

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de la Chambre des Métiers.

Ad article 67. Procédure concurrentielle avec négociation

La Chambre des Métiers renvoie le lecteur à ses commentaires relatifs à l'article 63.

Ad articles 68 à 71

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de la Chambre des Métiers.

Ad article. 72. Document unique de marché européen (DUME)

Lors de la présentation de demandes de participation ou d'offres, les pouvoirs adjudicateurs acceptent le „document unique de marché européen“ (DUME) consistant en une déclaration sur l'honneur actualisée à titre de preuve a priori en lieu et place des certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers, par laquelle l'opérateur économique concerné confirme qu'il remplit l'une des conditions suivantes:

- il ne se trouve pas dans l'une des situations qui doit ou peut entraîner l'exclusion d'un opérateur;
- il répond aux critères de sélection applicables qui ont été établis;
- le cas échéant, il respecte les règles et critères objectifs qui ont été établis conformément à l'article 74 qui prévoit la réduction du nombre de candidats invités à soumissionner ou dialoguer.

La Chambre des Métiers peut approuver le recours au DUME dans le cadre du Livre I sous la condition qu'il mène à une réelle simplification administrative pour les entreprises et notamment les PME participant à des soumissions publiques.

Ainsi, le DUME ne doit en aucun cas donner lieu à une surcharge administrative pour les PME.

Par ailleurs, il conviendrait de prévoir des sanctions pour les opérateurs économiques dont la déclaration sur l'honneur se révèle par la suite ne pas correspondre à la réalité. La sanction prévue à l'art. 29 (4) h) et i) du projet de loi ne revêt qu'un caractère facultatif.

Dans un souci de simplification administrative, la Chambre des Métiers plaide pour la mise en place à terme d'un dispositif dénommé „coffre-fort électronique“ qui permettrait aux entreprises de déposer à intervalles réguliers tous les éléments relatifs à leur candidature. Le pouvoir adjudicateur pourrait consulter ces informations avec l'autorisation de l'entreprise concernée.

Il s'agit notamment de limiter le temps consacré à des tâches non productives, difficilement gérables pour les PME.

Dans le contexte des charges administratives pesant sur les soumissionnaires, beaucoup de chefs d'entreprises déclarent que des fiches techniques sont systématiquement réclamées pour un nombre important de positions du cahier des charges par le bureau d'études chargé de l'évaluation des offres.

Or, ces fiches techniques seraient utilisées dans bien des cas pour préciser ex post le cahier de charges. La Chambre des Métiers ne peut que s'opposer à ces pratiques qui enfreignent le principe de transparence de la procédure de passation des marchés publics, et plus particulièrement les dispositions qui précisent que le „*cahier spécial des charges, qui forme la base du marché à conclure, doit être rédigé de façon suffisamment claire et détaillée, afin qu'il ne puisse subsister de doute sur la nature et l'exécution du marché*“².

Ad article 73. Base de données de certificats en ligne (e-Certis)

Cet article sert à fixer en droit national l'existence de la base de données e-Certis, mise en place par la Commission européenne. e-Certis est le système d'information qui renseigne sur les différents certificats et attestations fréquemment demandés lors des procédures de passation de marchés publics.

Comme il s'agit d'un outil de référence, le système ne peut garantir que la validité des renseignements obtenus lors d'une recherche sera reconnue par le pouvoir adjudicateur.

La Chambre des Métiers est d'avis que le libellé du présent article, même s'il reprend celui de l'article 61, paragraphe 2 de la directive, peut prêter à confusion:

„Sans préjudice des dispositions transitoires prévues à l'article 164, les pouvoirs adjudicateurs ont recours à e-Certis et ils exigent principalement les types de certificats ou les formes de pièces justificatives qui sont prévus par e-Certis.“

En effet, le mot „principalement“ semble indiquer que les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger d'autres certificats ou formes de pièces justificatives que ceux prévus par e-Certis. Dans ce contexte, elle se demande si le caractère potentiellement „incomplet“ de cette base de données n'est pas de nature à en réduire l'utilité.

Le Luxembourg se caractérisant par une participation importante d'entreprises non résidentes aux marchés publics, e-Certis devrait contribuer à ce que les pouvoirs adjudicateurs puissent facilement vérifier si les documents remis ont été émis par les autorités compétentes.

La Chambre des Métiers insiste à ce que les pouvoirs adjudicateurs utilisent systématiquement e-Certis pour contrôler les certificats et les pièces justificatives remis.

Par ailleurs, elle se permet de réitérer l'idée de la création de cellules spécifiques ayant, entre autres, pour mission d'assurer ce contrôle.

Ad articles 74 à 76

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de la Chambre des Métiers.

Ad article 77. Principes d'attribution de marchés [Systèmes spéciaux de passation de marchés (services sociaux et autres services spécifiques)]

La Chambre des Métiers constate que la directive prévoit à l'encontre des services sociaux et autres services spécifiques dépassant le seuil de 750.000 € des règles procédurales plus souples dans la mesure où les pouvoirs adjudicateurs ont, à condition de respecter les règles de publicité, le libre choix entre la procédure ouverte, la procédure restreinte, la procédure concurrentielle avec négociation, le dialogue compétitif et le partenariat d'innovation.

Pour la procédure concurrentielle avec négociation, il n'est même pas requis que le pouvoir adjudicateur se trouve dans un des cas de figure prévus par l'article 63 relatif au choix de la procédure. Toutefois, cette obligation est maintenue pour le recours au dialogue compétitif.

La justification de ce régime spécifique réside selon la Commission européenne dans le constat que certaines catégories de services conservent, par leur nature intrinsèque, une dimension transnationale limitée, à savoir les services consistant en des services à la personne tels que certains services sociaux, de santé et d'éducation.

Le commentaire des articles précise que „*désormais, si le seuil d'application de ces articles 76 à 78 n'est pas atteint, les pouvoirs adjudicateurs disposent pour les marchés de services visés par ces articles de la possibilité de recourir en application de l'article 20 paragraphe 4, à la procédure négo-*

² Article 16 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 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

ciée ou à la procédure restreinte sans publication d’avis, et que si ce seuil est dépassé, que ces services sont mis en concurrence sous forme du régime assoupli, prévu par les articles 76 à 78.“

Ad articles 78 à 83

Ces articles ne soulèvent pas d’observation de la part de la Chambre des Métiers.

LIVRE III –

Dispositions spécifiques aux marchés publics dans les secteurs de l’eau, de l’énergie, des transports et des services postaux

Ad articles 84 à 157

Ces articles ne soulèvent pas d’observation de la part de la Chambre des Métiers.

LIVRE IV –

Gouvernance des marchés publics

Ad article 158

Cet article ne soulève pas d’observation de la part de la Chambre des Métiers.

Ad article 159. Commission des soumissions

La Chambre des Métiers constate que par rapport à la loi de 2009, les missions de la Commission des soumissions demeurent inchangées. Vu le bon fonctionnement de ladite commission, elle peut approuver ce choix.

LIVRE V –

Dispositions finales

Ad article 160. Adaptation des seuils

Le présent article prévoit que l’adaptation des seuils dont le montant correspond à la valeur cent de l’indice des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948 est limitée à une adaptation annuelle au début de l’année au lieu d’une adaptation mensuelle au dernier indice publié par le STATEC. Si la Chambre des Métiers comprend le bien-fondé de cette mesure du point de vue de la simplification administrative, ladite modification pourra cependant avoir des conséquences en période de forte inflation.

Par ailleurs, il faut relever que cette disposition ne concerne pas les seuils „européens“ visés aux articles 52 et 98 de la loi, mais les autres seuils qui trouvent à s’appliquer dans le cadre du Livre I.

Ad articles 161 et 162

Ces articles ne soulèvent pas d’observation de la part de la Chambre des Métiers.

Ad article 163. Dispositions transitoires relatives à l’utilisation de moyens électroniques

La Chambre des Métiers prend acte de ce que le projet sous avis applique la faculté réservée par la directive aux Etats membres d’introduire un certain nombre de dispositions transitoires en relation avec la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics, afin de permettre aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices de s’y adapter.

Ainsi la date-clé pour se conformer aux obligations résultant des directives est repoussée du 18 avril 2016 au 18 octobre 2018.

Toutefois, le Luxembourg s’est d’ores et déjà engagé sur la voie de la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics. En effet, le règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l’utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics règle la dématérialisation de la mise en concurrence et la remise électronique des offres. Les moyens électroniques requis en vue de l’envoi par voie électronique des avis à publier (notification électronique) et de l’accès en

ligne aux documents relatifs aux appels d'offres sont déjà à la disposition des utilisateurs via le Portail des marchés publics.

La Chambre des Métiers se permet de signaler une erreur matérielle, alors que

- l'article 72, paragraphe 2, alinéa 2,
- l'article 72, paragraphe 5, alinéa 2,
- l'article 73,
- les articles 23, paragraphe 3 et 132, paragraphe 3,

se réfèrent tous à l'article 164 au lieu de l'article 163 du présent projet.

*

La Chambre des Métiers ne peut approuver le projet de loi lui soumis pour avis que sous la réserve expresse de la prise en considération de ses observations ci-avant formulées.

Luxembourg, le 28 février 2017

Pour la Chambre des Métiers

Le Directeur Général,
Tom WIRION

Le Président,
Roland KUHN

