

N° 5655¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2006-2007

PROJET DE LOI

sur les marchés publics

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DES METIERS

(28.8.2007)

Par sa lettre du 11 décembre 2006, Monsieur le Ministre des Travaux Publics a bien voulu demander l'avis de la Chambre des Métiers au sujet du projet de loi repris sous rubrique.

L'objectif principal du projet de loi est, selon ses auteurs, la modification de la loi sur les marchés publics du 30 juin 2003. Cette modification est devenue nécessaire pour pouvoir procéder à la transposition des récentes directives en matière de marchés publics, en l'occurrence la directive 2004/18 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ainsi que la directive 2004/17 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

*

**1. „L'IRRESISTIBLE EUROPEANISATION“ DE LA LEGISLATION
NATIONALE DES MARCHES PUBLICS**

Si en 1974, année de la mise en oeuvre au Luxembourg du premier règlement grand-ducal moderne sur les marchés publics, l'intégration de la législation européenne correspondante de 1971 dans notre droit des marchés publics était encore balbutiante, le renouvellement de 1989 et ses modifications subséquentes intégraient déjà plus en détail les quatre directives du début des années 1990. Ce n'est qu'à l'occasion de la grande réforme de 2003 que les directives ont été transposées complètement et de façon cohérente et transparente. Ainsi, la loi et le règlement grand-ducal étaient divisés en trois livres dont le premier traitait des marchés publics nationaux en dessous des seuils européens, tandis que le deuxième livre était consacré aux marchés au-dessus de ces seuils et le troisième s'occupait des marchés passés par les entités spécifiques des secteurs spécifiques (eau, électricité, télécommunication ...).

C'est en 2004 que le „paquet législatif“ initié par la Commission européenne en l'an 2000 à la suite d'un livre vert sur les règles communautaires en matière de commande publique a engendré, après de longues discussions avec le Parlement européen, les nouvelles directives dites générale (2004/18) et sectorielle (2004/17).

Ces directives introduisent un véritable mouvement de simplification: ainsi il n'y a plus que deux directives au lieu des quatre précédemment, les directives suivent la séquence naturelle et chronologique des procédures de passation des marchés publics, elles réduisent le nombre des seuils devenus pléthoriques et les rendent plus lisibles en les arrondissant. Elles intègrent plus de clarification et de transparence que les anciennes. Place est faite aux impératifs environnementaux et sociaux. Une distinction plus tranchée est établie entre la phase de la vérification de l'aptitude des candidats ou des soumissionnaires (clairement indiquée comme étant obligatoire même pour les procédures ouvertes) et la phase de l'appréciation des offres. Il est mis fin au fétichisme, voire à la dictature des normes puisque des spécifications techniques doivent désormais prévoir explicitement l'obligation de prendre en considération des produits ou des services qui satisfont d'une manière équivalente aux exigences définies.

Les directives de 2004 intègrent encore une modernisation et un assouplissement des procédures. C'est ainsi que les Etats membres sont libres de prévoir la possibilité pour leurs pouvoirs adjudicateurs de recourir à des accords-cadres, des centrales d'achat, des systèmes d'acquisitions dynamiques, des enchères électroniques et du dialogue compétitif. Enfin, les directives font une large part aux technologies électroniques sans toutefois aller à une dématérialisation totale de la commande publique.

La Chambre des Métiers constate que les auteurs du projet de loi ont intégré toutes les nouveautés prévues par les directives de 2004 dans le corps du projet de loi et celui du règlement grand-ducal sur les marchés publics.

*

2. LES NOUVEAUTES DU PROJET DE LOI

Les auteurs du projet de loi ont repris textuellement toutes les dispositions des directives et les ont intégrées dans le corps de texte de la loi de 2003, qui, à l'époque, était déjà structurée de telle façon à pouvoir être adaptée lors de révisions subséquentes de la législation européenne. Comme les directives européennes laissent en général aux Etats membres une certaine liberté puisqu'elles n'établissent pas une réglementation communautaire uniforme et exhaustive et comme elles doivent être transposées en droit national par une législation spécifique, cette transposition n'implique pas nécessairement une reprise textuelle des dispositions de la directive.

Mais la Chambre des Métiers comprend que les auteurs du projet de loi se soient tenus scrupuleusement au texte des directives vu le caractère très précis de nombreuses dispositions en la matière contrairement à celui des directives antérieures et elle les en félicite. En effet, un des grands acquis des nouvelles directives est la simplification et la précision dans la terminologie utilisée. Les auteurs du projet de loi ont réussi le pari d'utiliser à travers tout le texte la même terminologie. Cette façon de faire accroît considérablement la compréhension des textes.

En complément de la modification fondamentale des livres II et III traitant des marchés publics au-dessus des seuils et des marchés à passer par les „secteurs exclus“, les auteurs ont profité de l'occasion pour introduire des modifications ponctuelles dans le livre I s'appliquant à tous les marchés publics et à tous pouvoirs adjudicateurs.

2.1. Les grands principes sous-jacents

Comme les directives et la multitude de décisions de la Cour de Justice européenne imposent que les pouvoirs adjudicateurs doivent, lors de la passation de leurs marchés, respecter les principes du traité instituant la Communauté européenne, notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence, les auteurs du projet de loi ont adapté les grands principes à la base de la passation des marchés publics repris à l'article 4. Si la législation actuelle datant de 2003 n'énonce que le principe de la non-discrimination entre les opérateurs économiques, les nouveaux principes y ajoutent encore celui de la transparence qui doit être réalisée par une publicité adéquate et imposent aux pouvoirs adjudicateurs une politique d'information claire et précise tout au long de la procédure.

La Chambre des Métiers ne peut qu'approuver l'adaptation des principes fondamentaux qui régissent tous les marchés publics qu'ils soient nationaux ou tombant sous le règne des dispositions européennes. En effet, ces nouveaux principes limitent l'approche arbitraire des pouvoirs adjudicateurs et instaurent un traitement égal et équitable de tous les opérateurs économiques même pour les marchés ne tombant pas sous le coup des directives européennes, exigence fondamentale, qu'elle ne se lassait pas de demander l'implémentation.

2.2. La synchronisation des modes de passation

Les auteurs du projet de loi ont profité de la présente modification des textes pour faire bénéficier les pouvoirs adjudicateurs de nouvelles procédures prévues par les directives, même s'il s'agit de marchés publics de moindre envergure. Ainsi, l'accord-cadre et la centrale d'achat font leur apparition parmi les modes de passation généraux de marchés publics.

„Un accord-cadre est un accord conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer

au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.“ Telle est la définition retenue par l'article 3 du projet de loi.

Ainsi, un accord-cadre se caractérise par le fait qu'au jour de la conclusion de l'accord, il n'y a pas nécessairement de travaux, services ou fournitures commandés. Les commandes précises ne se feront qu'ultérieurement, en fonction de l'état de détermination des besoins à satisfaire. L'accord-cadre constitue donc la formalisation de relations futures. Le pouvoir adjudicateur contactera le ou les adjudicataires de l'accord-cadre, et négociera directement avec eux les conditions de la commande précise à satisfaire, dans les limites de ce qui aura été convenu dans l'accord-cadre, notamment en matière de prix ou de quantités.

La Chambre des Métiers approuve l'introduction de l'accord-cadre même pour les marchés de moindre envergure, parce qu'un tel accord permettra de limiter les marchés négociés et offrira aux opérateurs économiques une possibilité de nouer des relations commerciales à plus long terme avec un pouvoir adjudicateur. Mais elle doit insister à ce que les appels à accord-cadre se fassent avec la publicité nécessaire pour toucher le plus grand nombre d'intéressés et que la durée de validité d'un tel accord-cadre soit limitée dans le temps comme le prévoit la directive.

Un autre élément nouveau prévu par les directives et intégré dans le projet de loi pour tous les marchés est la constitution d'une centrale d'achat.

Une centrale d'achat est un pouvoir adjudicateur qui:

- acquiert des fournitures et/ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs, ou
- passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs.

Des techniques de centralisation des achats se sont récemment développées dans différents Etats membres. Ainsi, plusieurs pouvoirs adjudicateurs peuvent être chargés d'effectuer des acquisitions ou de passer des marchés publics/accords-cadres destinés à d'autres pouvoirs adjudicateurs. En augmentant l'importance des volumes achetés, cette technique de centralisation permet d'élargir la concurrence et d'améliorer l'efficacité de la commande publique.

Lorsqu'un acheteur public passe par une centrale d'achat, il est considéré comme ayant respecté ses obligations de publicité et de mise en concurrence dans la mesure où la centrale d'achat est elle-même soumise à de telles obligations.

La Chambre des Métiers est d'accord avec la constitution de centrales d'achat même pour des marchés de moindre envergure, tant que les règles établies pour les pouvoirs adjudicateurs soient respectées scrupuleusement par ces centrales d'achat. Elle donne par ailleurs à considérer que, comme normalement les centrales d'achat sont constituées pour augmenter les quantités achetées et peser ainsi sur les prix en profitant des économies d'échelle, les montants mis en concurrence dépasseront par conséquent le plus souvent les seuils prévus par les directives.

2.3. Les procédures d'exception

L'utilisation de la procédure ouverte c'est-à-dire de celle dans laquelle tout opérateur économique peut présenter une offre et dans laquelle la séance d'ouverture des offres est publique est obligatoirement la règle, toutes les autres procédures sont des procédures d'exception. Pour les marchés dépassant 8.000 euros (valeur cent de l'indice des prix à la consommation de 1948), les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent avoir recours aux procédures d'exception notamment la procédure restreinte sans publication d'avis et la procédure négociée que sous des conditions restrictivement énumérées par la loi.

En plus le recours à une telle procédure doit être motivé. Le principe de la motivation signifie que le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'indiquer dans son arrêt les considérations de droit et de fait à la base de sa décision qui justifient le recours à la procédure négociée ou à la procédure restreinte sans publication d'avis sur base d'une des hypothèses limitativement prévues par l'article 8. Les auteurs du projet de loi indiquent encore que la motivation du recours à la procédure négociée ou à la procédure restreinte sans publication d'avis et l'approbation de l'offre retenue peuvent se faire par une même décision.

Si la Chambre des Métiers prône depuis toujours l'utilisation renforcée de la procédure ouverte couplée avec des critères de sélection efficaces qui est par définition la seule à offrir le meilleur coût économique pour la communauté, elle considère par conséquent l'utilisation des autres procédures

comme tout à fait exceptionnelle. Ainsi, elle doit contester le fait que la motivation de l'utilisation d'une telle procédure d'exception pourra être raccordée à la décision d'attribution du marché.

En effet, d'après les données de la Cour des comptes quelque 60% des marchés sont passés par procédure d'exception pour un volume d'à peu près de 38% représentant quelque 180 millions euros. Vu le volume important et l'éventualité de refus des motifs par le contrôleur financier ex post, la Chambre des Métiers exige que la décision motivée de recourir à une procédure d'exception soit prise avant d'entamer la procédure de sélection et d'attribution à un adjudicataire.

Sous l'empire de la loi de 2003, si un pouvoir adjudicateur se proposait de recourir pour un marché estimé à plus de 25.000 euros (valeur cent de l'indice des prix à la consommation de 1948) il devait solliciter obligatoirement l'avis de la Commission des soumissions. Les auteurs du projet de loi doublent ce seuil à 50.000 euros en argumentant que de toute façon les contrôleurs financiers analyseraient si les conditions du recours à une procédure d'exception sont remplies. Si la Chambre des Métiers peut comprendre que cette modification décharge la Commission des soumissions, elle ne peut pas se déclarer d'accord avec ce doublement du seuil. En effet, comme le contrôle financier est toujours un contrôle ex post après que la décision d'attribution soit déjà prise et notifiée à l'adjudicataire, c'est souvent celui-ci qui pâtira des délais supplémentaires de paiement si le contrôleur financier n'accepte pas la motivation donnée et force ainsi le ministre de passer outre.

2.4. Les marchés réservés

La directive prévoit que les pouvoirs adjudicateurs puissent réserver la participation aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales. Les auteurs du projet de loi réservent aussi le droit de participation aux procédures de passation de marchés publics à de tels ateliers non seulement pour les marchés dépassant le seuil prévu par les directives, mais également pour les marchés de moindre envergure. La Chambre des Métiers constate avec satisfaction qu'il est précisé dans l'exposé des motifs que les personnes handicapées visées par cette disposition sont celles qui ont la qualité de travailleur handicapé au sens de l'article L. 561-1 du Code du Travail.

2.5. L'exclusion de la participation aux marchés publics

Par un arrêt rendu en date du 30 janvier 2004, la Cour Constitutionnelle a déclaré l'article 36 (5) de la loi modifiée du 27 juillet 1936 concernant la comptabilité de l'Etat, pour autant qu'il vise l'exclusion de la participation aux marchés publics, comme non conforme à l'article 14 de la Constitution qui dispose que „*Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi*“. Ainsi la Cour Constitutionnelle a jugé que l'exclusion même à temps de la participation aux marchés publics est une peine au sens de l'article 14 de la Constitution.

La Cour Constitutionnelle a estimé qu'une peine consistant dans l'exclusion ne peut faire l'objet d'un engagement contractuel, mais par contre doit être établie par une loi de sorte que l'article 36 (5) de la loi précitée qui prévoit l'exclusion de la participation aux marchés publics par le biais du cahier des charges a été déclaré comme non conforme à l'article 14 de la Constitution.

La disposition contenue dans l'article 13 (1) de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics quant à l'exclusion est similaire à celle contenue dans l'article 36 (5) de la loi modifiée du 27 juillet 1936 concernant la comptabilité de l'Etat dans la mesure où cet article ne fait que renvoyer au cahier général des charges à arrêter par voie de règlement grand-ducal, en l'occurrence aux articles 138 et suivants du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics.

Pour pallier à cette jurisprudence, les auteurs du projet de loi ont modifié l'article 13 en ce qui concerne les dispositions relatives à l'exclusion de la participation aux marchés publics. Le nouvel article 13 énonce clairement les motifs qui peuvent mener à l'exclusion et il fixe la durée maximale de l'exclusion, qui a été fixée à 2 ans.

Il est d'usage constant qu'un opérateur économique ne sera exclu que des marchés du pouvoir adjudicateur qui a prononcé l'exclusion. De même, la consultation de la Commission des Soumissions demeure obligatoire.

La Chambre des Métiers approuve cette approche car elle redonne aux pouvoirs adjudicateurs la faculté d'exclure des opérateurs économiques qui ont causé de graves désordres dans le cadre d'une procédure d'un marché public ou lors de son exécution.

2.6. La dématérialisation des procédures

Comme les moyens électroniques dans les procédures des marchés publics permettent d'élargir la concurrence d'améliorer l'efficacité des procédures par un gain de temps notable et comme les directives mettent les moyens électroniques sur un pied d'égalité avec les moyens classiques de communication, les auteurs du projet de loi introduisent l'informatisation des procédures en matière de marchés publics pour tous les marchés quelle que soit leur envergure. Le projet de loi prévoit que l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics sera réglée par voie de règlement grand-ducal tout comme l'institution d'un service spécialisé au sein du Ministère des travaux publics.

L'utilisation renforcée des moyens électroniques permettant une véritable réduction des charges administratives pour les entreprises, la Chambre des Métiers ne peut qu'approuver l'approche retenue par les auteurs et elle insiste à ce que la dématérialisation des procédures soit réalisée le plus rapidement possible. Elle voudrait encore rappeler d'associer à ces travaux le Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B) qui dispose d'une longue expérience et des compétences spécifiques dans ce domaine.

Dans ce même contexte d'utilisation des moyens électroniques, elle exige que les pouvoirs adjudicateurs commencent à utiliser réellement les produits élaborés depuis longtemps déjà par le CRTI-B tels que les bordereaux standardisés, le système électronique de gestion des rapports de chantier et de documents plans qui permettront déjà aujourd'hui des gains en efficacité et en transparence tant pour les pouvoirs adjudicateurs que pour les opérateurs économiques.

2.7. L'offre économiquement la plus avantageuse

Afin de mettre la loi en conformité avec la directive 2004/18/CE, les auteurs du projet de loi disposent que l'offre économiquement la plus avantageuse ne doit dorénavant plus être obligatoirement choisie parmi les trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas.

Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse n'est partant plus limité et le pouvoir adjudicateur peut pleinement utiliser les critères visant à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse qu'il a fixés dans le cahier des charges et qu'il a, sauf impossibilité pour des raisons démontrables, pondérés.

La Chambre des Métiers approuve pleinement le fait que les auteurs du projet de loi, à la suite des responsables européens accordent plus d'importance à l'offre économiquement la plus avantageuse. D'ailleurs, c'est depuis longtemps qu'elle préconise d'utiliser aussi souvent que possible la recherche intelligente du mieux-disant, qui est celui à offrir le meilleur rapport qualité-prix, que de rechercher la solution de facilité du moins-disant.

La loi prévoit également, à l'instar de la directive, que le choix peut se porter sur l'offre au prix le plus bas. En effet, beaucoup de marchés ne laissent pas de possibilités pour prévoir des critères d'attribution autres que le prix, mais les auteurs recommandent fortement aux pouvoirs adjudicateurs de faire le plus possible usage d'autres critères d'attribution afin de pouvoir déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

*

3. LE DIALOGUE COMPETITIF

Les procédures traditionnelles étant souvent jugées comme trop rigides par rapport aux réalités de l'achat public, une des demandes récurrentes lors de la phase de consultation à l'origine des directives de 2004, était la modernisation des procédures de passation pour les adapter aux besoins des pouvoirs adjudicateurs du 21^{ème} siècle.

Un des nouveaux instruments prévus est la procédure du dialogue compétitif qui peut être résumée comme une procédure particulière qui a des traits en commun aussi bien avec la procédure restreinte

avec publication d'avis qu'avec la procédure négociée avec publication d'un avis de marché. Le dialogue compétitif se distingue principalement de la procédure restreinte du fait que des négociations concernant tous les aspects du marché sont autorisées et de la procédure négociée par le fait que, pour l'essentiel, les négociations sont concentrées à une phase particulière dans le déroulement de la procédure. En outre, la nouvelle procédure prévoit des garanties pour que ce „dialogue“ n'ait pas lieu au détriment des principes de transparence et d'égalité de traitement.

L'intérêt de prévoir la procédure du dialogue compétitif est que les pouvoirs adjudicateurs qui réalisent des projets particulièrement complexes, peuvent être dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques ou de solutions financières ou juridiques. Cette situation peut notamment se présenter pour la réalisation d'infrastructures de transport intégrées, la réalisation de grands réseaux informatiques ou la réalisation de projets comportant un financement complexe, dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance.

Dans la mesure où le recours à des soumissions publiques ou restreintes ne permettrait pas l'attribution de tels marchés, il convient donc de prévoir une procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché. Le principe de la procédure du dialogue compétitif est prévu dans la loi, de même que les cas de figure dans lesquels on peut recourir à ce dialogue compétitif. Les règles d'exécution de ce dialogue, à l'instar des règles relatives aux procédures existantes, sont spécifiées par voie de règlement grand-ducal.

La procédure du dialogue compétitif n'est prévue que pour les marchés tombant dans le champ d'application du livre II, donc présentant une certaine envergure, car il n'est pas concevable que cette procédure se justifie pour des marchés complexes de moindre envergure.

À l'instar de la procédure négociée, le recours au dialogue compétitif doit être autorisé par décision motivée qui devra comporter un justificatif détaillé expliquant pourquoi le pouvoir adjudicateur considère un tel marché comme particulièrement complexe.

L'article 41 précise que la procédure du dialogue compétitif ne peut être utilisée que pour autant que le marché public est „particulièrement complexe“. Un marché est à considérer comme particulièrement complexe si le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir, conformément aux règles dans le domaine technique définies par voie de règlement grand-ducal, les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs ou s'il n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

Comme le dialogue compétitif est une procédure particulière dont le recours est strictement réglementé par la directive, il est impératif pour le pouvoir adjudicateur d'examiner au cas par cas et tout en tenant compte de ses capacités propres la nature du marché en question afin de vérifier si un recours au dialogue compétitif est justifié. En effet, la notion d'impossibilité n'est pas une notion abstraite, elle est atténuée par la précision du considérant (31) de la directive 2004/18, selon laquelle le pouvoir adjudicateur concerné se trouve dans cette situation „sans qu'une critique“ puisse lui être reprochée.

La fiche explicative de la Commission européenne en matière de dialogue compétitif impose au pouvoir adjudicateur une obligation de diligence. Ainsi, si le pouvoir adjudicateur peut être, par des moyens raisonnables, en mesure de définir les moyens techniques nécessaires ou d'établir le montage juridico-financier, alors le recours au dialogue compétitif n'est pas possible. Par conséquent, la Chambre des Métiers exige à ce que pour chaque recours au dialogue compétitif, le pouvoir adjudicateur démontre publiquement, dans l'exposé des motifs du projet de loi par exemple, qu'il n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques et/ou le montage juridico-financier de son projet.

En ce qui concerne plus spécialement la complexité juridique ou financière, la fiche explicative de la Commission admet que de telles questions peuvent se poser souvent pour des partenariats public privé, mais sans qu'on puisse parler d'un automatisme. Ainsi l'appellation de „projet PPP“ ne signifie pas eo ipso complexité juridique ou financière.

La Chambre des Métiers ne peut se déclarer d'accord avec l'utilisation de cette nouvelle procédure du dialogue compétitif, que si et seulement si une telle procédure est considérée comme une procédure tout à fait exceptionnelle et que sa mise en oeuvre n'est pas laissée à l'appréciation subjective des pouvoirs adjudicateurs. Elle insiste plus particulièrement à ce que le recours à cette procédure soit précédé d'études tant économiques que juridiques et techniques qui devront nécessairement faire l'objet de publication dans le cadre des projets de loi constitutionnellement nécessaires à la réalisation au

profit de l'Etat de grands projets d'infrastructure ou de bâtiments considérables ou à des engagements financiers importants de l'Etat et qui démontrent tant l'avantage financier que l'utilité pour l'intérêt général d'une telle procédure par rapport aux procédures classiques des marchés publics. Si la Chambre des Métiers peut se familiariser avec la procédure du dialogue compétitif, c'est que cette procédure impose, contrairement à la procédure négociée, un cadre strict au pouvoir adjudicateur pour le déroulement du dialogue afin de garantir le traitement égal de tous les participants et la transparence des informations en circulation.

3.1. Les risques économiques des partenariats public-privé

L'instauration du dialogue compétitif a surtout pour objectif de disposer d'une procédure adaptée à la mise en oeuvre structurée de partenariats public-privé (PPP). Contraint par la situation financière actuelle de l'Etat, le Gouvernement a pris l'option de s'engager, à l'avenir, davantage sur la voie du partenariat public-privé pour réaliser le financement des grands projets d'investissement.

Le partenariat public-privé (PPP) permet, en associant acteurs publics et acteurs privés de réaliser des équipements publics dans le cadre d'un contrat global comprenant la conception, le financement, la réalisation, éventuellement la maintenance ou l'exploitation du service. En règle générale, il associe trois types de partenaires: l'acteur public définit les objectifs et en contrôle la réalisation; l'opérateur privé réalise l'équipement et en assure la gestion; un partenaire banquier apporte les ressources financières nécessaires à la concrétisation du projet. Ainsi, le secteur privé prend en charge le coût global de l'investissement en se faisant rembourser, par exemple sous forme de loyers, mais pas seulement, pendant une durée longue de vingt ou trente ans. Le PPP peut porter sur la construction d'écoles, d'hôpitaux, de bâtiments administratifs ..., ou encore sur la réalisation d'équipements publics qui pourront faire l'objet d'une exploitation commerciale: infrastructures de transport, équipements culturels, sportifs ou de loisirs ...

Selon ses défenseurs, le PPP permet d'augmenter rapidement le volume du financement disponible pour réaliser des infrastructures ou équipements publics nécessaires par la mobilisation rapide de capitaux privés. Cette augmentation des ressources financières se double encore d'une accélération de la mise en oeuvre et de la réalisation des projets en utilisant à bon escient la flexibilité et la rigueur reconnues au secteur privé.

Si les avantages, surtout financiers, du PPP semblent évidents et peuvent séduire le Gouvernement à la recherche de moyens budgétaires supplémentaires pour financer son programme ambitieux d'investissements publics, la Chambre des Métiers est d'avis que les PPP ne doivent pas être traités comme une alternative de pur financement des investissements publics, comme le laissent entendre certaines déclarations de responsables politiques. En effet, la décision si un projet d'infrastructure est à réaliser par PPP ne devra aucunement être conditionnée par des difficultés budgétaires aiguës à charge des générations futures.

Or, la Chambre des Métiers met en garde contre une utilisation intempestive et irréfléchie de ces partenariats. En effet, un recours massif à des PPP pour la réalisation d'équipements publics, en risquant d'exclure les PME nationales de ce type de contrat au profit des géants européens du bâtiment ou des travaux publics, détruira à moyen terme la structure économique du secteur de la construction indigène, dont le rôle important dans la création d'emplois et par conséquent dans la cohésion sociale n'est plus à démontrer. Par ailleurs, elle redoute par le développement inconsidéré des PPP un risque sérieux pour la qualité architecturale et, partant, pour le cadre de vie des citoyens qui sera forcément sacrifié sur l'autel de l'efficacité financière.

La Chambre des Métiers plaide à ce que les PPP à élaborer soient agencés du point de vue financier, juridique et technique de telle façon à ce qu'ils prennent en considération la structure spécifique de l'économie luxembourgeoise et notamment les potentialités et les capacités du secteur de la construction (concepteurs et entrepreneurs) et du secteur financier.

Par ailleurs, elle exige que pour chaque projet qui est envisagé d'être réalisé par PPP, une analyse comparative avec les modes de réalisation classiques, comprenant une évaluation du point de vue technique, juridique, économique et financier et utilisant les méthodes de calcul économique soit effectuée au préalable, et qu'un PPP pour un objet ne soit mis en oeuvre que s'il est établi par cette étude qui, par ailleurs, devra être publique, que le PPP est le meilleur choix en termes d'utilité et d'efficacité économique de l'investissement public. En effet, les expériences menées à l'étranger ont démontré que seulement 20% des projets sélectionnés pour être réalisés par PPP gagnent effectivement

à être réalisés par PPP, tandis que les 80% restants sont mieux exécutés par les procédures classiques.

La Chambre des Métiers est convaincue de la complexité de la mise en oeuvre de tels procédés, tant pour le partenaire privé que pour le partenaire public. En effet, un contrat de partenariat réalise un véritable partage des risques, et ainsi, c'est surtout, et en premier lieu, le partenaire public qui doit être mis en mesure d'évaluer correctement les risques intrinsèques d'un contrat de PPP, d'autant plus que de tels contrats sont établis dans la durée (25 à 30 ans). De tels contrats doivent prévoir toute une panoplie de clauses traitant du partage des risques, des objectifs de performance, des obligations et de la rémunération du partenaire privé, des modalités de contrôle, des sanctions et pénalités, de conditions et possibilités de modification ou de résiliation du contrat par avenants, les suites de la défaillance du partenaire privé etc.

Afin de mieux appréhender la situation juridique et économique et d'affiner les moyens pour trouver une solution pragmatique pour faire participer au maximum l'économie luxembourgeoise, et afin de mieux appréhender les possibilités de ce nouveau moyen de réalisation d'investissements publics, la Chambre des Métiers demande de charger le Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B) qui regroupe tous les acteurs de la construction, d'une étude et de propositions concrètes de mise en oeuvre d'une solution luxembourgeoise de partenariats public-privé ou de créer un groupe de travail ou une task force „PPP“ composé de spécialistes en provenance du secteur public et du secteur privé.

La Chambre des Métiers est encore d'avis que les PPP peuvent être sources de réalisation de projets dans les délais et les budgets prévus surtout pour la phase réalisation, elle n'en est pas si sûre quand il s'agit de la phase de la définition des besoins des utilisateurs (surtout publics) et de la conception ainsi que de la phase préliminaire de la maîtrise du foncier tant que celui-ci n'est pas déjà propriété publique.

Les PPP présentent manifestement un avantage pour la réalisation de l'ouvrage, mais la nouveauté de la procédure nécessite pour les pouvoirs publics une période de consultation spécifique en matière juridique, technique et économique et de définition des besoins fonctionnels qui sûrement prolongeront les délais prévus. La Chambre des Métiers voudrait, dans ce contexte, rappeler les propositions pour une amélioration des formes d'organisation et de gestion des opérations de construction élaborées par le Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B) en 1996. Dans ce document, le CRTI-B prônait le recours systématique à un coordonnateur-pilote indépendant des autres acteurs et doté des pouvoirs les plus étendus en matière de gestion des délais et des budgets de l'opération de construction tant pendant la phase de définition des besoins et de conception que pendant la phase de réalisation.

3.2. Un partenariat public-privé réussi

Si le Gouvernement entend utiliser les PPP pour le vaste programme de construction de nouveaux lycées suivant le plan sectoriel „Lycées“, la Chambre des Métiers propose d'utiliser la méthode éprouvée à l'époque de la construction du complexe „Geesseknäppchen“ ou au moins de s'en inspirer fortement. D'ailleurs, la Cour des comptes dans son rapport sur les comptes de l'Etat de 2004 a clairement démontré que le campus „Geesseknäppchen“ a été terminé avec des dépenses inférieures aux dépenses prévues par le projet de loi.

La réalisation du campus „Geesseknäppchen“ qui renfermait beaucoup d'éléments d'un PPP, constituait une solution typiquement luxembourgeoise en faisant intervenir un financement privé basé sur la loi de garantie, un maître d'ouvrage délégué sous forme d'une société immobilière, un coordonnateur-pilote suivant les recommandations du CRTI-B, et des entreprises exécutrices, par corps de métier séparés, et sélectionnées, après une procédure de publicité européenne, d'après leurs offres économiquement les plus avantageuses. Cette expérience était à tel point concluante que les ouvrages étaient prêts bien avant les délais initialement prévus par l'utilisateur final.

Le programme de construction „Geesseknäppchen“ comportait un complexe de six immeubles scolaires avec leurs infrastructures sportives et de rencontre. En l'occurrence il s'agissait du Lycée Aline Mayrisch, de l'International School Luxembourg, d'un complexe sportif, d'une piscine, d'un lieu de rencontre appelé Forum et d'un parking. Le volume bâti total s'élevait à quelque 465.000 m³ et englobait une surface totale de 85.000 m². L'investissement total s'élevait à 151 millions d'euros. La durée

de la phase de la réalisation ou de la construction s'étalait de janvier 1998 à décembre 2000 soit au total une période de 36 mois.

3.2.1. Description du schéma

Un premier projet de loi relatif à la construction de l'ensemble „Geesseknäppchen“ fut déposé en septembre 1993, mais ce n'est que seulement en décembre 1995 que la Chambre des Députés vota une loi modifiée permettant de réaliser le campus scolaire et prévoyant sa réalisation par l'intermédiaire d'un promoteur privé financé sur base de la loi du 13 avril 1970. La mise à disposition de l'Etat devait se faire par un contrat de location-vente au terme duquel les immeubles tomberaient dans le domaine public.

La loi du 13 avril 1970, communément appelée loi de garantie, fixe les conditions suivant lesquelles le Gouvernement peut, soit acquérir certains immeubles présentant un intérêt public, soit garantir le rendement et les charges locatifs de tels immeubles. Grâce à cette loi, le Gouvernement peut conclure un contrat avec un promoteur (public ou privé) au terme duquel celui-ci s'engage à construire l'immeuble en question tout en s'assurant du financement par moyens propres ou étrangers, mais moyennant une garantie de loyer et de charges locatives pendant une période bien définie (25 ans au maximum). Au cas où le contrat comporte une clause de location-vente de l'immeuble, l'Etat, en tant que locataire, paie au promoteur les annuités nécessaires à la reconstitution du capital d'investissement et au remboursement des intérêts échus pour devenir propriétaire à l'expiration du terme fixé.

Pour la réalisation du campus „Geesseknäppchen“, le Gouvernement chargea, par un contrat de location-vente, un promoteur privé (en l'occurrence une société à responsabilité limitée) de l'opération, tant de la prise en charge du financement, que de la réalisation et de la gestion et de la maintenance.

Selon la note de conjoncture No 1/2005 du Statec, les contrats de location-vente conclus sous la loi de garantie entre l'administration publique (Ministère des travaux publics) et le partenaire privé (promoteur immobilier) contiennent le plus souvent les éléments suivants:

- création d'une société immobilière (par le promoteur et donc sans participation de l'Etat) qui sera le propriétaire de l'immeuble à construire:
 - l'immobilière construira un immeuble sur un terrain appartenant à l'Etat;
 - l'immeuble sera propriété de l'immobilière et l'Etat s'engage à le prendre en location pour une durée déterminée;
 - le droit de superficie et le droit de bâtir afférent sont accordés pour la durée du contrat de location-vente; à l'expiration de celui-ci, la propriété de l'immeuble reviendra de plein droit à l'Etat;
- convention de „location-vente“ entre l'Etat et l'immobilière dont les principales dispositions sont les suivantes:
 - le préambule du contrat constate que l'Etat „bien que n'étant que locataire sur la période de location-vente se comportera en fait comme propriétaire et mettra à tout moment l'immobilière en position de remplir ses obligations découlant de la présente vis-à-vis des autorités publiques“, etc., „qu'en conséquence l'immobilière, bien que propriétaire en droit, n'assume ni les charges, ni les risques incombant normalement au propriétaire“;
 - la définition du loyer annuel qui est égal au montant annuel nécessaire pour rembourser sur une période définie le principal et les intérêts des prêts accordés par les établissements financiers à l'immobilière;
 - la définition des frais de gestion administrative que l'Etat paiera à l'immobilière pendant la période de location-vente.

Par ailleurs, il incombait au promoteur privé de trouver le financement nécessaire auprès d'une institution financière sur base de son contrat de location-vente.

Pour la réalisation du complexe, le promoteur privé exerçait une véritable mission de maître d'ouvrage délégué, c'est-à-dire qu'il réalisait l'ouvrage en lieu et en place de l'Etat ou de l'administration, après que ce dernier avait défini ses besoins à travers un programme architectural. Cette mission comportait essentiellement les relations contractuelles et opérationnelles avec les intervenants, qu'ils fussent maîtres d'oeuvre ou entrepreneurs. En particulier, on pouvait distinguer les missions suivantes:

- la définition des conditions administratives et techniques, selon lesquelles l'ouvrage a été étudié et exécuté;
- la préparation du choix des maîtres d'oeuvre;
- la signature et la gestion des contrats de maîtrise d'oeuvre;
- la mise en adjudication par corps de métier des travaux à réaliser (par avis d'appel d'offres internationaux);
- la signature et la gestion des contrats;
- la coordination et le pilotage de tous les intervenants;
- le paiement des intervenants;
- la réception de l'ouvrage;
- le lancement d'actions en justice pour litiges éventuels.

Pour s'assurer de la réalisation des différents travaux, le promoteur avait recours à des soumissions publiques avec publicité internationale selon la législation et la réglementation des marchés publics. Vu l'importance des travaux à réaliser, il avait prévu des critères de sélection précis et plus spécialement des critères économiques et techniques. Comme les marchés relevaient des marchés publics, les contrats entre le promoteur privé et les entreprises se basaient essentiellement sur les clauses contractuelles et techniques élaborées par le Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B).

Ainsi, le promoteur privé avait à gérer, à coordonner et piloter plus de 400 intervenants, concepteurs et entreprises confondus. Malgré le nombre impressionnant d'acteurs, le projet a pu être finalisé avant les délais prévus grâce au recours à un coordonnateur-pilote indépendant des autres acteurs et doté des pouvoirs les plus étendus en matière de gestion des délais et des budgets de l'opération de construction, tant pendant la phase de définition des besoins et de conception, que pendant la phase de réalisation sur base du contrat-type de coordonnateur-pilote élaboré en 1996 par le CRTI-B.

3.2.2. Appréciation critique

La description de l'organisation du partenariat public-privé détaillé ci-dessus démontre clairement les atouts d'un tel PPP pour l'économie luxembourgeoise et plus spécialement pour les PME du secteur de la construction.

Le fait de faire intervenir un promoteur privé chargé de s'assurer du financement de l'ouvrage et de se faire rembourser sur une longue période l'investissement et les intérêts par un contrat location-vente, est essentiel pour pouvoir qualifier cette opération de PPP.

Pour le maître d'ouvrage public, une telle intervention d'un partenaire privé a permis de le décharger des missions classiques de la gestion de la réalisation des ouvrages. Mais bien entendu, il a participé avant le lancement de l'opération de construction à la définition du programme tant fonctionnel qu'architectural.

Cet investisseur privé agissant en tant que maître d'ouvrage délégué pour le maître d'ouvrage public s'est conformé aux règles des marchés publics tant en ce qui concernait le choix des procédures, des modes d'offres et de publicité pour la sélection des entreprises exécutrices des travaux. Ainsi, les PME de la construction qui intervenaient sur le chantier ont pleinement profité des règles d'égalité de traitement et des règles de transparence instaurées par le régime des marchés publics. Vu l'envergure de l'opération globale, le promoteur privé a alloué les différents marchés de telle façon que les PME opérant sur le marché pouvaient participer aux soumissions.

Finalement, le choix délibéré du promoteur privé de se faire assister par un coordonnateur-pilote, selon les recommandations du CRTI-B pour la gestion d'opérations de construction d'ouvrages d'envergure, a permis de respecter les délais de réalisation, sinon de les devancer d'une année.

Si l'organisation et l'agencement de ce type de PPP a été une réussite tant pour le promoteur privé que pour les autres acteurs y intervenant (architectes, ingénieurs et entrepreneurs) et pour l'utilisateur final, il ne faut pas oublier que le choix initial du promoteur privé a été le résultat d'un marché de gré à gré. Dans ce contexte, il faut se demander si aujourd'hui les règles européennes en matière de marchés publics permettent une telle procédure considérée comme manquant de transparence.

Il faut, en conséquence, trouver une méthode adaptée pour le choix du partenaire ou promoteur privé pour une opération de PPP, qui puisse garantir, d'une part, les règles et principes des traités européens (publicité, égalité de traitement, transparence, proportionnalité et reconnaissance mutuelle) et, d'autre part, les retombées macro-économiques et les répercussions sur la structure du secteur régional de la construction.

3.2.3. Proposition d'un montage possible

Dans sa communication interprétative sur les concessions en droit communautaire¹, la Commission déclare clairement qu'on est „en présence de marchés publics de travaux au sens du droit communautaire dès lors que le coût de l'ouvrage est supporté pour l'essentiel par le pouvoir adjudicateur et que le contractant ne se rémunère pas par le biais de droits perçus directement auprès des usagers de l'ouvrage“. Ainsi, le modèle „Geesseknäppchen“ prôné n'est pas à considérer comme une concession de travaux, même si le montage a fait intervenir un promoteur privé apportant le financement initial.

Comme les projets envisagés par le Gouvernement à être réalisés par PPP sont essentiellement des lycées où un droit d'utilisation perçu auprès des usagers est impossible et comme c'est ainsi l'Etat qui supporte la totalité du coût de construction et du risque d'exploitation, on doit conclure qu'il s'agit de marchés publics de travaux au sens communautaire du terme.

Comme le droit communautaire, tout comme notre législation sur les marchés publics disposent que les règles communautaires ne s'appliquent pas „aux marchés qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens“, on pourra monter une opération analogue en utilisant la méthode „Geesseknäppchen“. Toutefois, les contrats de services financiers conclus parallèlement, préalablement ou consécutivement au contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, sont soumis aux règles de publicité et de procédures européennes, de même les procédures de soumission pour la réalisation de l'ouvrage sont soumis aux règles européennes.

Finalement la Chambre des Métiers reste fondamentalement convaincue que les pouvoirs adjudicateurs, en investissant autant dans la phase préliminaire d'un projet de réalisation classique par marchés publics, qu'ils ont déjà investi en ressources et en études préliminaires de définitions de besoins pour mettre en route la réalisation du Neie Lycée et du Lycée technique pour Professions éducatives et sociales sur les terrains acquis par l'Etat à Mersch par la procédure PPP, le modèle classique reviendrait à moindre coût que par PPP.

*

4. L'ECONOMIE POLITIQUE DES MARCHES PUBLICS

Les marchés publics constituent un levier important de toute politique économique. Comme dans tous les autres pays européens, les commandes publiques atteignent au Luxembourg une telle ampleur qu'elles exercent nécessairement une action sur l'économie générale et sur le fonctionnement des entreprises. Il en est ainsi, en particulier, dans les secteurs du bâtiment et des travaux publics dont les activités correspondent, pour la moitié, à des marchés de l'Etat, des collectivités locales, des établissements publics ou d'autres organismes soumis au contrôle des pouvoirs publics.

Les marchés publics ne peuvent donc pas seulement faire l'objet de réglementations et de contrôles, mais la politique des marchés publics doit promouvoir, dans le cadre de la politique économique générale, l'adaptation de l'économie et, en particulier, celle des entreprises, ainsi que la réduction des coûts par l'accroissement de la productivité.

Dans son application au domaine de la construction, cette politique doit tenir le plus grand compte de la nécessité d'une amélioration de la qualité de vie et de la qualité architecturale, de manière à ce que les constructions du secteur public répondent aux aspirations actuelles des citoyens, de plus en plus sensibles au développement durable et qu'elles aient un caractère exemplaire à l'égard des constructions du secteur privé.

Les maîtres d'ouvrage publics doivent avoir l'ambition dans les années à venir:

- de concevoir un domaine bâti mieux adapté aux besoins du citoyen et d'en optimiser le coût;

¹ Journal officiel de l'Union européenne JO 2000/C/121 p. 2

- de concilier architecture et productivité;
- de favoriser la modernisation et l'adaptation des structures professionnelles et notamment l'adaptation des entreprises aux réalités des marchés globaux ou régionaux;
- de promouvoir l'amélioration des conditions de travail sur les chantiers, notamment quant à leur sécurité et leur hygiène.

Pour arriver à ces résultats, il est, certes, indispensable d'orienter les arts et les techniques vers des pratiques susceptibles d'entraîner un accroissement durable de productivité, mais il est non moins nécessaire de rendre plus claires, plus simples et plus incitatives, à la réduction des coûts, les dispositions réglementaires et les stipulations contractuelles concernant les marchés publics de travaux.

Les marchés publics doivent constituer un élément moteur de cette politique en contribuant, plus encore que par le passé:

- au progrès de la technique et de la normalisation dans tous les corps de métiers;
- à une meilleure organisation et à une plus grande continuité des chantiers;
- à l'obtention de meilleures conditions de travail;
- à une amélioration de la situation du secteur de la construction dans la compétition internationale.

Certes, la première préoccupation des maîtres d'ouvrage publics doit toujours être d'utiliser au mieux les deniers publics, dont ils disposent à cette fin, mais il leur faut s'attacher non pas tant, à obtenir, dans chaque cas particulier, le prix immédiat le plus bas possible, qu'à parvenir pour l'ensemble des travaux dont ils ont la charge, à une réduction durable des coûts pour la collectivité et à une amélioration de la qualité du domaine bâti.

Enfin, les pouvoirs publics doivent établir un environnement ou des conditions générales pour un marché équitable. Ainsi, les pouvoirs publics doivent s'efforcer d'équilibrer les conditions du marché pour que les intérêts publics soient équitablement respectés dans la fixation des règles. Les directives de 2004 entrent pour beaucoup dans ce rééquilibrage.

En conclusion, la Chambre des Métiers invite les auteurs du projet de loi de bien vouloir tenir compte de ses observations et suggestions formulées à l'égard du texte du projet de loi, tout en les félicitant pour la minutie avec laquelle ils ont réussi à intégrer les modifications engendrées par les directives de 2004.

Luxembourg, le 28 août 2007

Pour la Chambre des Métiers,

Le Directeur,
Paul ENSCH

Le Président,
Roland KUHN