

N° 6982⁸

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2016-2017

PROJET DE LOI

sur les marchés publics

* * *

**AVIS DE L'ORDRE DES ARCHITECTES ET DES
INGENIEURS-CONSEILS (OAI)****sur le projet de loi et sur le projet de règlement grand-ducal
portant exécution de la loi du xx xx xxxx sur les marchés publics
et de la loi du xx xx xxxx sur l'attribution des contrats de conces-
sion et portant modification du seuil prévu à l'article 106
point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988**

(8.5.2017)

1. CONSIDERATIONS GENERALES

Le Ministre du Développement durable et des Infrastructures a présenté le 29 avril 2016 le projet de loi et de règlement grand-ducal sur les marchés publics ayant pour objectif de transposer, de manière intelligente, efficace et adaptée à la situation luxembourgeoise, les directives européennes 2014/24/UE (régime général; désignée ci-après par „la Directive“) et 2014/25/UE (secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux) en matière de marchés publics.

Les professions reprises au sein de l'OAI (architecte, ingénieur-conseil, architecte d'intérieur, urbaniste-aménageur, architecte-/ingénieur-paysagiste, ...), désignées ci-après par „les professions OAI“, dans **leur rôle essentiel de maître d'oeuvre et de prescripteur**, apportent une contribution décisive pour la conception et la réalisation d'ouvrages exécutés dans le cadre des marchés publics.

Comme souligné dans le **programme de politique architecturale** adopté par le Conseil de Gouvernement le 11 juin 2004¹, lorsqu'un maître d'ouvrage passe un marché de maîtrise d'oeuvre, il n'achète pas seulement des prestations intellectuelles, mais in fine commande un ouvrage qui doit être de qualité et performant, qui façonnera l'environnement et le paysage et qui sera destiné à être utilisé des générations durant, générant une valeur patrimoniale. Le coût de la maîtrise d'oeuvre ne représente qu'un faible pourcentage de l'investissement et du coût global de l'opération.

Ainsi, les professionnels indépendants OAI assurent une mission essentielle afin de garantir un investissement durable des deniers publics à travers l'attribution des marchés aux différents acteurs impliqués dans les projets de constructions. En particulier, les architectes et ingénieurs-conseils ont, de par leur formation et leur expérience, la capacité de synthèse nécessaire en vue de favoriser des approches globales, indispensables pour atteindre les objectifs de qualité durable.

Il importe ainsi que la loi permette au commettant public d'assurer pleinement son rôle de **maître d'ouvrage exemplaire** au profit de notre cadre de vie.

Dans notre programme pour les dernières élections législatives, dont voici un extrait, nous avons mis en exergue les objectifs à mettre en oeuvre dans le cadre des marchés publics:

Reconnaissons les compétences et qualités de nos **entreprises locales, voire régionales** en favorisant leur accès au marché.

¹ Résolution 5 du programme de politique architecturale „Dans la passation de marchés publics de services, développer les procédures qui permettent de désigner les concepteurs, architectes et ingénieurs sur base de critères mettant en avant la qualité de l'architecture, et de son impact sur l'environnement bâti et le paysage“

Le livre „Pour une politique architecturale“ peut être téléchargé sur www.oai.lu rubrique „publications professionnelles“.

Osons dès maintenant appliquer pour les marchés publics et privés le **critère de l'offre économiquement² la plus avantageuse**, privilégiant les considérations de qualité et d'investissement pérenne, d'autant plus que l'Europe entend abolir enfin le critère du prix le plus bas³.

Brisons ainsi la spirale du prix le plus bas, en nous **épargnant la malencontreuse pratique des suppléments cachés et de la judiciarisation du domaine de la construction**.

Ne forçons plus les entreprises, par l'obnubilation du seul critère du prix le plus bas, à rattraper leurs offres anormalement basses par des suppléments ou des astuces juridiques contractuelles.

Engageons des **entreprises motivées** qui travaillent ensemble au profit d'un projet réussi.

Vérifions ce qui est construit par rapport aux autorisations en attribuant cette mission d'intérêt général souvent vacante.

En tant que facteurs essentiels à la réussite d'un projet, gardons le **lien direct et la relation de confiance entre le maître d'ouvrage et ses concepteurs** et évitons les intermédiaires opaques étrangers à nos professions qui risquent d'alourdir les projets et de ne pas apporter de plus-value.

L'OAI se félicite que l'inflexion soit enfin mise sur la qualité des fournitures, travaux et services, mais plaide pour que, dans le cas de **prestations intellectuelles d'intérêt public** telles que celles réalisées par les professions OAI, le **prix ne soit pas pris en considération**, dans une vision à court terme, pour l'attribution des marchés de maîtrise d'oeuvre.

C'est encore trop souvent une vision étroite de l'évaluation des offres qui prévaut, l'accent étant mis avant tout sur le coût des services d'architecture, d'ingénierie et d'urbanisme considérés, plutôt que sur le coût de l'ensemble du cycle de vie du bâtiment. Cette pratique offre peu d'incitations pour une conception de haute qualité, qui promeut le long terme et une utilisation rationnelle des ressources, donc un réel bénéfice pour la société.

Pourtant, la prise en compte de concepts tels que ceux de l'économie circulaire et du „cradle-to-cradle“ nécessite une valorisation particulièrement importante de la phase de conception des projets.

La transposition des nouvelles directives doit être l'occasion de favoriser une concurrence axée sur la qualité, dans une perspective holistique, incluant des facteurs comme la durabilité et l'environnement en général et la qualité et le coût sur tout le cycle de vie en particulier.

Nous défendons dans ce cadre le principe des **barèmes pour les professions OAI**, qui sont d'intérêt public. Il importe de répondre aux exigences de qualité du maître d'ouvrage tout en lui garantissant un conseil indépendant et libre de tout conflit d'intérêts.

Ainsi, du fait qu'il s'agit de leur seule source de revenu, une rémunération permettant à ces professionnels d'exercer dignement leur profession doit être garantie eu égard aux missions qui leur incombent de manière légale et le cadre réglementaire strict auquel ils sont soumis. En outre, afin de pouvoir appliquer correctement la présente loi, les pouvoirs adjudicateurs doivent disposer de tels barèmes de référence pour estimer les marchés par rapport aux seuils en vigueur en vue de définir la procédure appropriée.

Nous nous permettons par ailleurs de rappeler que le **projet de loi n° 5704 portant réforme des régimes de responsabilité** en matière de construction et modifiant le code civil, propose des clarifications importantes en ce qui concerne le régime de réception des travaux et la responsabilité des contractants principaux par rapport à celle des sous-traitants. Ainsi, il est essentiel que ce projet de loi soit voté parallèlement à la présente loi.

Dans un souci de transparence pour le pouvoir adjudicateur, nous recommandons également de **limiter le nombre de degrés de sous-traitance**.

En effet, les cascades de sous-traitants favorisent le dumping social, ce qui va à l'encontre des objectifs du présent projet de loi dans les domaines du droit environnemental, social et du travail.

Enfin, il importe d'atteindre un **équilibre** entre

- Les prestataires disposant des références requises et du personnel ayant une certaine qualification et expérience
- Les prestataires disposant des références requises

² Il sera même davantage approprié de parler d'offre durablement la plus avantageuse.

³ Il convient d'appliquer les concepts **MEAT**: most economic advantageous tender/**QBS**: quality based selection/**BVP**: best value procurement.

- Les prestataires ne disposant pas des références requises.

Dès lors, il faut que les critères de sélection (article 30 du projet de loi) rendent également possible l'accès aux marchés publics à de jeunes bureaux afin de briser le cercle vicieux les empêchant de se constituer des références. En effet, ces marchés constituent un tremplin pour débiter dans les professions OAI et construire leur bureau.

*

2. METHODOLOGIE

Le présent avis a été établi notamment suite à l'analyse par le **Conseil de l'Ordre** et à l'étude du projet de loi (après intégration des amendements gouvernementaux du 31.8.2016 et du 21.9.2016) et de règlement grand-ducal par un groupe de travail *ad hoc* de l'OAI, composé d'un architecte, d'un ingénieur-conseil du génie civil et d'un ingénieur-conseil du génie technique.

Les projets de loi et de règlement grand-ducal ont été analysés au regard de leurs implications et expériences relativement à la dévolution des missions spécifiques aux professions reprises au sein de l'OAI, ainsi que plus largement pour l'attribution des marchés aux différents acteurs impliqués dans les projets de constructions.

Nous tenons à rappeler dans ce contexte la position de l'OAI quant à l'élaboration d'un **paquet complet** – loi et règlement grand-ducal d'exécution – afin d'éviter des phases d'incertitude qui favorisent la judiciarisation du secteur, à la réalisation de **tests sur des projets réels avant le vote de la loi** et à l'établissement de **guides pratiques** à publier de manière synchrone avec l'entrée en vigueur de la loi afin de préparer le secteur à l'application efficiente.

Dans ce cadre, nous regrettons que notre proposition de mettre en place un groupe de travail en vue de préparer le présent dossier avec l'ensemble du secteur de la construction en amont de la procédure législative n'ait pas été retenue par les instances publiques concernées. Ce groupe de travail aurait pu également tester les procédures sur des cas réels afin de proposer, le cas échéant, des ajustements pour en améliorer la praticabilité.

Au-delà de notre revendication d'intégrer des représentants de l'OAI à la Commission des Soumissions, nous proposons qu'un **monitoring régulier de la loi et de son application**, mis en place par exemple par le CRTI-B avec l'ensemble du secteur, soit organisé.

Nous comprenons que le règlement grand-ducal du 10 juillet 2011 fixant les règles relatives au **déroulement des concours** d'aménagement du territoire, d'urbanisme, d'architecture et d'ingénierie ne sera pas abrogé par le présent projet de loi étant donné que les dispositions en ce qui concerne les concours n'ont pas été modifiées, mais uniquement réorganisées entre la loi et le règlement grand-ducal par rapport à la législation actuellement en vigueur. Nous rappelons que ce règlement grand-ducal a pour base légale l'actuelle loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics et qu'il a été adopté au vu des articles 8, 40, 42 et 87 de ladite loi, appelée à être abrogée par la nouvelle loi sous examen. Toutefois, selon la jurisprudence, les arrêtés ou règlements légalement pris par l'autorité compétente revêtent un caractère de permanence qui les fait survivre aux lois dont ils procèdent, tant qu'ils n'ont pas été rapportés ou qu'ils ne sont devenus inconciliables avec les règles fixées par une législation postérieure (Cour de cassation, 10 janvier 2013, rôle 3112, n° 2/2013). Ainsi, un règlement légalement pris survit à la loi dont il dérive en cas d'abrogation de celle-ci, dès lors qu'il trouve un support suffisant dans la législation postérieure (Cour Administrative, 10 avril 2008 (23737C)).

Nous rappelons également que l'OAI a établi en collaboration avec l'Administration des Bâtiments Publics et le Syvicol un **manuel OAI sur les concours d'architecture**⁴.

L'OAI a publié en octobre 2010 sa **fiche de travail „Législation sur les marchés publics“** sous le patronage et en collaboration avec le Ministre du Développement Durable et des Infrastructures avec le soutien de la Ministre à la Simplification Administrative. Il sera utile de préparer dès à présent avec les instances concernées la mise à jour de cette fiche.

⁴ Le manuel OAI sur les concours d'architecture est adressé sur simple demande sur le site www.oai.lu à la rubrique „concours“ => „manuel oai concours d'architecture“.

Dans un souci de simplification administrative, tant dans la confection des dossiers de candidature que dans leur analyse, l'OAI plaide pour **l'établissement d'un dossier standard** à soumettre de manière électronique pour la partie administrative des appels de candidatures.

Une entité (mise en place p. ex. par la Chambre de Commerce, la Chambre des Métiers, la Commission des Soumissions et le CRTI-B) établirait un dossier-type (TVA, bilan, ...), évaluerait les opérateurs économiques sur base de ce dossier, et émettrait un document semestriel ou annuel attestant que l'opérateur en question peut participer aux soumissions publiques.

En bleu: rajouts/modifications/propositions de l'OAI

En italique: commentaires de l'OAI

*

3. ANALYSE ARTICLE PAR ARTICLE DU PROJET DE LOI n° 6982 SUR LES MARCHES PUBLICS

LIVRE I^{er}

Dispositions générales

Articles 1 à 12

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 13. Conflits d'intérêts

La notion de „conflits d'intérêts“ semble essentiellement se référer à la situation d'un conflit d'intérêt dans le chef de membres (ou mandataires) du pouvoir adjudicateur, qui auraient une communauté d'intérêts avec l'un ou des soumissionnaires et qui seraient en mesure de les favoriser.

Cet article ne traite ainsi de la notion de conflits d'intérêts que relativement au pouvoir adjudicateur et prescrit in fine de la nécessaire indépendance des fonctionnaires, des commettants ou autres mandataires du pouvoir adjudicateur à l'égard des soumissionnaires et attributaires du marché.

Il n'existe en revanche aucune disposition relative à la nécessaire indépendance de la maîtrise d'oeuvre. Il nous semble important de souligner que les membres OAI sont soumis par leur déontologie à des critères stricts d'indépendance professionnelle afin de garantir pour le maître d'ouvrage, un conseil dénué de conflits d'intérêts.

Cette indépendance professionnelle doit être préservée en toute circonstance, en particulier dans le cadre de marché de conception-réalisation. Il est notamment exclu d'imposer une obligation contractuelle de solidarité entre l'architecte/l'ingénieur-conseil et l'entrepreneur.⁵

Article 14. Opérateurs économiques

Selon le paragraphe (4), les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que les groupements d'opérateurs économiques adoptent une forme juridique déterminée lorsque le marché leur a été attribué.

Nous tenons à rendre attentif au fait que les membres d'une association momentanée sont solidairement responsables.

Une telle solidarité pose problème pour une association entre professions différentes (p. ex. entre architecte et ingénieur-conseil) car chaque partenaire de l'association ne dispose pas forcément des qualifications requises pour exercer la profession de l'autre partenaire.

⁵ En Belgique le Conseil d'Etat a ainsi annulé la phrase de l'article 51, § 2 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 selon laquelle „les participants [d'un groupement sans personnalité juridique] sont solidairement responsables“, dans les cas où un tel groupement comprend au moins un architecte et un entrepreneur. Le Conseil d'Etat a considéré à raison que cette solidarité serait contraire à l'article 6, de la loi de 1939 sur la profession d'architecte, qui sanctionne l'incompatibilité entre les professions d'architecte et d'entrepreneur. Avec ce principe, le Législateur a souhaité séparer la conception et le contrôle des travaux de leur exécution afin d'assurer l'indépendance de l'architecte, et ce notamment dans l'intérêt du maître d'ouvrage. Un contrôle efficace des travaux serait en effet rendu impossible si l'architecte surveillait un entrepreneur avec lequel il est associé et avec lequel il est solidairement responsable (cf. n° 225.191 du 22 octobre 2013).

Nous recommandons dans ce cas la constitution d'un groupe d'études, régi par un contrat entre les différents partenaires et par un contrat cadre avec le maître d'ouvrage ainsi que des renvois sur ce contrat de partenariat au niveau des différents contrats des prestataires avec le maître d'ouvrage.

Chaque membre d'un tel groupement devrait être responsable exclusivement pour ses propres prestations. L'assurance obligatoire individuelle pour chaque partenaire, prévue à l'article 6 de la loi du 13 décembre 1989 portant organisation des professions d'architecte et d'ingénieur-conseil peut, le cas échéant, être complétée par une assurance commune.

Par ailleurs, vu les exemples récents en la matière, nous tenons à soulever le cas des procédures mêlant conception et réalisation. La mise en place de groupement en la matière pose de nombreuses questions quant à la situation des concepteurs dans une telle constellation. Il est renvoyé également aux observations qui précèdent relativement aux conflits d'intérêts dont question à l'article 13.

Articles 15 à 16.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

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

Dans le cadre du Livre I, le législateur prévoit également le recours à des procédures complexes telles que le dialogue compétitif/les partenariats d'innovation. Leur application en pratique sera probablement rare pour des marchés nationaux, ces procédures étant uniquement pertinentes pour des projets innovants et d'envergure, en d'autres termes des marchés tombant sous le livre II.

Ces procédures posent pour l'attribution des missions de membres OAI de nombreuses questions en ce qui concerne les droits d'auteur, notamment par le risque de „cherry picking“ (c'est-à-dire l'utilisation des idées ou solutions d'un des participants par un autre) dans la procédure de dialogue compétitif. Le problème de la protection de la propriété intellectuelle n'a pas encore été résolu de manière adéquate.

Nous tenons à souligner dans ce cadre que des innovations peuvent tout à fait résulter des procédures classiques repris à l'article 17 (1).

Article 18.

Cet article ne soulève pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 19. Conditions de recours à la procédure restreinte avec publication d'avis

Cet article ne soulève pas d'observation de la part de l'OAI.

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

S'agissant des seuils, l'OAI considère que

- afin de réintroduire une certaine flexibilité pour les maîtres d'oeuvre, il serait utile de relever le seuil de 8.000 euros (hors TVA, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948 à l'article 20 (1) a);*
- par analogie avec l'article 20 (1) a), il serait utile de relever le seuil de 14.000 euros à l'article 20 (3) afin de redonner une certaine flexibilité aux maîtres d'ouvrage.*

Par ailleurs, selon l'article 20 (1) j), il peut être recouru à la procédure restreinte sans publication d'avis, soit à la procédure négociée, dans le cas suivant. „j) lorsqu'il s'agit de travaux, fournitures et services dont les prix sont en fait soustraits au jeu normal de la concurrence ou s'il s'agit de services rémunérés suivant un barème officiel“.

L'OAI défend le principe des barèmes pour les professions OAI, qui sont d'intérêt public.⁶

⁶ Nous rappelons que dans sa partie introductive, la directive européenne modifiée 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles met en exergue le considérant suivant: „La création architecturale, la qualité des constructions, leur insertion harmonieuse dans le milieu environnant, le respect des paysages naturels et urbains, ainsi que du patrimoine collectif et privé sont d'intérêt public“.

Des commentateurs retraçant la genèse des directives européennes en la matière, ont pointé que⁷:

„L'ancienne directive européenne 92/50 du 18 juin 1992 relative à l'ouverture de l'accès aux commandes publiques dans le domaine des marchés de services, avait été précédée d'un document préparatoire à la directive établi par le „Comité consultatif pour (ouverture des marchés publics“ du 5 décembre 1988 (CCO/88/93). Comme le souligne ce document:

Le prix est considéré comme un critère inadéquat pour l'achat de services qui ont une incidence directe sur des investissements ultérieurs et peuvent également affecter la sécurité publique. La qualité et le niveau de la prestation sont considérés dans ce cas comme les seuls critères acceptables;

Afin de permettre à la profession considérée de travailler de façon indépendante, de répondre aux exigences de qualité, et d'aider les nouveaux venus à exercer leur activité, il convient de garantir un niveau stable de revenus;

En outre, le prix est considéré comme un critère ambigu pour l'évaluation des offres qui comportent un travail intellectuel et peuvent présenter des différences considérables dans la façon d'aborder et de répondre à un problème“.

A la lumière de la Directive⁸, il est désormais loisible aux pouvoirs adjudicateurs d'organiser une mise en concurrence sur les seuls critères de qualité. Le recours à des tarifs fixes, élusif d'une concurrence sur les prix, est le meilleur biais pour atteindre cet objectif qualitatif.

Le pouvoir adjudicateur est en droit de se focaliser sur le critère de la qualité, en considérant notamment le personnel de l'opérateur économique au niveau de ses qualifications et expérience professionnelles⁹. C'est bien la raison pour laquelle il est prévu à l'article 67(2) de la Directive que „Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.“

Il convient également de rappeler qu'afin de garantir l'indépendance professionnelle, notamment afin d'éviter tout conflit d'intérêts avec des promoteurs ou constructeurs, les professions OAI doivent disposer d'un revenu équitable, étant rappelé que les honoraires perçus constituent leur seule source de revenu. Ainsi, il importe que ces honoraires leur permettent d'exercer dignement leur profession.

Il nous semble d'ailleurs incohérent que les directives européennes prévoient la possibilité de rémunérer certains services selon un barème officiel alors qu'en parallèle, la Commission Européenne s'oppose par tous les moyens aux barèmes officiels lorsqu'ils existent (cf. loi HOAI en Allemagne, Tableau des taux horaires approuvés par l'état luxembourgeois pour la rémunération de prestations d'architecte et d'ingénieur en régie pour le secteur public).

En réalité, afin de pouvoir appliquer correctement la présente loi, les pouvoirs adjudicateurs doivent disposer de tels barèmes de référence afin d'estimer les marchés par rapport aux seuils en vigueur afin de définir la procédure appropriée.

A titre d'observation incidente, l'OAI entend également défendre le principe d'une compensation juste et suffisante des participants aux concours d'architecture (et dans les domaines de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'ingénierie ...). L'OAI entend dénoncer certains précédents fâcheux de concours, dans le cadre desquels les candidats présélectionnés devaient fournir des prestations significatives, alors cependant qu'aucune indemnisation n'était prévue. Des prestations ne sont censées être remises que par l'attributaire du marché et après signature du marché. Au stade de la sélection des candidats, on peut certes admettre que le pouvoir adjudicateur cherche à disposer d'une première orientation et à choisir un projet parmi plusieurs propositions. Il ne saurait néanmoins exiger des candidats admis de véritables prestations à l'appui de leurs offres. Outre qu'elle est condamnable juridiquement, une telle pratique – qui heurte l'adage selon lequel „tout travail mérite salaire“ – doit

7 Philippe Flamme, „Quelques réflexions après le retrait du barème d'honoraires par l'Ordre des Architectes“, observations sous Cour d'Appel de Mons, 29 avril 2002, p. 132s.

8 Cf. considérant (90) de la Directive: „(...) Pour favoriser les passations de marchés publics davantage orientées vers la qualité, les Etats membres devraient être autorisés à interdire ou limiter, lorsqu'ils le jugent approprié, le recours au seul critère de prix ou de coût pour évaluer l'offre économiquement la plus avantageuse“.

9 Cf. considérant (94) de la Directive: „Lorsque la qualité du personnel employé est déterminante pour le niveau d'exécution du marché, les pouvoirs adjudicateurs devraient également être autorisés à utiliser comme critère d'annulation l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché en question étant donné que cela peut affecter la qualité de l'exécution du marché et, par conséquent, la valeur économique de l'offre. Cela pourrait être le cas, par exemple, des marchés de services intellectuels tels que des services de conseil ou d'architecte (...)“.

être qualifiée de discriminatoire, alors que seules les très grandes structures peuvent se permettre d'exposer des frais importants pour toutes les procédures auxquelles elles participent, sachant de surcroît que l'indemnisation en matière de concours, même lorsqu'elle est accordée, ne couvre jamais et de loin la totalité des dépenses réellement engagées. Les bureaux d'architectes de tailles plus réduites sont alors de facto évincés, en violation du principe d'égal accès à la commande publique.

Articles 21 à 28

Ces articles ne suscitent pas d'observation de la part de l'OAI.

Sous-section II – Critères de sélection qualitative

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

Nous comprenons que les dispositions figurant à l'article 29(4) sont inspirées de la directive européenne. Le texte prévoit que „Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants“ (les cas visés étant schématiquement a) le non-respect des règles applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, b) l'état de faillite ou d'insolvabilité, c) la commission d'une faute professionnelle grave altérant l'intégrité, d) la conclusion d'accords en vue de fausser la concurrence, e) la situation de conflit d'intérêts ou f) de distorsion de concurrence, g) des défaillances importantes lors de l'exécution d'un marché public antérieur; ou encore h) de fausses déclarations telles que visées ainsi que i) lorsque l'opérateur économique a entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur).

En présence de faits d'une telle gravité, le pouvoir adjudicateur devrait – non disposer de la simple faculté de prononcer une exclusion sur base d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation – mais être positivement dans l'obligation de prononcer une telle exclusion de la participation à la procédure de passation du marché.

Nous proposons ainsi la modification suivante du paragraphe (4) de l'article 29:

„(4) Les pouvoirs adjudicateurs ~~peuvent exclure~~ **excluent** tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants:

(...)“

En outre, nous formulons une opposition formelle quant à la possibilité de déroger aux obligations reprises à l'article 29 (4) j). Ainsi, nous demandons de supprimer le 2ème alinéa de cet article:

~~„Nonobstant l'article 1^{er}, lettre b), le pouvoir adjudicateur peut décider de ne pas exclure un opérateur économique qui se trouve dans l'un des cas visés à ladite lettre, lorsque le pouvoir adjudicateur a établi que l'opérateur économique en question sera en mesure d'exécuter le marché, compte tenu des règles et des mesures nationales applicables en matière de continuation des activités dans le cadre des situations visées à la lettre b).“~~

Au paragraphe (6) de l'article 29 nous formulons une opposition formelle quant à cette formulation floue et pouvant mener à des situations passablement compliquées.

Selon notre analyse, chaque opérateur économique doit obligatoirement être exclu s'il n'est pas en règle avec le paiement de ses charges et cotisations.

Article 30. Critères de sélection

Au paragraphe (3), l'OAI accueille favorablement le fait que le chiffre d'affaires annuel, qui peut être demandé par les pouvoirs adjudicateurs, soit limité au double de la valeur estimée du marché.

Il faudrait cependant introduire un mécanisme pour tenir compte du fait que la plupart des projets de construction se déroulent sur plus d'un an. Ainsi, il faudrait comparer le chiffre d'affaires annuel à la valeur annuelle estimée du marché.

Nous proposons donc la modification suivante:

„(...) Le chiffre d'affaires annuel minimal que les opérateurs économiques sont tenus de réaliser ne dépasse pas le double de la valeur **annuelle** estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés tels que ceux ayant trait aux risques particuliers inhérents à la nature des travaux, services ou fournitures. Pour les marchés qui tombent sous le champ d'application du Livre II, le pouvoir adjudicateur indique les principales raisons justifiant une telle exigence dans les documents de marché ou

dans le rapport individuel sur les procédures d'attribution de marchés, prévu par voie de règlement grand-ducal. (...)“

Au sujet du paragraphe (4) relatif aux capacités techniques et professionnelles, le considérant suivant de la Directive mérite d'être mis en exergue:

*„(99) Lorsque la qualité du personnel employé est déterminante pour le niveau d'exécution du marché, les pouvoirs adjudicateurs devraient également être autorisés à utiliser comme critère d'attribution **l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel** assigné à l'exécution du marché en question, étant donné que cela peut affecter la qualité de l'exécution du marché et, par conséquent, la valeur économique de l'offre. **Cela pourrait être le cas, par exemple, des marchés de services intellectuels tels que des services de conseil ou d'architecte.** Les pouvoirs adjudicateurs ayant recours à cette possibilité devraient s'assurer, par des moyens contractuels appropriés, que le personnel assigné à l'exécution du marché répond effectivement aux normes de qualité spécifiées et qu'il ne peut être remplacé qu'avec l'accord du pouvoir adjudicateur qui vérifie que le personnel de remplacement offre un niveau de qualité équivalent.“*

Dans ce cadre, il faudra éviter de requérir de manière contractuelle l'affectation nominative de personnes spécifiques à des projets.

En effet, pour des raisons d'organisation interne des bureaux, il est possible qu'une personne proposée dans le dossier de soumission soit affectée sur d'autres projets le temps que le contrat soit signé.

Le cas échéant, dans l'esprit de la directive, le pouvoir adjudicateur pourra demander qu'une personne de qualification et expérience équivalentes soit affectée au projet.

Par ailleurs, l'OAI estime que des services intellectuels comme les services en architecture, en ingénierie et en urbanisme devraient être choisis sur la base de la meilleure idée et de la meilleure conception: des critères quantitatifs comme le chiffre d'affaires et le nombre d'employés ne constituent pas des modes de sélection appropriés.

*De manière générale, l'OAI accueille favorablement le fait que la participation aux marchés publics de bureaux n'ayant pas l'expérience requise soit possible (Art. 30 (4) „(...) Les pouvoirs adjudicateurs **peuvent** exiger notamment que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant (...)“).*

Enfin, il importe d'atteindre un équilibre entre

- *Les prestataires disposant des références requises et du personnel ayant une certaine qualification et expérience*
- *Les prestataires disposant des références requises*
- *Les prestataires ne disposant pas des références requises.*

Dès lors, il faut rendre également possible l'accès aux marchés publics à de jeunes bureaux afin de briser le cercle vicieux les empêchant de se constituer des références. En effet, ces marchés constituent un tremplin pour débiter dans les professions OAI et construire leur bureau.

Articles 31 à 32.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 33. Recours aux capacités d'autres entités

Conformément à une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), tout opérateur économique peut faire valoir, pour un marché déterminé, les capacités d'autres entités. Cette possibilité existe quelle que soit la nature des liens existant entre lui-même et ces entités, pour autant qu'il est prouvé au pouvoir adjudicateur que le candidat ou le soumissionnaire disposera effectivement des moyens de ces entités qui sont nécessaires à l'exécution de ce marché.

Si le principe est clair, son application est complexe et nuancée, comme en témoigne la jurisprudence byzantine et évolutive de la CJUE.

La nouvelle directive 2014/24 sur la passation des marchés publics apporte diverses précisions mais également diverses modifications. Notamment (cf. article 63 de la Directive):

- ▶ *Lorsqu'un opérateur économique a recours aux capacités d'autres entités en ce qui concerne des critères ayant trait à la capacité économique et financière: le pouvoir adjudicateur peut exiger que l'opérateur économique et les autres entités en question soient solidairement responsables de l'exécution du marché.*

- Pour les marchés de travaux, les marchés de services et les travaux de pose ou d'installation dans le cadre d'un marché de fournitures, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même ou, en cas de groupement, par un participant dudit groupement.

Dans un arrêt du 7 avril 2016¹⁰, la CJCE relève à cet égard que l'article 63 de cette directive apporte des modifications substantielles s'agissant du droit pour un opérateur économique d'avoir recours aux capacités d'autres entités dans le cadre d'un marché public, en introduisant des conditions nouvelles qui n'étaient pas prévues sous le régime juridique précédent. La CJCE relève ainsi que „l'article 63, paragraphe 1, de la directive 2014/24 prévoit désormais que les opérateurs économiques ne peuvent avoir recours aux capacités d'autres entités „que lorsque ces dernières exécuteront les travaux ou fourniront les services pour lesquels ces capacités sont requises“.

Dans ce cadre, l'OAI rappelle que des associations momentanées ne devraient être formées qu'entre partenaires de même profession (entre architectes, entre ingénieurs-conseils, ...). En effet, ce type d'association implique une responsabilité solidaire des partenaires qui ne seraient pas légalement en mesure d'assurer les prestations de l'autre partenaire.

L'OAI préconise plutôt la forme de groupe d'études. Dans une telle constellation, chaque partenaire signe un contrat avec le pouvoir adjudicateur et reste seul responsable de ses prestations.

Un contrat commun entre les partenaires et le maître d'ouvrage régit la collaboration au sein du groupe d'études et les données et étapes-clés du projet à respecter (délais, coûts, ...).

Nous recommandons également de limiter le nombre de degrés de sous-traitance dans un souci de transparence pour le pouvoir adjudicateur.

En effet, les cascades de sous-traitants favorisent le dumping social, ce qui va à l'encontre des objectifs du présent projet de loi dans les domaines du droit environnemental, social et du travail.

Nous renvoyons également à notre avis sur l'article 106 du règlement grand-ducal.

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

Cet article va dans la bonne direction, mais dans un souci de simplification, l'OAI plaide pour **l'établissement de manière électronique d'un dossier standard** pour la partie administrative des appels de candidatures.

Il faudrait réfléchir à la mise en place d'une entité (p. ex. par la Chambre de Commerce, Chambre des Métiers, la Commission des Soumissions et le CRTI-B) qui établirait un dossier-type (TVA, bilan, ...) à remettre dans la mesure du possible par des moyens électroniques, évaluerait les entreprises et les opérateurs économiques sur base de ce dossier, et émettrait un document semestriel ou annuel attestant que l'opérateur en question peut participer aux soumissions publiques.

Ce document serait complété par la liste des références demandées, le cas échéant, pour attester de la capacité technique.

En effet, la partie administrative des dossiers de candidature représente un travail non négligeable et comportent de nombreuses pièces qui doivent être demandées spécifiquement pour chaque dossier alors qu'elles sont peu sujettes à modification.

Nous citons dans ce cadre l'exemple de la TVA: par le passé, les certificats TVA pouvaient être utilisés pour plusieurs soumissions. Aujourd'hui, les certificats TVA sont émis par dossier de soumission et ne peuvent donc être utilisés que pour la soumission en question. La surcharge de travail au niveau de l'administration a également eu pour résultat un allongement du délai pour recevoir les certificats en question.

Article 35. Critères d'attribution

L'OAI n'a eu de cesse d'exhorter les maîtres d'ouvrage à privilégier le critère de „l'offre économiquement la plus avantageuse“, par préférence à celui – souvent biaisé et dévoyé par une vision à court terme – du prix le plus bas.

¹⁰ CJUE 7 avril 2016 Partner Apelaki Dariusz c/ Zarząd Oczyszczania Miasta, aff. C-324/14

L'OAI ne peut donc que se féliciter que l'inflexion soit enfin mise sur la qualité des fournitures, travaux ou services et que soit abandonnée la tyrannie du prix le plus bas, qui en pratique conduit à toutes sortes d'abus (réalisation d'ouvrages de mauvaise qualité dont le coût à long terme pour la collectivité publique est décuplé, astuces contractuels et malencontreuse pratique des suppléments de prix cachés de l'adjudicataire ayant offert le prix le plus bas, dumping social, etc.).

Les nouvelles règles permettront aux acheteurs publics, notamment:

- *de favoriser l'innovation et la qualité dans les achats publics, en faisant de la qualité le critère prépondérant.*
- *de prendre en compte des critères sociaux ou environnementaux, plutôt que sur le prix le plus bas, en assignant des exigences spécifiques (via des instruments tels que le coût du cycle de vie et les spécifications techniques, labels, normes et certifications dont les nouvelles règles définissent les caractéristiques que les acheteurs publics peuvent exiger en la matière).*
- *de lutter contre le dumping social, en écartant plus largement les offres anormalement basses et en excluant les soumissionnaires n'ayant pas acquitté les taxes ou contributions de sécurité sociale.*

Un groupe de travail du CRTI-B, auquel participe l'OAI, établi actuellement une liste de critères d'attribution des marchés publics qui soient pertinents et efficaces afin de définir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Il serait utile d'intégrer les résultats de ce groupe de travail, le cas échéant dans une seconde étape, aux articles 35 à 37 du présent projet de loi ou dans le règlement d'exécution.

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

Nous renvoyons à notre commentaire pour l'article 35.

Article 37. Coût du cycle de vie

Nous renvoyons à notre commentaire pour l'article 35.

Article 38. Offres anormalement basses

Cet article ne soulève pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 39. Hypothèses

Il serait utile de préciser à l'article 39 (3) dans l'intérêt de la sécurité juridique, toutes les causes permettant d'annuler une mise en adjudication. Les causes mentionnées ne sont en effet qu'exemplatives et non exhaustives, alors que le texte prévoit que „(3) sans préjudice d'autres causes de nullité, une mise en adjudication peut être annulée pour les motifs suivants (...)“

Articles 40 à 51.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

*

LIVRE II

Dispositions particulières relatives aux marchés d'une certaine envergure

Articles 52 à 83.

Ces articles n'appellent pas d'observation de la part de l'OAI.

*

LIVRE III

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

Articles 84 à 150.

Ces articles ne suscitent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 151. Champ d'application

Cet article renvoie au montant prévu à l'article 98, lettre a).

Or, les amendements gouvernementaux du 31.8.2016 ont modifié la structure de l'article 98.

Ce renvoi est donc à revoir.

Articles 152 à 157.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

*

LIVRE IV

Gouvernances des marchés publics

Article 158. Champ d'application

Cet article ne soulève pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 159. Commission des soumissions

A ce jour, la Commission des Soumissions comporte des représentants des maîtres d'ouvrage publics et des entreprises, mais pas des professions OAI.

Or, bien que cette Commission soit rarement saisie de dossiers concernant l'attribution de missions de membres OAI, ces concepteurs assurent un rôle fédérateur essentiel entre tous les acteurs du projet et préparent la plupart des dossiers de soumissions pour le compte du maître d'ouvrage.

Ainsi, nous plaidons pour que des représentants de l'OAI soient intégrés au sein de la Commission des Soumissions.

La délégation de l'OAI pourra assurer un retour d'expériences utile pour améliorer l'efficacité et l'efficiency des dossiers de soumissions préparés par les membres de l'OAI.

En outre, le fonctionnement de la Commission des Soumissions pourra s'inspirer de celui du GIE CRTI-B, qui regroupe en son sein les acteurs principaux de la construction, à savoir les maîtres d'ouvrage publics, les concepteurs et les entreprises.

*

LIVRE V

Dispositions finales

Articles 160 à 163.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

*

ANNEXES AUX LIVRES I, II ET III, VISEES A L'ARTICLE 161

ANNEXE I

Services visés à l'article 76 et à l'article 148

Cette annexe ne soulève pas d'observation de la part de l'OAI.

*

ANNEXE II

**Liste des activités visées à l'article 3, paragraphe 1^{er}, lettre b), point i)
et à l'article 85, paragraphe 2, lettre a)**

Cette annexe ne soulève pas d'observation de la part de l'OAI.

*

ANNEXE III

**Liste des produits visés à l'article 52, paragraphe 1^{er}, point b)
en ce qui concerne les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs dans le domaine de la défense**

Cette annexe ne soulève pas d'observation de la part de l'OAI.

*

ANNEXE IV

Liste des actes juridiques de l'Union visés à l'article 115, paragraphe 3

Cette annexe ne soulève pas d'observation de la part de l'OAI.

*

ANNEXE V

Registres visés à l'article 30

Cette annexe ne soulève pas d'observation de la part de l'OAI.

*

ANNEXE VI

**Moyens de preuve du respect des critères de sélection
visés à l'article 31 et à l'article 33**

A la partie II de l'annexe VI nous recommandons d indiquer que pour les marchés de services portant sur des prestations d'architecture d'ingénierie ou d'urbanisme, le délai pendant lesquels les principaux services fournis puissent être pris en considération est à fixer par le pouvoir d'adjudicateur dans l'avis de marché selon le projet.

En effet, les projets de construction se déroulent de manière générale sur plus de trois années.

En outre, certaines catégories d'objets particuliers (p. ex. hôpital, école, ...) ne sont pas traitées aussi régulièrement par les bureaux sans préjudicier de leur capacité à assumer un tel projet.

*

4. ANALYSE ARTICLE PAR ARTICLE DU PROJET DE REGLEMENT GRAND-DUCAL SUR LES MARCHES PUBLICS

LIVRE I^{er}

Dispositions générales

Articles 1 à 2.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 3.

Bien que cet article soit repris de l'article 9 du règlement grand-ducal actuellement en vigueur, nous tenons à souligner que le recours à une entreprise générale peut être motivée par des raisons de délais, de coordination ou de responsabilité et ceci indépendamment de la valeur du marché. Nous proposons de prévoir une possibilité d'exception à cet effet moyennant motivation adéquate.

Article 4.

Le recours à une entreprise générale peut être motivé parmi d'autres par des raisons de délais, de coordination, de responsabilité. Ceci est valable aussi pour des marchés dont le montant des travaux peut être faible. Nous recommandons de ne pas lier le recours à une entreprise générale à celle de l'importance du marché.

Nous renvoyons également à notre commentaire de l'article 11 du projet de loi n° 6982 sur les marchés publics.

Articles 5 à 6.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 7. (1)

Nous sommes d'avis qu'il ne peut qu'être une recommandation de reprendre l'adjudication par lots dans l'avis de marché et non une obligation. Nous risquons des annulations de soumissions inutiles en cas d'oubli. Le mode et modalités d'adjudication sont uniquement à décliner en détail dans le cahier des charges.

Article 8.

Cet article ne soulève pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 9. (2)

Nous recommandons de remplacer le terme „sont tenus“ par „sont dans l'obligation sous peine d'irrecevabilité de l'offre“.

Toute liberté aux opérateurs économiques de n'offrir aucun prix doit être évitée pour ne pas risquer d'ouvrir la porte à des „arrangements“ ultérieurs.

Article 10. (2)

Dans un souci de sécurité juridique nous proposons la modification suivante:

*„(2) Le pouvoir adjudicateur demande séparément, dans le bordereau de soumission, les éléments de calcul du prix de revient, ainsi que leurs modalités de décompte. Ces éléments sont **notamment** (...)“*

En outre, nous recommandons de compléter ce paragraphe (2) par la phrase suivante:

„Ces éléments sont à renseigner obligatoirement sous peine d'irrecevabilité de l'offre.“

Nous rendons attentifs au fait que la majorité des entreprises ne remplissent pas le bordereau pour les éléments qui précèdent. Une indication tardive peut mener à une manipulation de l'offre et des niveaux de prix offerts en cas de révision. Dans un souci d'équité, ces éléments sont à renseigner au même titre que les prix unitaires.

Articles 11 à 12.

Ces articles ne suscitent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 13.

Dans un souci de transparence, il importe que le cahier des charges précise la pondération retenue pour les critères entrant en ligne de compte pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, ou au moins l'ordre décroissant de l'importance attribuée à ces critères.

Articles 14 à 22.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 23.

Nous sommes d'avis que cet article devrait être valable aussi bien pour l'adjudication par entreprise générale et que par corps de métiers ce qui ne ressort pas clairement de cet article.

Article 24. (1)

Afin d'éviter des négociations post-soumissions favorisant le „dumping“, nous recommandons que le soumissionnaire s'engage au préalable en précisant pour quelles parties du marché il entend de recourir à la sous-traitance et à quelle entreprise ces parties seront confiées.

En outre, lorsque des membres OAI s'associent momentanément afin de participer à des marchés publics, ils doivent fournir le contrat d'association au maître d'ouvrage.

Par analogie, il faudrait que si un opérateur entend sous-traiter à des tiers une partie du marché, fournisse au pouvoir adjudicateur les contrats de sous-traitance y afférent.

Article 25.

Dans l'objectif de protéger les sous-traitants et d'éviter des négociations post-soumissions favorisant le „dumping“ de toute nature, ce qui présente de vrais risques en terme de qualité en présence de prix insensés, nous recommandons les modifications suivantes:

1) Faire appliquer le présent article non seulement aux adjudications par entreprise générale globale ou partielle, mais aussi aux adjudications par corps de métier.

2) De remplacer pour l'ensemble de l'article 25 le terme „entrepreneur général“ par „entrepreneur“.

Il est également à clarifier au niveau du paragraphe (2) si la liste des sous-traitants doit faire partie des pièces obligatoires au moment de l'ouverture ou si elle peut-elle être fournie sur demande après l'ouverture (règle des 15 jours reprise à l'article 81)?

Article 26.

Cet article ne soulève pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 27.

Il faudrait préciser à ce niveau qu'il s'agit bien des lois et règlements en vigueur au Luxembourg.

En outre, nous nous posons la question des éléments préfabriqués à l'étranger et posés au Luxembourg. Cet article ne s'applique-t-il dans ce cas qu'au montage de ces éléments ou également à la fabrication?

Article 28.

Cet article ne soulève pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 29.

S'agissant des cas de force majeure, il faudrait préciser au niveau du paragraphe (2) que les causes du retard ne peuvent pas provenir d'éléments de la responsabilité directe ou indirecte de l'entrepreneur.

Articles 30 à 31.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 32.

Nous proposons la modification suivante:

*„En considération du risque que peut représenter le marché, le pouvoir adjudicateur **doit peut** exiger qu'avant le commencement des travaux, l'adjudicataire produise un certificat de sa compagnie d'assurance attestant la couverture de ses responsabilités professionnelles jusqu'à concurrence d'une somme d'assurance à déterminer par le cahier spécial des charges et en relation avec les dommages qui peuvent être occasionnés.“*

Il importe que les pouvoirs adjudicateurs imposent à tous les intervenants sur les projets publics la souscription d'une assurance sous peine de retirer le marché à l'adjudicataire.

Les professionnels OAI étant les seuls intervenants soumis à l'obligation légale d'une assurance (en vertu de l'article 6 de la loi du 13 décembre 1989 portant organisation des professions d'architecte et d'ingénieur-conseil), ils sont amenés à faire jouer celle-ci dans le cadre de la responsabilité in solidum par les tribunaux animés par le souci prépondérant d'indemniser le maître de l'ouvrage.

En outre, il importe de proposer, par exemple par le CRTI-B, des certificats d'assurance standards reprenant toutes les données importantes et utiles (montants couverts, garanties assurées).

Articles 33 à 39.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 40.

Nous proposons d'augmenter le délai de 7 jours à 10 jours.

En effet dans certains cas (par exemple quand une question parvient le vendredi soir au pouvoir adjudicateur) il peut être très difficile de garantir une réponse 3 jours avant l'ouverture de la soumission comme demandé à l'article 47 (3).

Articles 41 à 45.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 46.

Nous proposons de compléter le deuxième alinéa du paragraphe (1) quant à la division du marché en lots et l'admissibilité des variantes par „à moins que le pouvoir adjudicateur ne souhaite les faire figurer dans le cahier spécial des charges“.

Articles 47 à 49.

Il serait utile de préciser si les délais mentionnés à ces articles sont exprimés en jours ouvrables ou calendaires.

En outre, les notions de prestations „importantes“ ou „de moindre importance“ ne sont pas définies dans le texte.

Articles 50 à 51.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 52.

Par analogie avec l'article 40 nous recommandons détendre le délai minimal à 10 jours.

Articles 53 à 55.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 55.

Le recours à la voie postale ne semble pas cohérent avec la publication par voie électronique à travers le site des marchés publics. Est-ce qu'il faut faire les deux? Ne serait-il pas judicieux de se référer uniquement au site des marchés publics respectivement par une voie de communication unique par soumission?

Article 56.

Nous recommandons de compléter le paragraphe (2) comme suit:

„Tout support informatique doit être accompagné **sous peine d'irrecevabilité de l'offre** d'une version imprimée, laquelle sera marquée à titre de pièce de soumission et laquelle fera foi en cas de divergence.“

Nous nous interrogeons sur le fait que la formulation de cet article ferme la porte à la possibilité de passer au tout-électronique en matière de soumission.

Il faudrait pourtant réfléchir à moyen terme à la mise en place d'outil similaire au Gemeinsamer Ausschuss Elektronik im Bauwesen (GAEB) en Allemagne, par exemple sous l'égide du CRTI-B.

Article 57.

Cet article ne soulève pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 58.

Nous recommandons de modifier cet article comme suit:

„Sur le bordereau de soumission fourni par le pouvoir adjudicateur, les prix d'unité sont indiqués en chiffres et en toutes lettres en euros. ~~Sur les documents fournis~~ par le soumissionnaire, ~~les prix d'unité sont indiqués en chiffres en euros.~~“

Articles 59 à 60.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 61.

Nous recommandons de compléter les paragraphes (1) et (2) comme suit:

„**Art. 61.** (1) Il est interdit de changer ou d'ajouter quoi que ce soit au texte ou aux inscriptions des pièces de soumission **sous peine d'irrecevabilité de l'offre**.

(2) Les ratures ou corrections de tout genre sont inadmissibles **sous peine d'irrecevabilité de l'offre**. Les erreurs d'inscription sont à corriger sur une feuille séparée qui est à signer par le soumissionnaire et à annexer à l'offre. La feuille séparée contenant des corrections d'erreurs d'inscription de la part du soumissionnaire est à marquer „ne varietur“ par l'agent présidant la séance d'ouverture et mention des corrections est faite dans le procès-verbal“.

Article 62.

Nous recommandons de compléter cet article comme suit:

„**Art. 62. Sous peine d'irrecevabilité de l'offre**, toutes les positions du bordereau doivent être remplies, elles ne peuvent ni être barrées, ni contenir le terme „néant“, ni le chiffre zéro (0,-), à moins que le cahier spécial des charges n'en dispose autrement et sans préjudice des dispositions relatives aux variantes et aux solutions techniques alternatives, prévues aux articles 19 et 156.“

Nous suggérons d'étendre également l'obligation aux renseignements des données techniques, fabricants et produits, exigés par le cahier des charges, des éléments de calculs des révisions de prix, et des informations relatives aux sous-traitants (y compris précontrat), et des certificats d'assurance.

Articles 63 à 65.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 66.

Il faudrait préciser au paragraphe (1) st la mise à disposition d'une version informatique de tous les documents a travers le portail des marchés publics vaut aussi remise d'un exemplaire.

Articles 67 à 75.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 76.

Il existe des jurisprudences qui relativisent l'exigence de marquer à titre de pièces de soumission toutes les feuilles du bordereau de soumission et des variantes.¹¹

Dans la pratique, elle n'est d'ailleurs plus systématiquement respectée.

Ne serait-il pas suffisant de marquer la première page du dossier de soumission (sur laquelle le prix global est fixé et que l'opérateur a signé) complétée, le cas échéant, d'une liste de toutes les annexes fournies?

Articles 77 à 80.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 80.

Nous ne comprenons pas l'intérêt d'inverser la pratique actuelle qui consiste à vérifier l'absence de motifs d'exclusion et, s'il y a lieu, le respect des critères de sélection, avant d'examiner les offres elles-mêmes.

Nous rejoignons l'avis de la Chambre des Métiers en la matière, à savoir que cette façon de procéder renferme le risque que si une offre présente un prix très avantageux, et à supposer qu'elle soit techniquement conforme, le pouvoir adjudicateur risquera d'être moins enclin à vérifier en détail si le soumissionnaire ne tombe pas sous un des motifs d'exclusion ou ne respecte pas un des critères de sélection.

Article 81.

Nous comprenons au paragraphe (2) qu'une modification quelconque (p. ex. un changement de produit) serait interdite. Il faudrait cependant clarifier ce point et le mettre en évidence.

Selon notre analyse, il faut laisser une certaine latitude en la matière. Ainsi, un changement de produit peut être accepté si le prix et la qualité attendue sont respectés.

Articles 82 à 87.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 88.

Il faudrait préciser comment la présomption que le prix total ou qu'un prix unitaire n'est pas en rapport avec les prestations demandées peut être établie. Nous supposons qu'il s'agit de la méthode repris à l'article 89.

Article 89.

Cet article ne soulève pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 90.

Nous sommes d'avis qu'il revient au pouvoir adjudicateur de retenir le mode de calcul proposé par l'article 90.

¹¹ Cf. Tribunal administratif n° 14060 du rôle, 10 juillet 2002: „L'inobservation de l'obligation du marquage n'affecte cependant la légalité de la procédure d'adjudication que s'il ressort en outre des éléments du dossier que le jeu de la concurrence a été faussé, c'est-à-dire que les intérêts du maître de l'ouvrage ou des soumissionnaires ont été lésés“.

Une partie de la jurisprudence¹² basée sur le règlement grand-ducal du 3 août 2009 sur les marchés publics a rendu quasiment impossible d'écarter un opérateur avec des prix dérisoires. Au lieu de réduire encore les possibilités du pouvoir adjudicateur ne faudrait-il pas plutôt renforcer sa position?

La situation est aussi floue dans le présent projet de loi et de règlement grand-ducal. Est-ce que chaque position doit présenter un bénéfice ou est-ce que le marché global doit encore présenter un bénéfice? Dans le premier cas, une clarification du texte serait des plus utiles. Dans le deuxième cas, la situation actuelle montre l'inefficacité des dispositions.

Article 91.

Cet article ne soulève pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 92.

Nous voyons au paragraphe (1) une contradiction avec l'article 29 (2) du projet de loi. En effet, il n'y a plus de mention à la possibilité de passer un accord contraignant, mais uniquement aux attestations des administrations en la matière.

Articles 93 à 104.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 105.

Au paragraphe (2) il n'est pas précisé par quels moyens et sous quelle forme le pouvoir adjudicateur doit aviser les administrations fiscales ainsi que les établissements d'assurances sociales.

Article 106.

Si les cascades de sous-traitants ne sont pas proscrites d'office, elles devraient au moins être soumises à l'approbation du pouvoir adjudicateur.

Ainsi, il devrait être précisé que toutes les exigences visant l'entrepreneur principal valent également pour les sous-traitants à un quelconque degré.

En outre, dans un souci de transparence pour les pouvoirs adjudicateurs nous recommandons de limiter à ce niveau, ou le cas échéant, dans les cahiers spéciaux des charges standardisés en matière de marchés publics du CRTI-B, le nombre de degré de sous-traitants.

En effet, les cascades de sous-traitants favorisent le dumping social, ce qui va à l'encontre des objectifs du présent projet de loi dans les domaines du droit environnemental, social et du travail.

Articles 107 à 123.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 124.

Nous recommandons de compléter cet article comme suit:

*„Art. 124. Les factures relatives à ces constats **préalablement approuvés par le pouvoir adjudicateur** sont envoyées par l'adjudicataire au pouvoir adjudicateur sous pli recommandé ou délivrées au pouvoir adjudicateur ou à son représentant avec accusé de réception.“*

12 Tribunal administratif n° 21076 du rôle, 14 mars 2006: „En effet, les soumissionnaires peuvent légitimement – en vertu des textes communautaires et nationaux précités – refuser de divulguer à leurs concurrents et aux tiers les prix unitaires qu'ils pratiquent, et l'administration, qui joue le rôle d'arbitre, est alors en possession de tous les chiffres émanant des différents soumissionnaires, sans qu'elle soit en droit de les communiquer aux contestataires dans le cadre de réclamations ou d'un recours contentieux.

La position procédurale de l'administration change cependant en cas de recours contentieux dirigé contre une décision d'adjudication, l'administration revêtant alors la qualité de partie et non plus d'arbitre, ce dernier rôle revenant au juge. Or, celui-ci, en raison du caractère contradictoire de la procédure et de la communicabilité de toutes les pièces versées, ne dispose pas, alors, des informations dont pouvait profiter l'administration pour prendre sa décision, de sorte qu'il se trouve dans une position qui lui rend très malaisé le contrôle de la légalité de cette décision au-delà des pures conditions de forme, contrôle insuffisant au regard de la loi qui impose par ailleurs le respect de certaines conditions de fond comme, précisément, celle d'un prix normal de l'offre. Le juge ne peut dès lors que s'en tenir à des présomptions pour former sa conviction.“

Dans ce cadre nous rappelons que le projet de loi n° 5704 portant réforme des régimes de responsabilité en matière de construction et modifiant le code civil, propose des clarifications importantes en ce qui concerne le régime de réception des travaux dans le cadre du louage d'ouvrage et dans le cadre de ventes d'immeubles à construire.

Il est essentiel que ce projet de loi avance parallèlement au présent de loi.

Articles 125 à 133.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 134. (1)

Nous recommandons de modifier le paragraphe (2) de cet article comme suit:

*„(2) Une réception intermédiaire respectivement partielle ou globale **sera peut être** prononcée par le pouvoir adjudicateur après la livraison des fournitures et l'achèvement des travaux de respectivement une partie déterminée ou la totalité du marché et à la condition que ceux-ci ne donnent pas lieu à contestation de la part du pouvoir adjudicateur.“*

Nous sommes d'avis que la faculté d'organiser des réceptions intermédiaires doit rester à la seule discrétion du pouvoir adjudicateur.

L'abus est préprogrammé en cas de changement. Cet élément sera d'ailleurs traité par le CRTI-B dans le cadre de la revue des clauses contractuelles générales.

Article 135.

Cet article ne soulève pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 136.

Nous recommandons de compléter par les frais directs et indirects du maître d'ouvrage découlant des retards de l'opérateur.

Articles 137 à 151.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 152.

Il serait utile de relever le seuil de 60.000 euros afin de redonner une certaine flexibilité aux maîtres d'ouvrage.

Ceci est un outil de travail indispensable pour des projets de petite envergure.

*

LIVRE II

Dispositions spécifiques applicables aux marchés publics d'une certaine envergure

Articles 153 à 156.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 157.

Au paragraphe (2), nous tenons à souligner que la durée d'exécution moyenne des projets de construction d'envergure dépasse généralement 12 mois. Il n'est donc pas inhabituel qu'entre la première et dernière mise en soumission, un délai supérieur à une année peut être constaté, ce qui oblige à effectuer un deuxième avis de pré-information.

Est-ce que la durée de validité ne peut pas être augmentée à 24 mois?

Articles 158 à 162.

Ces articles ne suscitent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 163.

Au paragraphe (1), il serait utile que si les pouvoirs adjudicateur offrent par moyen électronique un accès gratuit, sans restriction, complet et direct aux documents de marché, de tels moyens électroniques soient également le moyen de communication exclusif pour les entreprises. Ainsi, toute question ou demande d'un opérateur devrait dans ce cas exclusivement passer à travers le site prévu à cet effet (portail des marchés publics).

Articles 164 à 191.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

Article 192.

Au paragraphe (2) de l'article 192, par analogie avec l'article 241 (2) s'applique pour les concours dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, nous recommandons l'ajout de la précision suivante quant au délai à respecter pour la transmission des résultats des concours:

„L'avis sur les résultats d'un concours est communiqué à l'Office des publications de l'Union européenne dans un délai de trente jours suivant la clôture du concours.“

Articles 193 à 207.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

*

LIVRE III

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

Articles 208 à 262

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

*

LIVRE IV

Gouvernance des marchés publics et concessions et obligations internationales

Article 263.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

Articles 264 à 266.

Nous renvoyons à notre commentaire de l'article 159 du projet de loi n° 6982 sur les marchés publics.

Articles 267 à 282.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

*

LIVRE V

Dispositions finales

Articles 283 à 287.

Ces articles ne soulèvent pas d'observation de la part de l'OAI.

*

L'OAI est en mesure de marquer son accord sur les présents projets de loi et de règlement grand-ducal sous réserve de la prise en compte de ses remarques.