



Rapport de contrôle à l'attention de la Commission européenne sur les marchés publics et les contrats de concession (Année : 2017)¹

- Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (*en abrégé : DIR. 2014/23*)

- Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (*en abrégé : DIR. 2014/25*)

- Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (*en abrégé : DIR. 2014/24*)

Rapport édité et présenté en juin 2019 par le

Ministère de la Mobilité et des Travaux publics

Département des travaux publics

4, Place de l'Europe

L-1499 Luxembourg

www.mmtg.gouvernement.lu

www.gouvernement.lu

www.luxembourg.lu

¹ Afin de conférer valeur utile au rapport, et dans la mesure où les textes légaux transposant les directives 2014/23, 2014/24 et 2014/25/UE ne sont entrés en vigueur qu'en 2018, certaines informations se rapportent aux années 2018 et 2019. En ce qui concerne la partie V. relative à mise en œuvre au niveau national de marchés publics à caractère stratégique, les informations se limitent à la mandature 2013-2018.

TABLE DES MATIÈRES

I. Présentation générale et informations statistiques.....	8
A. Cadre réglementaire et institutionnel.....	8
1. Principaux textes applicables au cours de l’année de référence 2017.....	8
2. Changements législatifs intervenus en 2018-2019.....	8
3. Accès au texte coordonné et aux principales circulaires.....	9
4. Structure et champ d’application.....	10
a) En matière de marchés publics, les textes de la loi et du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 sont structurés en « Livres », dont le champ d’application est fonction de seuils.....	10
b) De telles distinctions ne s’appliquent pas en ce qui concerne le champ d’application de la loi et du règlement grand-ducal du 3 juillet 2018 portant sur l’attribution des contrats de concession.....	10
5. Obligations dans le chef des Etats membres en matière de Gouvernance des marchés publics.....	11
B. Organisation institutionnelle en rapport avec la mise en œuvre, le suivi et le contrôle de l’application de la législation sur les marchés publics.....	12
1. En ce qui concerne le cadre réglementaire.....	12
2. En ce qui concerne les opérations de contrôle.....	12
a) Le rôle des contrôleurs financiers.....	12
b) Le rôle de la Cour des comptes.....	13
c) Le rôle du ministère de l’Intérieur.....	14
d) Le rôle de la Commission des soumissions.....	14
e) Contrôle sur saisine - Les juridictions civiles et administratives.....	16
(1) Au stade précontractuel.....	16
(2) Après la notification de la décision d’attribution du marché.....	17
(3) Pendant la phase d’exécution contractuelle.....	17
(4) Les autres possibilités de réclamation.....	18
C. Présentation des initiatives nationales prises pour fournir des orientations ou une assistance lors de la mise en œuvre des règles de l’Union relatives aux marchés publics ou répondre aux difficultés qui se posent lors de la mise en œuvre de ces règles.....	19
1. Le Portail des marchés publics.....	19
2. Le service administratif (secrétariat) de la Commission des soumissions.....	22
3. L’Institut national d’administration publique (INAP).....	23
4. Le CRTI-B.....	23
5. La Chambre des Métiers.....	26
6. La Chambre de Commerce.....	28

7.	Autres entités sectorielles	29
a)	Les fédérations et autres groupements sectoriels.....	29
b)	L’Ordre des Architectes et des Ingénieurs-Conseils (OAI)	30
c)	Le Syndicat des Villes et Communes luxembourgeoises (SYVICOL).....	30
d)	La Fédération des Hôpitaux luxembourgeois (FHL)	30
D.	Estimation de la valeur totale agrégée des marchés publics qui auraient relevé du champ d’application des directives si leur valeur avait dépassé les seuils pertinents (i.e. « marchés nationaux »).....	32
1.	Une obligation résultant des textes légaux	32
2.	L’objet des statistiques exposées dans le cadre de la présente partie du rapport	32
3.	Les démarches réalisées en vue de la collecte des informations relatives à l’année 2017 ..	32
4.	Résultats pour l’année de référence 2017.....	33
5.	La collecte de données sur un rythme annuel	34
6.	Démarches initiées en 2019.....	34
II.	Causes les plus fréquentes de mauvaise application des règles ou d’insécurité juridique, y compris d’éventuels problèmes structurels ou récurrents dans l’application des règles.	35
III.	Prévention, détection et signalement adéquat des cas de fraude, de corruption, de conflit d’intérêts et d’autres irrégularités graves	38
A.	Cadre légal.....	38
1.	Dispositions générales	38
2.	Dispositions particulières.....	39
a)	En ce qui concerne les fonctionnaires	39
b)	En ce qui concerne les agents publics étrangers	39
c)	En ce qui concerne les membres du gouvernement	40
B.	Organes nationaux compétents.....	40
1.	Les instances juridictionnelles (poursuites).....	40
2.	Le Commissariat du gouvernement chargé de l’instruction disciplinaire	40
3.	Le Conseil de discipline	41
4.	Le Comité de Prévention de la Corruption (COPRECO)	41
5.	Le Conseil de concurrence	41
6.	L’Administration des douanes et accises et l’Inspection du travail et des mines.....	43
C.	Les dispositions spécifiques prévues en matière de marchés publics et de concessions	43
D.	Formations	45
IV.	Degré de participation des PME dans les procédures de marchés publics	46
A.	L’importance des PME au Luxembourg	46

B. Les plans d'action nationaux	46
C. Les principales structures de soutien	46
1. Le Haut Comité pour le soutien des PME et de l'entrepreneuriat au Luxembourg	46
2. Luxinnovation G.I.E. (voy. p. 73)	47
3. Les Chambres professionnelles (ainsi que la Fédération des Artisans)	47
4. Le service administratif de la Commission des soumissions (voy. p. 22).....	48
D. Dispositions légales et réglementaires en faveur des PME en matière de marchés publics	48
1. Dispositions particulières prévues par la législation antérieure.....	48
a) De l'importance de diviser les marchés en lots	48
b) Les règles antérieures aux nouvelles directives.....	49
c) Une pratique concordante dans le secteur de la construction luxembourgeois.....	49
d) Les dispositions protectrices des sous-traitants	50
2. La refonte, en 2018, du cadre réglementaire	51
a) Réduction des charges administratives	51
b) Amélioration de l'accès des PME aux marchés publics.	51
c) Généralisation de l'invitation à diviser les marchés en lots	52
d) Protection des sous-traitants renforcée	52
E. Sensibilisation.....	52
F. Données quantitatives quant à la participation des PME dans les marchés publics et quant à la division des marchés en lots.....	53
V. Mise en œuvre au niveau national de marchés publics à caractère stratégique (intégrant des considérations environnementales, sociales et liées à l'innovation)	55
A. Généralités	55
1. La Commission européenne incite les Etats membres à faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe	55
2. Des domaines où le potentiel des nouvelles règles n'est pas exploité	55
3. Augmenter le nombre de marchés publics stratégiques.....	56
B. La refonte de la législation sur les marchés publics	57
1. Les principales dispositions à prendre en considération.....	57
a) Spécifications techniques, labels, rapports d'essais, certification, normes d'assurance de la qualité et normes de gestion environnementale.....	57
b) Fixation de conditions d'exécution particulières.....	57
c) Détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse (critères d'attribution, coût du cycle de vie)	57

d) Davantage de flexibilité dans le choix de procédures impliquant des négociations (procédure concurrentielle avec négociations, dialogue compétitif, partenariat d'innovation)	58
e) Davantage de possibilités de procéder à des achats en commun (centrales d'achats, passation conjointe occasionnelle de marchés, marchés transfrontaliers)	58
2. La circulaire ministérielle du 17 juillet 2018	58
C. Considérations sociales	59
1. Présentation générale.....	59
a) Quels sont les enjeux ?	59
b) Compétence	59
c) Principales structures d'appui.....	59
2. Dispositions particulièrement intéressantes en vue de faire respecter, voire d'intégrer davantage de considérations sociales dans les procédures de passation de marchés publics	60
a) La clause sociale horizontale.....	60
b) Cause d'exclusion des marchés publics	60
c) Sous-traitance	61
d) Prix anormalement bas	61
e) Mesures prises en matière de droit du travail (détachement des travailleurs)	62
f) Spécifications techniques, labels, rapports d'essais, certification, normes d'assurance de la qualité et normes de gestion environnementales (voy. p. 57)	63
g) Critères d'attribution (voy. p. 57)	63
h) Conditions d'exécution particulières du marché (voy. p. 57)	63
i) Insertion sociale	63
j) Régime procédural simplifié pour les marchés de services sociaux	63
3. Période de référence : 2017	63
a) En matière de politique de l'emploi.....	64
b) En matière de législation sur le détachement des travailleurs.....	64
c) En matière d'économie sociale et solidaire (ULESS).....	65
d) Politique d'achats responsable (Illustrations).....	65
e) Instruments et initiatives de soutien (Illustrations) voy. pp. 70-71.....	65
D. Considérations environnementales	66
1. Introduction	66
a) Quels sont les enjeux ?	66
b) Compétence	66
c) Principales structures d'appui.....	66
(1) Le Conseil supérieur du développement durable	66

(2) Le Conseil national de la construction durable (CNCD)	67
(3) Autres entités de soutien et de compétence (<i>e.a. EBL, MyEnergy, Luxinnovation, CRTI-B,...</i>)	67
2. Dispositions particulièrement intéressantes en vue de faire respecter, voire d'intégrer davantage de considérations environnementales dans les procédures de passation de marchés publics	68
a) Clause sociale horizontale, également dans le cadre de la sous-traitance (voy. pp. 60 et 61)	68
b) Cause d'exclusion des marchés publics	68
c) Prix anormalement bas (voy. p. 61)	68
d) Spécifications techniques, labels, rapports d'essais, certification, normes d'assurance de la qualité et normes de gestion environnementale (voy. p. 57).....	68
e) Critères d'attribution (voy. p. 57)	68
f) Conditions d'exécution particulières (voy. p. 57)	68
3. Période de référence : 2017	68
a) La « motion » de la Chambre des députés du 3 février 2010	68
b) Le programme gouvernemental pour la mandature 2013-2018 et les engagements politiques subséquents	69
c) Politiques d'achat (Illustrations)	70
d) Instruments et initiatives de soutien (Illustrations).....	70
e) Mise en œuvre pratique (Illustrations).....	71
E. Innovation	72
1. Introduction	72
a) Quels sont les enjeux ?	72
b) Compétence	73
c) Principales structures d'appui (Luxinnovation, CRTI-B).....	73
2. Dispositions particulièrement intéressantes aux fins de la passation de marchés publics à visée innovante	73
a) au titre des critères d'attribution (voy. p. 57) ;.....	73
b) au titre des conditions particulières d'exécution d'un marché (voy. p. 57) ;	73
c) au titre des cas d'ouverture du recours à la procédure concurrentielle avec négociations ou à la procédure du dialogue compétitif (voy. p. 58);	73
d) au titre des cas d'ouverture du « partenariat d'innovation » - un nouveau modèle de passation de marché, permettant de réaliser les achats publics avant commercialisation, incluant la phase « recherche et développement » (voy. p. 58) ;	73
e) en tant que facteur susceptible d'être pris en considération dans le cadre de l'attribution des marchés sociaux.	73

3. Période de référence : 2017	74
a) Les contributions de Luxinnovation (Illustrations).....	74
b) Les contributions du CRTI-B (Illustrations).....	75

I. PRÉSENTATION GÉNÉRALE ET INFORMATIONS STATISTIQUES

A. Cadre réglementaire et institutionnel

1. Principaux textes applicables au cours de l'année de référence 2017

- Loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics ;²
- Règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106, point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 ;
- Règlement grand-ducal modifié du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics modifiant le règlement grand-ducal modifié du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106, point 10° de la loi communale du 13 décembre 1988 ;
- Règlement grand-ducal du 24 mars 2014 portant institution de cahiers spéciaux des charges standardisés en matière de marchés publics et portant modification de l'article 103 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics ;
- Loi modifiée du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics.

2. Changements législatifs intervenus en 2018-2019

- Loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics (*en abrégé « LMP »*),³
- Règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106, point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 (*en abrégé « RGDMP »*) ;

² La loi et son règlement grand-ducal de 2009 portent transposition des directives 2004/17 et 2004/18 ; un certain nombre de dispositions portaient spécifiquement sur les concessions.

³ La loi et son règlement grand-ducal de 2018 transposent les directives suivantes :

- Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (en abrégé : DIR. 2014/25);
- Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (en abrégé : DIR. 2014/24).

Ils sont entrés en vigueur le 20 avril 2018 et ont partiellement abrogé la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et son règlement d'exécution du 3 août 2009, sauf en ce qui concerne les dispositions relatives aux contrats de concession.

- Loi du 3 juillet 2018 sur l’attribution de contrats de concession (*en abrégé « LC »*);⁴
- Règlement grand-ducal du 3 juillet 2018 portant exécution de la loi du 3 juillet 2018 sur l’attribution de contrats de concession.
- Règlement ministériel du 20 avril 2018 instituant un cahier spécial des charges standardisé relatif aux clauses contractuelles générales, applicable à tous les marchés publics de travaux relatifs au secteur du bâtiment ;
- Règlement grand-ducal du 25 janvier 2019 portant modification :
 - 1° du règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l’utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics modifiant le règlement grand-ducal modifié du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l’article 106 point 10° de la loi communale du 13 décembre 1988 ;
 - 2° du règlement grand-ducal d’exécution de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics.
- Loi du 16 mai 2019 relative à la facturation électronique dans le cadre des marchés publics et des contrats de concession.⁵

3. Accès au texte coordonné et aux principales circulaires

Le lien web ci-dessous donne accès au texte coordonné, mis à disposition grâce au Service central de législation de l’État.

Ce texte coordonné, de même que les circulaires ainsi que d’autres documents sont accessibles via l’onglet « Législation » du Portail des marchés publics :

- Texte coordonné :

http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/recueil/marches_publics/20180814

- Circulaires, communications et guides d’application :

<https://marches.public.lu/fr/legislation/circulaires-communications.html>

⁴ La loi et son règlement grand-ducal de 2018 transposent en droit luxembourgeois la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l’attribution de contrats de concession (en abrégé : DIR. 2014/23). Ils sont entrés en vigueur le 9 juillet 2018 et ont abrogé la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics en ce qui concerne les dispositions relatives aux contrats de concession.

⁵ La loi du 16 mai 2019 transpose la directive 2014/55/UE du 16 avril 2014 relative à la facturation électronique dans le cadre des marchés publics. Elle a été publiée au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg du 23 mai 2019 : <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2019/05/16/a345/jo>

4. **Structure et champ d'application**

a) En matière de marchés publics, les textes de la loi et du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 sont structurés en « Livres », dont le champ d'application est fonction de seuils.

Les seuils déterminant le régime juridique qui sera applicable aux procédures de passation de marchés dans le secteur classique sont les suivants :

marchés publics de travaux	5.548.000 €
marchés publics de fournitures et de services (<i>autorités publiques centrales</i>)	144.000 €
marchés publics de fournitures et de services (<i>pouvoirs adjudicateurs sous-centraux</i>)	221.000 €

- Lorsque la valeur estimée du marché à passer, calculée en application de l'article 12, est inférieure à ces seuils, la procédure relève du régime juridique du **Livre I^{er}** uniquement, qui contient des dispositions générales, ainsi que le « *Cahier général des charges applicable à tous les pouvoirs adjudicateurs* ».
- Lorsque la valeur estimée du marché à passer, calculée en application de l'article 12, est égale ou supérieure aux seuils indiqués ci-dessus, le marché relève du régime juridique prévu par les **Livres I^{er} et II**. Les dispositions du Livre I^{er} ne s'appliquent que pour autant que le Livre II ne contienne pas de règle spéciale (Loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics, art. 1^{er}, première phrase).
- Le Livre III s'applique aux procédures de passation de marchés dans les secteurs spéciaux, pour autant que la valeur estimée du marché soit égale ou supérieure aux seuils européens suivants :

marchés de travaux	5.548.000 €
marchés de fournitures et de services	443.000 €

Les chiffres indiqués ci-dessus correspondent aux **montants des seuils** actualisés au 1^{er} janvier 2018 (*montants hTVA*), tels que publiés au Journal officiel N° 321 du 29 janvier 2018.⁶

b) De telles distinctions ne s'appliquent pas en ce qui concerne le champ d'application de la loi et du règlement grand-ducal du 3 juillet 2018 portant sur l'attribution des contrats de concession.

La seule différence de régime porte notamment sur l'étendue des obligations en matière de publication sous le seuil de 5.548.000 €, fixé par la directive 2014/23/UE. (art. 8, al. 1^{er} et 2 de la loi).

⁶ Pour l'année de référence 2017, les montants étaient de 5.225.000 € (travaux) ; 135.000 € / 209.000 € (fournitures et services, en fonction de la qualité du pouvoir adjudicateur). Pour les marchés relevant du Livre III, le montant des seuils étaient de 5.225.000 € (travaux) ; 418.000 € (fournitures et services).

5. Obligations dans le chef des Etats membres en matière de Gouvernance des marchés publics

L'obligation pour les Etats membres de transmettre à la Commission européenne un rapport de contrôle trouve sa source dans le règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi sur les marchés publics (article 261) ainsi que dans le règlement grand-ducal du 3 juillet 2018 portant exécution de la loi sur l'attribution des contrats de concession (article 1^{er} (4)).

Cette obligation est initialement tirée de la transposition des directives 2014/23, 2014/24, et 2014/25, qui prévoient que les Etats membres sont tenus :

a. en vertu des articles 45 (DIR. 2014/23), 83 §3 (DIR. 2014/24) et 99§3 (DIR. 2014/25) :

de mettre à disposition de la Commission européenne, tous les trois ans, un « rapport de contrôle » comportant des informations sur :

- *« le résultat des opérations de contrôle » [de l'application des règles relatives aux marchés publics par les autorités, organismes et structures en compétents] ;*
- *« des informations sur*
 - > les causes les plus fréquentes de mauvaise application des règles ou d'insécurité juridique, y compris d'éventuels problèmes structurels ou récurrents dans l'application des règles relatives aux marchés publics et aux contrats de concession,*
 - > [ainsi que] sur la prévention, la détection et le signalement adéquat des cas de fraude, de corruption, de conflit d'intérêts et d'autres irrégularités graves dans le cadre de la passation de marchés ou de contrats de concession,*
 - > sur le niveau de participation des PME aux procédures de passation des marchés publics» ;*

b. en vertu des articles 83§3 (DIR. 2014/24) et 99§3 (DIR. 2014/25) :

de fournir des informations à la Commission européenne, à sa demande⁷ (tous les trois ans, au plus), « des informations sur la mise en œuvre des politiques stratégiques nationales en matière de marchés » ;

c. en vertu des articles 85 (DIR. 2014/24) et 101 (DIR. 2014/25) :

de transmettre à la Commission européenne, pour les marchés qui auraient relevé des directives européennes, si leur valeur avait dépassé le seuil applicable, un rapport statistique présentant une estimation de la valeur totale agrégée de ces marchés au cours de la période concernée (cette estimation pouvant notamment être fondée sur des données disponibles en vertu des obligations nationales en matière de publication ou sur des estimations fondées sur un échantillonnage) ;

d. en vertu des articles 85 (DIR. 2014/24) et 101 (DIR. 2014/25) :

de mettre à la disposition de la Commission européenne des informations sur leur organisation institutionnelle en rapport avec la mise en œuvre, le suivi et le contrôle de l'application de la présente directive, ainsi que sur les initiatives nationales prises pour fournir des orientations ou une assistance lors de la mise en œuvre des règles de l'Union relatives aux marchés publics ou répondre aux difficultés qui se posent lors de la mise en œuvre de ces règles.

⁷ n.b. : la Direction de la Commission européenne en charge du Marché intérieur, de l'industrie, de l'entrepreneuriat et des PME, a émis une telle demande dans le cadre d'un e-mail adressé aux membres du groupe de travail ESWG le 21 décembre 2017.

B. Organisation institutionnelle en rapport avec la mise en œuvre, le suivi et le contrôle de l'application de la législation sur les marchés publics

1. En ce qui concerne le cadre réglementaire

Le ministre ayant dans ses attributions les Travaux publics est responsable du cadre réglementaire relatif aux **marchés publics et aux concessions**.⁸

web : <https://marches.public.lu/fr/acteurs/direction.html>

2. En ce qui concerne les opérations de contrôle

Cette section a pour objet de présenter les principales entités qui contribuent à contrôler l'application des règles en matière de marchés publics.

a) Le rôle des contrôleurs financiers

La fonction du contrôleur financier a été introduite par la loi du 8 juin 1999 sur le Budget, la Comptabilité et la Trésorerie de l'Etat (ci-après : LC).

Le contrôle exercé par un contrôleur financier est un contrôle interne. Le contrôleur financier est placé dans les différents départements ordonnateurs (départements ministériels), mais dépend de la direction du contrôle financier, administration créée sous l'autorité du ministre ayant dans ses attributions le Budget, qui exerce un pouvoir hiérarchique à leur égard.

Cependant, l'exercice de ce pouvoir hiérarchique ne signifie pas que les contrôleurs financiers ne soient pas indépendants dans l'exercice de leurs missions de contrôle. En effet, l'article 87(2) de la LC dispose expressément que « *dans l'exercice des missions prévues par la présente loi, le contrôleur financier ne peut recevoir aucune instruction relative à une ordonnance ou un engagement particuliers* ». Le rôle du directeur du contrôle financier consiste dès lors principalement à assurer la coordination du travail des différents contrôleurs financiers, et notamment de dégager une ligne de conduite.

Le contrôle du contrôleur financier s'exerce *ex-ante* et revêt un caractère systématique. Il est chargé du contrôle de l'engagement et de l'ordonnancement de toutes les dépenses relevant du ou des départements ministériels placés sous son contrôle. Les services de l'Etat à gestion séparée (SEGS) font l'objet de contrôles *ex post*.

⁸ Sous la mandature 2013-2018, ces attributions étaient confiées au Ministre du Développement durable et des Infrastructures (département des Travaux publics). Pour la mandature 2018-2023, il s'agit du Ministre de la Mobilité et des Travaux publics (département des Travaux publics).

Ne rentrent pas dans les compétences du contrôleur financier, ni l'appréciation de l'opportunité d'une mesure proposée par un membre du gouvernement, ni l'examen de la bonne gestion économique. Ce dernier aspect fait partie des prérogatives de la Cour des comptes, qui, aux termes de la loi portant réorganisation de cette institution, procède à un contrôle *ex-post* des dépenses de l'Etat, contrôle qui donne lieu à la publication du rapport sur les comptes généraux de l'Etat de l'exercice afférent.

Les résultats des opérations de contrôle sont renseignés dans le rapport annuel d'activité du ministère des Finances.

web : <https://gouvernement.lu/fr/publications/rapport-activite/minist-finances/rapport-activite-2017.html>

b) Le rôle de la Cour des comptes

L'organisation et les attributions de la Cour des comptes émanent de l'article 105 de la Constitution ainsi que des dispositions de la loi portant organisation de la Cour des comptes du 8 juin 1999.

La Cour des comptes est un organe qui dépend de la Chambre des députés en ce qui concerne le mode de nomination de ses membres et de l'exercice de ses fonctions. Elle est indépendante du pouvoir exécutif et a pour mission de contrôler la gestion financière des organes, administrations et services de l'Etat. Elle est en outre habilitée à contrôler les personnes morales de droit public, pour autant que ces personnes ne sont pas soumises à un autre contrôle financier prévu par la loi. Finalement, toutes les personnes morales de droit public et personnes physiques et morales de droit privé bénéficiant de concours financiers publics affectés à un objet déterminé peuvent être soumis au contrôle de la Cour des comptes quant à l'emploi conforme à la destination de ces fonds publics.

En tant que contrôleur externe, la Cour des comptes examine la légalité et la régularité des recettes et des dépenses, ainsi que la bonne gestion financière des deniers publics. Le contrôle de la Cour des comptes porte donc sur l'économie, l'efficacité et l'efficience des dépenses publiques. Ce contrôle est immédiat et permanent en ce sens que la Cour signale à la Chambre des députés tout manquement aux lois sans même attendre la présentation des comptes.

Les contrôles de la Cour des comptes ne revêtent pas de caractère systématique. En effet, la Cour décide de sa propre initiative de la date et de la méthode de ses contrôles qui s'effectuent soit sur place, soit à distance. Tout document ou toute information que la Cour des comptes estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission lui sont communiqués à sa demande. Lors des contrôles elle prend toutes les dispositions pour garantir le secret de ses investigations.

La Cour des comptes publie tous les ans un rapport général sur les comptes de l'Etat qui est soumis à la Chambre des députés. Par ailleurs, la Cour peut présenter soit à la demande de la Chambre des députés, soit de sa propre initiative, des rapports spéciaux sur des domaines spécifiques de gestion financière.

web : - <https://cour-des-comptes.public.lu/fr/rapports.html>

c) Le rôle du ministère de l'Intérieur

Les décisions prises en matière de marchés publics par le secteur communal font l'objet d'un contrôle *ex-post*, exercé par le Ministre de l'Intérieur en vertu de l'article 19 de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, selon les modalités prévues par l'article 159 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics. Depuis l'entrée en vigueur de la réforme des marchés publics, il convient de se référer à l'article 50 de la loi du 8 avril 2018 et à l'article 149 du règlement d'exécution de cette loi.

L'examen des dossiers relatifs aux marchés publics est effectué par la Direction des affaires communales du ministère de l'Intérieur qui est notamment en charge du contrôle administratif des communes, des syndicats de communes et des établissements publics placés sous la surveillance des communes. Les résultats des opérations de contrôle sont renseignés dans le rapport annuel d'activité du ministère de l'Intérieur.

web : - <https://mint.gouvernement.lu/fr/directions/directions-affaires-communales.html>

- <https://gouvernement.lu/fr/publications/rapport-activite/minist-interieur/2017-rapport-activite-interieur.html>

d) Le rôle de la Commission des soumissions

Les dispositions relatives à la Commission des soumissions sont énoncées à l'article 16 de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics. Depuis l'entrée en vigueur de la réforme législative le 20 avril 2018, il convient de se référer à l'article 159 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics.

Les dispositions relatives à la composition de la Commission des soumissions, à son mode de saisine et de fonctionnement, sont inscrites dans le règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, aux articles 143 et suivants. Depuis l'entrée en vigueur de la réforme législative le 20 avril 2018, il convient de se référer aux articles 262 et suivants du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics.

Instituée auprès du ministre ayant dans ses attributions les Travaux publics en vertu de la loi sur les marchés publics, la Commission des soumissions se compose de neuf membres : Cinq membres, dont le président, représentent le commettant, et quatre membres représentent les chambres professionnelles (Chambre de Commerce, Chambre des Métiers), la Fédération des artisans et le Groupement des Entrepreneurs du Bâtiment et des Travaux publics. Pour chaque membre de la commission est institué un membre suppléant. La Commission des soumissions est assistée d'un service administratif (voy. p. 21).

web : <https://marches.public.lu/fr/acteurs/commission.html#>

En matière de marchés publics, les missions incombant à la Commission des soumissions sont prévues par la loi et sont les suivantes :

- *veiller à ce que les dispositions légales, réglementaires et contractuelles en matière de marchés publics soient strictement observées par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, ainsi que par les adjudicataires;*
- *instruire les réclamations;*
- *assumer toute mission consultative relative aux marchés publics;*
- *donner son avis à tout pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice qui le demande, relativement aux marchés publics à passer ou conclus;*
- *exécuter les tâches spécifiques lui confiées par la présente loi et ses règlements d'exécution.*

La Commission des soumissions instruit les réclamations qui lui sont adressées soit par le pouvoir adjudicateur, soit par le soumissionnaire, soit par une chambre professionnelle intéressée. À sa propre demande, le soumissionnaire dont la soumission fait l'objet d'une réclamation est entendu dans ses explications. De même, le pouvoir adjudicateur, dont la soumission fait l'objet d'une réclamation, est entendu dans ses explications s'il en fait la demande.

La loi sur les marchés publics impose encore que la Commission des soumissions soit obligatoirement saisie d'une demande d'avis préalable dans les cas de figure suivants :

- lorsqu'un pouvoir adjudicateur se propose de recourir à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché (pour les marchés dépassant 432.895 EUR) ;
- lorsqu'un pouvoir adjudicateur se propose de procéder à l'exclusion d'un opérateur économique ;
- lorsqu'un pouvoir adjudicateur se propose de procéder à la résiliation d'un marché public aux torts de l'adjudicataire. L'analyse de la Commission des soumissions contribue à éviter que des marchés ne soient résiliés de manière abusive ;
- lorsqu'un pouvoir adjudicateur se propose de procéder à l'annulation d'une mise en concurrence pour résultat non satisfaisant;
- lorsqu'un pouvoir adjudicateur se propose de renoncer la passation d'un marché (abandon de projet).

Il s'agit d'hypothèses pour lesquelles le pouvoir législatif a jugé utile de prévoir un contrôle a priori, en vue d'éviter les abus.

En matière d'attribution de contrats de concessions, la Commission des soumissions s'est vu attribuer des missions similaires par la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution des contrats de concession.

Les avis de la Commission des soumissions ont valeur consultative (et non juridictionnelle). La saisine de la Commission des soumissions n'interrompt pas le délai de « *standstill* » en cas de décision d'attribution, et est sans effet vis-à-vis des délais de procédure.

Il est rendu compte de l'envergure des activités de contrôle de la Commission des soumissions dans le rapport d'activité du département ministériel en charge du cadre réglementaire relatif aux marchés publics.⁹

⁹ <https://gouvernement.lu/fr/publications/rapport-activite/minist-mobilite-travaux-publics/departement-travaux-publics/2018-rapport-activites-dtp.html>

e) Contrôle sur saisine - Les juridictions civiles et administratives

Les juridictions chargées de l'application des procédures de recours en matière de marchés publics sont à la fois les juridictions administratives et les juridictions civiles. Il n'existe pas de juridiction spécialisée.

Différentes règles s'appliquent à l'examen des marchés publics, en fonction du régime applicable :

- En dessous des seuils européens (Livre I^{er}), seules les règles de droit commun sont applicables. Les procédures administratives sont régies par la loi du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, la loi du 1^{er} décembre 1978 réglant la procédure non contentieuse et le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes. En ce qui concerne les procédures civiles, le Nouveau Code de procédure civile s'applique.
- Au-delà des seuils européens (Livre II et III), les règles particulières de la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics (*ci-après : LR*), s'appliquent, outre les règles ordinaires. Le champ d'application de cette loi a été entendu aux procédures de passation de contrats de concessions, régies par la loi du 3 juillet 2018.

Étant donné l'existence de règles plus spécifiques, le présent rapport se concentrera sur les recours applicables aux procédures auxquelles s'appliquent les Livres II et III de la loi sur les marchés publics (régime européen).

Toute personne ayant un intérêt à obtenir un contrat particulier et qui a été, ou risque d'être, lésée par une violation alléguée peut engager une ou plusieurs procédures de recours. (LR, art. 1^{er}).

Il convient de distinguer les recours au stade précontractuel, les recours contre la décision d'attribution et les recours en cours d'exécution du contrat.

(1) Au stade précontractuel

Au cours de la procédure d'appel d'offres, une requête demandant des mesures conservatoires peut être présentée au Président du Tribunal administratif (LR, art. 3 et 4). Ces requêtes, dites « *en référé précontractuel* », doivent être signifiées au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice visée de manière parallèle au dépôt au greffe du Tribunal administratif (LR, art. 2). Le dépôt d'une telle requête en référé a un effet suspensif (LR, art. 4). Le Président statue par ordonnance, sur la base d'une procédure orale. Cette ordonnance est susceptible d'appel.¹⁰

¹⁰ Doc. Parl. n° 61195, avis compl. du Conseil d'Etat ; <http://www.chd.lu> ; L. SPIELMANN « *Jurisprudence récente de la Cour de Justice de l'Union européenne et des juridictions administratives (suprêmes) dans le contentieux des marchés publics* » ; R. ERGEC, F. DELAPORTE, « *Contentieux administratif* », Bulletin de jurisprudence administrative, 2018, p. 81 (n° 175) et aux pp. 87-88.

Il est important de noter que les juridictions administratives se déclareront uniquement compétentes pour juger des décisions d'attribution, qu'elles considèrent comme relevant du champ d'application du droit administratif. Pour toutes les autres actes et décisions, les cours et tribunaux civils ordinaires sont compétents. Dans ce dernier cas, la demande en prescription de mesures conservatoires est présentée au Président du Tribunal d'arrondissement. Conformément aux règles de procédure ordinaires devant les juridictions civiles, l'ordonnance du Président du Tribunal d'arrondissement est susceptible de recours devant la Cour d'appel.

(2) Après la notification de la décision d'attribution du marché

Pendant la période du « *standstill* », une requête visant au sursis à exécution de la décision d'attribution du marché peut être présentée au Président du Tribunal administratif (LR, art. 6).

Une telle requête doit aussi être signifiée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice visée de manière parallèle au dépôt au greffe du Tribunal administratif (LR, art. 2). Le Président statue également par ordonnance, sur la base d'une procédure orale. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir à la conclusion d'un contrat avec le soumissionnaire retenu jusqu'à l'écoulement du délai de « *standstill* », et, en cas de procédure de référé, jusqu'à la notification de l'ordonnance du Président (LR, art. 6). Conformément à la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives (Art. 11 (6)), cette ordonnance n'est pas appelable.

Lorsque la décision d'attribution ne relève pas du champ d'application du droit administratif (comme expliqué précédemment), la demande tendant au sursis à exécution est portée devant le Président du Tribunal d'arrondissement, siégeant comme juge des référés (LR, art. 20). Conformément au droit procédural applicable devant les juridictions civiles, l'ordonnance du Président est susceptible de recours devant la Cour d'appel.

(3) Pendant la phase d'exécution contractuelle

Conformément aux règles ordinaires applicables aux décisions relevant du champ d'application du droit administratif, un recours en annulation de la décision d'attribution peut être introduite devant le Tribunal administratif, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision d'attribution du marché. La voie de la réformation n'est pas ouverte. Le Tribunal administratif statue sur base d'une procédure écrite et orale dont la procédure est règlementée par la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives. Conformément au règlement de procédure ordinaire devant les juridictions administratives, le jugement est susceptible d'appel devant la Cour administrative.

Par ailleurs, les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrice peuvent introduire auprès du président du Tribunal d'arrondissement une demande tendant à faire déclarer un marché public dépourvu d'effet ou à imposer des pénalités financières (LR, art. 9). Les motifs pour déclarer un marché dépourvu d'effet seraient notamment la constatation que le pouvoir adjudicateur a passé un marché sans publication préalable d'un avis de marché sans que cela ne soit admissible en vertu de la loi sur les marchés publics, ou en cas de violation de la loi du 10 novembre 2010 portant recours en matière de marchés publics (par exemple en cas de non-respect du délai de « *standstill* »).

Une fois de plus, conformément aux règles de procédure ordinaires devant les juridictions civiles, l'ordonnance du Président est susceptible d'appel devant la Cour d'appel.

Toute autre réclamation relative à l'exécution du contrat devra être portée devant les cours et tribunaux civils ordinaires.

Il convient encore de mentionner que l'assistance d'un Avocat à la Cour (Liste I) est obligatoire pour toute action introduite devant les juridictions de l'ordre administratif, pour les actions portées devant le Président du Tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés, ainsi que pour toute action civile ordinaire d'une valeur supérieure à 10.000 EUR.

(4) Les autres possibilités de réclamation

Conformément à la législation sur la procédure administrative non contentieuse,¹¹ une réclamation (appelée « recours gracieux ») peut être introduite auprès du pouvoir adjudicateur afin de demander au dernier de réviser sa décision. Cette réclamation n'a cependant pas d'effet sur le délai de « *standstill* » mais elle a une incidence sur les délais de procédures ordinaires pour l'introduction d'un recours en annulation au fond. Il ne s'agit pas d'une étape obligatoire avant d'intenter une action devant un juge.

Il faut savoir que les pouvoirs adjudicateurs ont la possibilité de modifier ou de retirer une décision d'attribution du marché, malgré la saisine d'un juge, à condition qu'une procédure administrative spécifique soit suivie (garantissant que les droits du soumissionnaire retenu et des autres soumissionnaires, qui seraient potentiellement concernés, sont dûment protégés). Ici encore, il convient de se référer aux règles de la procédure administrative non contentieuse.

Dans tous les cas et à tout moment, une réclamation peut être adressée à la Commission des Soumissions. La Commission des soumissions est un organe consultatif qui ne fait pas partie du pouvoir judiciaire. Il n'y a pas de date limite pour l'envoi d'une telle réclamation, ni de formalités particulières, ni encore de frais. La partie réclamante n'a pas besoin de l'assistance d'un avocat. Toutefois, une réclamation introduite devant la Commission des soumissions n'a pas d'incidence sur le délai de « *standstill* ». En outre, les avis de la Commission des soumissions ne sont pas contraignants.

web : <https://justice.public.lu/fr/jurisprudence/juridictions-administratives.html>¹²

¹¹ Loi du 1^{er} décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse et le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'État et des communes.

¹² Les décisions des juridictions administratives sont publiées sur le portail de l'administration judiciaire du Grand-Duché de Luxembourg, après avoir été rendues anonymes. Environ tous les deux ans, les décisions considérées comme étant les plus importantes par les magistrats des juridictions administratives sont publiées dans un recueil.

C. Présentation des initiatives nationales prises pour fournir des orientations ou une assistance lors de la mise en œuvre des règles de l'Union relatives aux marchés publics ou répondre aux difficultés qui se posent lors de la mise en œuvre de ces règles

1. Le Portail des marchés publics

Le Portail des marchés publics, institué auprès du département ministériel responsable du cadre réglementaire relatif aux marchés publics et géré avec le concours du Centre des technologies de l'information de l'Etat (CTIE) est la plateforme électronique qui centralise la publication obligatoire des avis de marché et des documents de soumission pour l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices tombant sous le champ d'application de la législation sur les marchés publics et les concessions.

Le règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics confère une base réglementaire à l'utilisation des moyens électroniques lors de la passation des marchés publics.

Le règlement ministériel du 2 décembre 2014 institue les conditions d'utilisation du Portail des marchés publics.

Le Portail des marchés publics est en service depuis octobre 2005. Une nouvelle version de l'application qui est hébergée par le CTIE a été mise en ligne en juin 2012. Une mise à jour majeure de l'application et une migration vers l'environnement Cloud de l'Etat est prévue pour 2019.

En termes d'architecture, il y a lieu de distinguer trois parties :

- la partie informationnelle avec des informations sur les marchés publics (<http://www.marches.public.lu>),
- la partie applicative pour les opérateurs économiques (<https://pmp.b2g.etat.lu>)
- ainsi que la partie applicative pour les agents (backoffice).

La **partie applicative** sert à gérer les communications électroniques décrites ci-dessous.

La **partie informationnelle**¹³ contient des informations de référence sur le cadre réglementaire des marchés publics et des concessions.

¹³ web : <https://marches.public.lu/fr/legislation/circulaires-communications.html#>

La partie informationnelle du Portail des marchés publics donne accès à d'autres liens utiles, dont notamment :

- la liste des textes applicables (y compris un lien vers un texte coordonné, mis à disposition par le Service central de législation),
- une description pratique des procédures,
- le montant des seuils,
- des informations relatives au point de contact de la Commission des soumissions,
- des actualités,
- d'autres informations, telles que des circulaires, guides d'application, etc..

Le contenu est actualisé par le département ministériel responsable du cadre réglementaire relatif aux marchés publics et aux concessions.

La partie informationnelle offre également deux types d'abonnement aux avis de marché publiés. D'un côté une Newsletter transmise par e-mail et d'un autre côté des flux RSS qui renseignent sur les dernières publications.

Communications électroniques

Dans le cadre **de la dématérialisation des marchés publics**, le Portail des marchés publics offre les fonctionnalités principales suivantes pour l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices : publication des avis de marché et des documents de soumission, communications au moyen de la messagerie sécurisée et la remise électronique des offres. L'utilisation du Portail pour la publication des avis et pour la mise à disposition des documents de marché est **obligatoire**. Par année, environ 1600 avis de marché sont publiés.

Depuis août 2013, la remise des offres de manière électronique est possible via le Portail des marchés publics. Un certain nombre de pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices précurseurs ont adopté la remise électronique assez tôt ; malheureusement, peu d'opérateurs économiques ont profité de cette occasion pour pratiquer la remise électronique, et ce, malgré des efforts de sensibilisation, et bien que les utilisateurs aient accepté la mise à disposition électronique des documents de soumission et les questions posées par voie électronique.

La nouvelle loi sur les marchés publics du 8 avril 2018 transposant des directives européennes prévoit qu'à partir du 18 octobre 2018 **les communications électroniques, y compris la remise et l'ouverture électronique sécurisée des offres, sont obligatoires** pour tous les marchés publics au-dessus des seuils européens (Livres II et III de la loi). L'entrée en vigueur de la nouvelle législation a rendu nécessaire un certain nombre d'adaptations et d'évolutions au niveau du Portail des marchés publics.

Publication des avis

Depuis 2006, l'ensemble des avis en matière de marchés publics sont publiés obligatoirement sur le Portail des marchés publics. Celui-ci transmet ces avis également aux organes de presse pour publication. Pour les procédures au-dessus des seuils européens, les avis sont en outre transmis sous forme structurée (protocole TED *eSender*) au Journal Officiel de l'Union européenne (<https://ted.europa.eu>).

Depuis 2005, le Portail fait partie des TED *eSenders* (<http://simap.ted.europa.eu/web/simap/list-of-ted-esenders>) de l'Office des publications officielles de l'Union Européenne, qui sont habilités à transmettre des avis structurés. En 2012, le Portail était le deuxième en Europe à mettre en œuvre la nouvelle communication par l'interface web service pour la transmission des avis au Journal Officiel de l'UE, en remplacement des e-mails.

Chaque avis passe un contrôle de qualité avant la publication sur le Portail. Même si l'équipe du Portail n'a pas le pouvoir de bloquer la publication des soumissions, ce contrôle de qualité a permis notamment d'augmenter la qualité des avis, de veiller à la conformité aux règles en vigueur des soumissions mises en ligne (choix de la procédure, respect des délais, etc.) et de réduire le nombre d'avis rectificatifs.

Finalement, il y a lieu de mentionner que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices sont régulièrement sensibilisés à publier des avis d'attribution de marché.

Formation, sensibilisation et assistance

Les utilisateurs du Portail comprennent d'un côté les entreprises et de l'autre côté les quelques 1000 agents d'environ 250 services adjudicateurs (ministères, administrations, communes, syndicats intercommunaux, établissements publics et autres organismes de droit public) ainsi que les bureaux d'études qui les assistent. Une **permanence (helpdesk)** est continuellement assurée par le service coordinateur qui gère le Portail pour assister ces utilisateurs. En cas de besoin, l'helpdesk demande l'assistance du service administratif de la Commission des soumissions.

L'équipe du Portail participe aux **groupes de travail et conférences** en matière d'*eProcurement* de la Commission Européenne (DG GROW) et de l'Office des Publications de l'U.E.

Des activités de **formation et de sensibilisation** pour les pouvoirs adjudicateurs, les entités adjudicatrices (en moyenne 10 sessions par an) et les opérateurs économiques ont été menées conjointement avec l'Institut national de l'administration publique (INAP), la Chambre des Métiers et le House of Training/Chambre de Commerce. Des ateliers sont organisés avec les chambres professionnelles en fonction de leurs demandes. Des formations dédiées sont également organisées pour des consultants externes (architectes, ingénieurs, juristes, etc.) qui assistent les acheteurs dans la préparation de leurs soumissions sur le Portail des marchés publics.

L'entrée en vigueur, le 20 avril 2018, de la nouvelle loi sur les marchés publics du 8 avril 2018 et de son règlement d'exécution, ainsi que l'échéance du 18 octobre 2018, date à partir de laquelle **les communications électroniques, y compris la remise et l'ouverture électronique sécurisée des offres sont obligatoires** pour tous les marchés publics au-dessus des seuils européens (livres II et III de la loi), ont rendu nécessaire la publication de guides d'application :

- Circulaire du 19 mars 2019 relative à l'utilisation des moyens électroniques

<https://marches.public.lu/dam-assets/fr/legislation/circulaires-communications/19-03-19-circulaire-rgdal-portail.pdf>

- Guide d'application (2018) relatif au Document unique de marché européen :

<https://marches.public.lu/dam-assets/fr/procedures/dume/2018-DUME-v01-04.pdf>

<https://marches.public.lu/fr/procdures/dossier-soumission/dume.html>

- Dépôt d'offre électronique. Guide pour les entreprises :

<https://marches.public.lu/dam-assets/fr/legislation/circulaires-communications/SIMAP2-entreprises-depot-electronique-v03-01.pdf>

<https://marches.public.lu/fr/procdures/dematerialisation.html>

2. Le service administratif (secrétariat) de la Commission des soumissions

Le service administratif de la Commission des soumissions, souvent appelé « secrétariat », prévu à l'article 149 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, et institué auprès du département ministériel responsable du cadre réglementaire relatif aux marchés publics, est composé d'un président, qui en assume la direction, d'un secrétaire général et de secrétaires administratifs.

Depuis l'entrée en vigueur de la réforme législative le 20 avril 2018, il convient de se référer à l'article 265 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics.

Le service administratif a pour mission de prendre en charge les travaux de secrétariat de la Commission des soumissions et de fonctionner comme organe d'information. Il peut être saisi par toute personne souhaitant se renseigner au sujet de la législation sur les marchés publics (il n'est donc pas nécessaire de revêtir la qualité de soumissionnaire, ou d'acheteur public). Il n'y a pas de formalités particulières à respecter : ainsi, en général, les questions sont adressées au service administratif par téléphone ou par e-mail.

En tant qu'organe d'information, le service administratif renseigne les intéressés sur le cadre réglementaire applicable aux marchés publics et aux concessions, en vue d'une application correcte des textes, mais ne rend pas d'avis juridique. Le contact avec les intéressés constitue bien souvent l'occasion de faire passer des messages de sensibilisation et d'expliquer la raison d'être de certaines règles, en vue d'une meilleure appréhension de la matière.

web : - <https://marches.public.lu/fr/acteurs/commission.html#>

3. L'Institut national d'administration publique (INAP)

Institué auprès du ministère de la Fonction publique, l'INAP assure la formation des stagiaires du secteur étatique et communal, de même que leur formation continue.

Des formations en matière de marchés publics sont prévues dans la majeure partie des carrières administratives. De même, en matière de formation continue, des formations en matière de marchés publics sont régulièrement proposées.

Lors de l'entrée en vigueur des nouvelles règles relatives aux marchés publics en 2018, les services du département ministériel en charge du cadre réglementaire, ont offert plusieurs matinées d'information, destinées aux fonctionnaires du secteur étatique et communal, afin de familiariser quelque 500 fonctionnaires avec la nouvelle législation. Ces séances d'information ont été validées par l'INAP au titre de formation continue.

web : <https://inap.gouvernement.lu/fr.html>

4. Le CRTI-B

Le *Centre de Ressources des Techniques et de l'Information pour le Bâtiment* (CRTI-B) a été créé en 1990 sous l'impulsion des acteurs luxembourgeois dans le domaine de la construction., et notamment du ministre ayant les Travaux publics dans ses attributions, en collaboration avec le *Centre de Recherche Henri Tudor*.

La mission principale du CRTI-B est de développer la qualité de la construction au Luxembourg et d'améliorer la compétitivité, l'efficacité et l'évolution technologique de ce secteur.

Vu l'ampleur et l'importance de ses activités, et en vue de lui permettre de poursuivre son évolution vers un véritable « centre de compétences » de la construction, il fut décidé en 2015 de constituer le CRTI-B sous forme d'un groupement d'intérêt économique (GIE). A cette occasion, l'Etat, et plus précisément le ministre ayant dans ses attributions les Travaux publics, a décidé de prendre en charge une plus large partie du financement du CRTI-B, et de s'impliquer davantage dans son développement. Ainsi, le département ministériel des Travaux publics est représenté dans le Conseil de gérance, qui est en outre présidé par un architecte de l'Administration des bâtiments publics (services techniques qui dépendent du même ministre), ainsi que dans le cadre de l'Assemblée générale. L'Administration des bâtiments publics et l'Administration des ponts et chaussées (services techniques qui dépendent du même ministre) sont à chaque fois représentés dans les groupes de travail techniques.

Outre l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, les autres partenaires, adhérant au CRTI-B, sont actuellement la Chambre des Métiers, l'Ordre des Architectes et des Ingénieurs-conseils, la Fédération des Artisans et le Groupement des entrepreneurs du bâtiment et des Travaux publics.

Le CRTI-B constitue aujourd'hui la seule plateforme au Luxembourg qui réunit tous les acteurs de la construction, c'est-à-dire les maîtres d'ouvrages, les maîtres d'œuvre et les entreprises de construction. Les décisions sont prises en consensus, ce qui garantit un meilleur degré d'adhérence aux documents adoptés par tous les acteurs ainsi que leur diffusion dans le secteur.

Les principaux objectifs du CRTI-B sont :

- de veiller sur les évolutions technologiques aux fins de contribuer au développement qualitatif du secteur de la construction au Luxembourg, en tant que Centre de compétences et de services,
- d'améliorer la compétitivité des acteurs de la construction ainsi que la performance du secteur,
- de tenir à jour les clauses standardisées, d'informer et d'assister les utilisateurs, d'aligner l'entièreté des clauses aux besoins de la construction durable,
- d'intégrer et de promouvoir la construction durable dans la démarche de standardisation,
- d'établir des standards de coopération électronique pour le secteur de la construction au Luxembourg,
- de suivre l'évolution des technologies de l'information et de la communication,
- de renforcer l'image du CRTI-B en tant que centre de compétences,
- de transformer l'organisation et d'adapter sa gouvernance.

Contribution au développement de la réglementation en matière de marchés publics

Les activités du CRTI-B contribuent à la réglementation relative aux marchés publics dans le secteur de la construction.

En effet, depuis sa création, le CRTI-B s'est concentré sur **l'élaboration et la mise à jour des clauses contractuelles générales**, clauses techniques applicables aux différents corps de métier du secteur du bâtiment et autres documents standardisés. Ce sont des ouvrages de référence, qui spécifient les règles de l'art et les normes applicables, et qui font partie intégrante de toutes les soumissions des marchés publics de construction au Luxembourg.

Il est à noter que les clauses contractuelles générales et les différentes clauses techniques précitées sont des **documents obligatoires** dans la mesure où ils sont institués par règlements ministériels, pris sur base du règlement grand-ducal du 24 mars 2014 portant institution de cahiers spéciaux des charges standardisés en matière de marchés publics.

Afin de garantir que ces clauses techniques correspondent aux règles de l'art, le CRTI-B se concentre actuellement sur la mise à jour de tous les documents, dans l'optique finale de révisions plus régulières à l'avenir. Au total, ce sont quelques 40 clauses qui sont en train d'être mises à jour.

Activités de support

En ce qui concerne les marchés publics, le CRTI-B a encore développé d'autres activités, à la demande de ses différents partenaires. Comme ces activités se font dans le consensus des différents partenaires, ils sont d'une utilité particulière à la fois pour les pouvoirs adjudicateurs et pour les opérateurs économiques.

Ainsi, les services du CRTI-B constituent pour ses partenaires **un helpdesk** qui peut être saisi par écrit ou par téléphone des questions relevant des marchés publics dans le secteur du bâtiment. Pour des questions ou problèmes récurrents, des documents interprétatifs et des formulaires ont été élaborés et mis à disposition.

Le *helpdesk* assuré par le CRTI-B est complémentaire aux services assurés par les fonctionnaires du département ministériel des Travaux publics et de la Commission des soumissions, dans la mesure où les salariés du CRTI-B sont des diplômés en études d'ingénieur voire d'architecte, qui, de par leur métier, ont pu acquérir des connaissances profondes en matière d'administration.

Le CRTI-B contribue également à la mise à disposition de documents de support :

- formule de révision des prix des matériaux pour les marchés publics,
- guide relatif à la présentation d'une analyse des prix,
- contrats types en matière de sous-traitance et d'association momentanée,
- diverses informations relatives aux taux d'intérêts de retard, salaires des conventions collectives, codes CPV, etc.
- calculateur relatif aux conditions minima de participation par corps de métier en fonction de la valeur estimée du marché et de la durée du marché,
- guide en matière de révision des prix des matériaux. Le CRTI-B met en plus à disposition un simulateur en ligne du calcul de la révision des prix.

Plus généralement, le CRTI-B a encore élaboré les documents suivants :

- guide de la construction durable, qui s'adresse en premier lieu aux maîtres d'ouvrage et aux maîtres d'œuvre. Il constitue un outil d'aide destiné à permettre l'intégration des principes du développement durable dès les premiers stades des projets de construction et permet ainsi d'intégrer également ces principes dans la commande publique,
- bibliothèque de prestations standardisées,
- la plateforme du *CRTI-web* : il s'agit d'un outil de travail sécurisé qui permet d'organiser le partage et la consultation de plans, ainsi que de rédiger des comptes rendus de réunions de chantier. C'est un outil efficace et éprouvé par les acteurs de la construction au Luxembourg et qui peut être utilisé dans le cadre de projets dont la maîtrise d'ouvrage est un acteur public,
- BIM : le CRTI-B a lancé en 2015 les premières démarches pour le développement et l'implémentation d'une stratégie nationale pour le BIM « *Building Information Modeling* ». Les groupes de travail BIM au Luxembourg sont sous le guidage du CRTI-B, qui - en tant que plateforme neutre de la construction au Luxembourg - a regroupé une table d'experts composée d'acteurs différents de la construction. L'intention était de créer un groupe de travail intersectoriel entre maîtres d'ouvrage, architectes, ingénieurs-conseils, entrepreneurs, artisans, chercheurs scientifiques et project managers. Evidemment, cette démarche permettra d'intégrer le BIM dans les dossiers des marchés publics,

Finalement, il convient de mentionner que le CRTI-B organise occasionnellement des conférences et séminaires dans différentes enceintes, afin de présenter les outils élaborés.

web: <http://www.crtib.lu/fr/>

5. La Chambre des Métiers

La Chambre des Métiers constitue une chambre professionnelle qui représente plus de 7.000 entreprises artisanales établies au Grand-Duché de Luxembourg et assure un rôle important dans la prise de conscience des marchés publics des différentes entreprises, et plus particulièrement des PME. La Chambre des Métiers est obligatoirement consultée dans le cadre du processus d'élaboration de textes par le pouvoir législatif et par le pouvoir réglementaire, et contribue ainsi également aux textes régissant les marchés publics et les concessions.

Organisation de conférences sur la réforme des marchés publics (en collaboration avec la Fédération des Artisans)

La Chambre des Métiers et la Fédération des Artisans ont pleinement été impliquées dans la formation des entrepreneurs lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle législation en matière de marchés publics en 2018 et elles ont lancé une vaste campagne de sensibilisation et d'information à l'attention des entreprises artisanales.

Ainsi, des conférences ont été organisées en date du 4 mai et 4 juin 2018 en collaboration avec le département ministériel en charge du cadre réglementaire relatif aux marchés publics, avec pour objectif d'informer les entreprises sur les principaux changements légaux intervenus dans le sillage de la prédite réforme. En tout, 198 personnes ont participé aux conférences.

Organisation de cours sur la remise électronique des offres

La remise électronique des offres étant devenue obligatoire à partir du 18 octobre 2018 pour les marchés relevant des directives européennes, il a paru nécessaire d'organiser des cours pour offrir aux entreprises la possibilité de se préparer à temps à cette échéance. Les quatre cours se sont déroulés les 3, 4, 17 et 18 juillet 2018, en collaboration avec l'équipe du Portail des marchés publics. Dans l'ensemble, 166 personnes y ont participé.

Organisation de cours sur la révision des prix des matériaux

Depuis dix ans, un nombre croissant de pouvoirs adjudicateurs applique une formule se basant sur des indices de prix allemands pour déterminer le montant dû aux adjudicataires dans le cadre de la révision des prix des matériaux. L'objectif est de compenser les hausses de prix imprévisibles au moment du dépôt de l'offre.

Afin de rendre ce système plus transparent et de permettre aux adjudicataires de déterminer eux-mêmes s'ils ont droit à une révision des prix et le montant qui leur est dû, un outil de simulation en ligne a été mis en place par le CRTI-B.

Afin de familiariser les entreprises avec cet outil, 4 cours ont été organisés en date du 17 septembre et des 12, 19 et 22 octobre 2018, en collaboration avec le CRTI-B. En tout, 149 personnes y ont participé.

Assistance et conseil

La Chambre des Métiers conseille les entreprises artisanales en matière de marchés publics, le contact se faisant le plus souvent via téléphone ou e-mail. Les questions peuvent autant concerner le volet technique : ambiguïtés au niveau des cahiers de charges / bordereaux, normes, certifications, etc. que le volet procédural (réactions possibles des entreprises suite à des décisions d'annulation de marché, de modification de contrat, etc.), ou encore la révision des prix (salaires et matériaux).

Le nombre de conseils annuel est estimé se situer dans une fourchette de 150 à 200.

Mise à jour de la rubrique « Marchés publics » sur le site cdm.lu

Suite à la réforme de la législation des marchés publics, la Chambre des Métiers a mis à jour sa page Internet, notamment en publiant des guides relatifs à la remise électronique des offres et le DUME.

Publication d'articles au « d'Handwierk » (dont l'éditeur responsable est la Fédération des Artisans)

Par ailleurs, la Chambre des Métiers a contribué à la publication d'articles dans le journal officiel de la Fédération des Artisans, « d'Handwierk », informant les entreprises artisanales sur les principaux changements intervenus suite à la réforme des marchés publics.

Enterprise Europe Network de la Chambre des Métiers

En date du 11 juin 2018, l'Enterprise Europe Network de la Chambre des Métiers a organisé une conférence sur les marchés publics dans la Grande Région (Luxembourg, Allemagne, France et Belgique), à laquelle 40 personnes ont participé.

Par ailleurs, l'Enterprise Europe Network de la Chambre des Métiers offre un service proposant d'envoyer trois fois par semaine des informations sur les marchés publics aux entreprises abonnées. Il s'agit d'un service similaire à ceux offerts par la Chambre de Commerce, qui est plus amplement présenté ci-dessous.

web : <https://www.cdm.lu>

6. La Chambre de Commerce

En tant que chambre professionnelle et établissement public, regroupant les entreprises de tous les secteurs économiques – hormis l’artisanat et l’agriculture – la Chambre de Commerce conçoit sa raison d’être et son rôle dans la défense des intérêts des entreprises luxembourgeoises qui la constituent. La Chambre de Commerce est obligatoirement consultée dans le cadre du processus d’élaboration de textes par le pouvoir législatif et par le pouvoir réglementaire, et contribue ainsi également aux textes régissant les marchés publics et les concessions.

En matière de marchés publics, outre la publication d’articles dans sa publication « MERKUR », la Chambre de Commerce propose aux entreprises luxembourgeoises, via l’*Enterprise Europe Network*, intégré au sein du Département des Affaires Internationales de la Chambre de Commerce, un service de veille sur les marchés publics de la Grande Région ainsi qu’un service de veille sur les marchés publics européens qui permettent aux entreprises de recevoir régulièrement des appels d’offres correspondant à leurs activités.

L’Enterprise Europe Network de la Chambre de Commerce

Créé en 2008, l’*Enterprise Europe Network* est cofinancé par la Commission européenne et par les organisations membres, dans le cadre du programme pour la compétitivité des entreprises et des PME de la Commission européenne, en abrégé « COSME ». L’*Enterprise Europe Network* est le plus grand réseau européen dédié à l’internationalisation et à l’innovation des PME. Les experts présents dans plus de 65 pays apportent aux entreprises un service d’information, de conseil en droit européen et d’aide au développement tout au long de leurs projets d’innovation et d’internationalisation.

L’*Enterprise Europe Network* de la Chambre de Commerce informe, conseille et sensibilise les entreprises luxembourgeoises sur tous les domaines importants de la politique d’entreprise européenne. Ses missions visent à encadrer les chefs d’entreprise dans la pénétration des marchés à l’étranger et à leur permettre d’intégrer davantage la dimension européenne dans leur stratégie de développement international.

Le service de veille sur les marchés publics

Tel que déjà mentionné dans l’introduction, l’*Enterprise Europe Network* de la Chambre de Commerce propose aux entreprises luxembourgeoises un service de veille sur les appels d’offres de la Grande Région ainsi qu’un service de veille sur les marchés publics européens.

- L’**abonnement « Grande Région »** fournit trois fois par semaine une liste des appels d’offres publiés dans les journaux et bases de données de la Grande Région (BE/DE/FR/LU). Il s’agit notamment des appels d’offres des montants moins importants qui ne sont pas publiés au niveau européen.
- L’**abonnement « Europe »** permet de recevoir des avis d’appels d’offres « sur mesure » et ce, quotidiennement, par voie électronique. La pertinence et la sélection de ces avis sont effectuées sur base de critères de recherche qui auront été définis préalablement, notamment par le biais des codes CPV, par zone géographique visée ou par mots-clés. Les documents envoyés incluent également des avis des marchés passés indiquant les coordonnées de l’entreprise qui a remporté le marché.

Les Conférences Fit4Tenders

En 2015, l'Enterprise Europe Network de la Chambre de Commerce a lancé le cycle de conférence Fit4Tenders dédié à la thématique des marchés publics. Dans le cadre de ce cycle, l'Enterprise Europe Network organise chaque année une ou deux conférences sur une thématique en relation avec les marchés publics. Les cinq conférences organisées jusqu'à présent ont attiré près de 600 participants. La dernière conférence, qui a traité de la réforme de la législation sur les marchés publics entrée en vigueur en 2018, a connu le plus grand nombre de participants, ce qui montre l'intérêt des entreprises pour cette thématique. D'autres conférences Fit4Tenders sont prévues à l'avenir.

Service d'information et d'assistance de la Chambre de Commerce

L'Enterprise Europe Network de la Chambre de Commerce offre également un service de conseil et d'assistance, afin de répondre aux questions de la part des entreprises en matière des marchés publics.

La « House of Training »

Créée en 2015 par la Chambre de Commerce et l'Association des Banquiers du Luxembourg (ABBL), la « House of Training » a pour vocation et mission principale de proposer une offre de formation professionnelle continue, apte à répondre aux besoins de l'économie luxembourgeoise. Des formations sur les marchés publics font partie du catalogue de formation proposé.

web : www.cc.com <https://houseoftraining.lu/page/aboutus>

https://www.cc.lu/fileadmin/user_upload/cc.lu/EEN/MARCHES_PUBLICS_EEN.pdf

7. Autres entités sectorielles

Au niveau national, d'autres entités sectorielles contribuent aux activités de soutien. Le présent rapport ne saurait être exhaustif à cet égard, notamment parce que la publicité qui est conférée aux activités de soutien ne dépasse pas toujours le cadre des acteurs du secteur concerné.

a) Les fédérations et autres groupements sectoriels

Les actions de la **Fédération des Artisans** (organisation faîtière de l'artisanat) seront présentées dans la partie du rapport qui sera consacrée à la participation des PME aux marchés publics. À quelques endroits de ce rapport, le **Groupement des Entrepreneurs du Bâtiment et des Travaux publics** (qui dépend de la FEDIL – Fédération des industriels et des Entrepreneurs) est citée en relation avec sa représentation au sein de la Commission des soumissions. L'**Union des Entreprises Luxembourgeoises** (UEL) est l'organisation faîtière du patronat luxembourgeois.

b) L'Ordre des Architectes et des Ingénieurs-Conseils (OAI)

En raison du rôle important que sont susceptibles de jouer les architectes et ingénieurs-conseils dans l'élaboration des cahiers des charges ou pour assister certains maître d'ouvrages dans l'évaluation technique des offres – d'où l'importance, en termes d'application correcte, de la réglementation sur les marchés publics – le soutien offert par **l'Ordre des Architectes et des Ingénieurs-Conseils (OAI)** à ses membres mérite d'être considéré.

Constitué en mars 1990 aux termes de la loi du 13 décembre 1989, et chargé d'une mission d'intérêt public, l'OAI regroupe cinq professions libérales: architecte, architecte d'intérieur, ingénieur-conseil, urbaniste-aménageur et architecte/ingénieur-paysagiste.

Outre le développement de documentation et de matériel de support pour ses membres, des formations en marchés publics sont régulièrement organisées par l'OAI, de concert avec des représentants du département ministériel responsable du cadre réglementaire relatif aux marchés publics, et du CRTI-B.

web : www.oai.lu

c) Le Syndicat des Villes et Communes luxembourgeoises (SYVICOL)

web : <https://www.syvicol.lu/qui-sommes-nous/missions>

d) La Fédération des Hôpitaux luxembourgeois (FHL)

La Fédération des hôpitaux (FHL) regroupe les établissements hospitaliers luxembourgeois. Une « cellule marchés » a été instituée au niveau du secrétariat général de la FHL, avec pour principale mission d'appuyer les établissements membres de la FHL dans la réalisation des démarches transactionnelles d'achats communs. La méthode de mutualisation mise en place correspond à l'une des formes de « centrale d'achat », telle qu'elle est définie par la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics.

L'activité « achats communs » est l'un des principaux projets de mutualisation d'activités hospitalières au Luxembourg. Les principaux objectifs sont l'amélioration du rapport qualité-coût des achats hospitaliers par la mise en place de marchés communs, et l'utilisation des techniques variées des achats publics pour proposer aux adhérents des outils à même de répondre aux enjeux de santé publique et à la technicité de leur environnement professionnel, ainsi qu'à leurs contraintes budgétaires.

L'activité « achats communs » est une des activités qui fait l'objet d'une « organisation nationale », au sens de la convention-cadre FHL/CNS (Caisse nationale de santé : l'organisme de santé luxembourgeois, gestionnaire des assurances maladie-maternité et dépendance). La majeure partie des ressources internes de la FHL affectée à l'activité achats communs est prise en charge par la CNS dans le cadre d'un contrat d'objectifs et de moyens.

Les principales activités sont :

- le recensement d'opportunité d'action d'achats communs, moyennant si nécessaire une analyse préalable de masse d'achats ; la réalisation d'études de marché dans l'objectif d'affiner l'évaluation de potentiel d'achats communs ;
- la réalisation de procédures de passation de marchés publics communs où la FHL réalise les diligences incombant aux pouvoirs adjudicateurs et signent les contrats au nom et pour le compte des établissements ;
- la réalisation de bilans d'activité indiquant notamment les impacts qualitatifs et financiers des actions effectuées, ainsi que la représentativité des achats communs au niveau du secteur ;
- la professionnalisation continue de tous les intervenants dans le contexte spécifique des achats publics.

La « cellule marchés » coordonne les groupes techniques responsables de la réalisation des projets :

- au stade de la préparation des projets, les membres de la cellule documentent la planification, assistent les établissements dans le cadre du recensement et de l'expression de leurs besoins, rédigent les documents procéduraux et contractuels, et conseillent les acheteurs et spécialistes de produits, dans l'établissement des pièces techniques ;
- la cellule met en œuvre les procédures de passation des marchés, établit les rapports d'analyse comportant les bilans des actions réalisées, et communique les prises de position communes et les notifications de décisions aux fournisseurs ;
- la cellule marchés accompagne encore les membres de la FHL au stade de l'exécution des marchés communs en délivrant des conseils sur l'application des conventions, ou en représentant les membres de la FHL pour communiquer des prises de position collectives aux fournisseurs.

web :

<http://www.fhlux.lu/web/lassociation/departements/>

<http://www.fhlux.lu/web/info-service/publication/> (rapport annuel 2017 – « Achats communs » pp. 33-34).

D. Estimation de la valeur totale agrégée des marchés publics qui auraient relevé du champ d'application des directives si leur valeur avait dépassé les seuils pertinents (i.e. « marchés nationaux »)

1. Une obligation résultant des textes légaux

Afin de permettre au département ministériel responsable du cadre réglementaire relatif aux marchés publics de présenter à la Commission européenne, tous les trois ans, un rapport de contrôle, conformément aux exigences des directives européennes, l'article 261 (4) du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics a expressément instauré l'obligation à charge des autorités, organismes et structures compétentes de lui transmettre, annuellement et par écrit, les informations nécessaires à l'élaboration du rapport de contrôle.

2. L'objet des statistiques exposées dans le cadre de la présente partie du rapport

L'article 261(4), lettre c) précise que ce rapport de contrôle intègrera :

« pour les marchés qui auraient relevé des Livres II et III si leur valeur avait dépassé le seuil applicable fixé aux articles 52 et 98 de la loi, un rapport statistique présentant une estimation de la valeur totale agrégée de ces marchés au cours de la période concernée. Cette estimation peut notamment être fondée sur des données disponibles en vertu des obligations nationales en matière de publication ou sur des estimations fondées sur un échantillonnage ».

La présente partie du rapport porte donc sur les marchés dont la valeur estimée se situe sous le seuil d'application des directives européennes :

- pour les marchés de travaux : 5.225.000.-€ HTVA
- pour les marchés de services et de fournitures (dits classiques, le seuil indiqué étant le seuil d'application du Livre II (*directive 2014/24/UE*) :
 - o marchés passés par l'Etat : 135.000.-€ HTVA
 - o marchés passés par d'autres pouvoirs adjudicateurs : 209.000.-€ HTVA
- pour les marchés de services et fournitures dans le cadre d'activités relevant du champ d'application du Livre III (*directive 2014/25/UE*) :
 - o marchés passés supérieurs à 418.000.-€ HTVA

3. Les démarches réalisées en vue de la collecte des informations relatives à l'année 2017

Comme en fin d'année 2017, les travaux de transposition des directives de 2014 n'avaient pas encore abouti (et qu'il n'existait dès lors encore aucune obligation – dans le chef des pouvoirs adjudicateurs – de livrer des données), le département ministériel responsable du cadre réglementaire relatif aux marchés publics s'est adressé aux différents départements ministériels par circulaire ministérielle afin de solliciter les données statistiques exigées (*circulaire du Ministre du Développement durable et des Infrastructures du 20 décembre 2017, réf. 231219/020708*).

Comme il s’agissait d’un exercice tout à fait nouveau, deux séances d’information ont été organisées, afin d’expliquer aux agents et fonctionnaires concernés des différents départements ministériels le but de la démarche et la manière de satisfaire à leur obligation. Par ailleurs, afin de standardiser la collecte, des formulaires (fichiers Excel) ont été mis à disposition des pouvoirs adjudicateurs sur le Portail des marchés publics. Enfin, un helpdesk téléphonique a été placé à la disposition des entités qui avaient des questions.

En résumé, 19 ministères constitués ont été sollicités afin de fournir les statistiques de tous les services qui se trouvent sous leur tutelle ou contrôle. Vu la divergence des structures sous tutelle des ministères, en l’occurrence, des administrations et des structures à gestion séparée, des établissements publics voire d’autres formes de structures décentralisées, il est difficile de déterminer dans quelle mesure les données recueillies peuvent être qualifiées de complètes.

4. Résultats pour l’année de référence 2017

Le **premier tableau** indique la valeur totale, exprimée en euros, des marchés dont des informations ont été collectées.

Valeur Totale (€)	Travaux	Fournitures	Services
Livre 1 ^{er}	175.155.255,18	26.769.582,60	49.914.394,7

Le **deuxième tableau** indique combien de marchés ont été attribués (*toujours sur base des informations collectées*).

Nombre total de marchés	Travaux	Fournitures	Services
Livre 1 ^{er}	445	207	313

Il est à remarquer qu’il y a des incertitudes en ce qui concerne les données relatives au nombre de marchés, en raison de la prise en compte éventuelle des lots, qui ne s’est pas forcément faite de manière uniforme auprès des différents pouvoirs adjudicateurs.

En ce qui concerne les données fournies, il y a lieu de remarquer que le département ministériel responsable du cadre réglementaire relatif aux marchés publics doit se fier aux données fournies par les différents départements ministériels, administrations et établissements publics. Comme les structures des différents pouvoirs adjudicateurs sont bien différentes les unes des autres, il est difficile d’obtenir, bien que des formulaires standardisés aient été utilisés, des données qui peuvent être qualifiées d’homogènes.

De même, il est impossible pour le département ministériel responsable du cadre réglementaire relatif aux marchés publics de vérifier si les données fournies sont complètes, car il n’existe pas de relevés exhaustifs de toutes les entités relevant des différents départements ministériels qui auraient effectivement passé des marchés publics dans la période donnée.

Il est encore à remarquer que pour 2017, le département ministériel responsable du cadre réglementaire relatif aux marchés publics n'a pas reçu de données relatives aux marchés publics des communes et établissements publics relevant des communes.

5. La collecte de données sur un rythme annuel

Afin de faciliter la collecte des données tant du point de vue quantitatif que qualitatif, l'article 261 (4) précité du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi sur les marchés publics rend obligatoire la collecte de données annuelle. Le but est de permettre aux différents pouvoirs adjudicateurs d'acquiescer une certaine routine et de ne pas leur imposer un traitement de données accumulées sur trois ans. Par le principe de l'annualité, les pouvoirs adjudicateurs ne seront, pour le surplus, pas contraints d'effectuer des recherches de marchés datant de plus d'un an. De cette manière, il sera également possible d'adapter annuellement la manière dont les statistiques sont demandées, s'il s'avère qu'il est possible d'améliorer leur qualité.

L'existence de cette obligation de remettre des données annuellement a été rappelée aux pouvoirs adjudicateurs dans le cadre de la circulaire ministérielle du 17 juillet 2018 (réf. 236692/031593) relative à la réforme de la législation sur les marchés publics. Aux termes de cette circulaire, il est expressément précisé que les destinataires de la circulaire sont formellement priés de donner instruction à leurs administrations, établissements publics et autres pouvoirs adjudicateurs/entités adjudicatrices qui dépendent d'une manière ou d'une autre de leur responsabilité, de s'organiser de manière à être en mesure de livrer, chaque année, les données exigées.

6. Démarches initiées en 2019

Le département ministériel responsable du cadre réglementaire relatif aux marchés publics a décidé de rappeler aux pouvoirs adjudicateurs l'existence d'une obligation annuelle dans leur chef par une circulaire ministérielle du 27 février 2019 (réf. 243244/020708). Les fichiers Excel ont été retravaillés afin de tenir compte de l'entrée en vigueur, le 20 avril 2018, de la nouvelle réglementation sur les marchés publics.

En date du 21 février 2019, le ministère de l'Intérieur a émis une circulaire ministérielle à l'attention des administrations communales, des syndicats de communes, des offices sociaux et autres établissements publics placés sous la surveillance des communes, afin de rendre les collectivités locales attentives aux obligations résultant dans leur chef de l'article 261 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi sur les marchés publics.

II. CAUSES LES PLUS FRÉQUENTES DE MAUVAISE APPLICATION DES RÈGLES OU D'INSÉCURITÉ JURIDIQUE, Y COMPRIS D'ÉVENTUELS PROBLÈMES STRUCTURELS OU RÉCURRENTS DANS L'APPLICATION DES RÈGLES.

Tel qu'expliqué en introduction de la 1^{ère} Partie du présent rapport, en 2017, la loi du 25 juin 2009 et son règlement grand-ducal d'exécution du 3 août 2009 étaient d'application. Les textes légaux et réglementaires transposant les directives européennes 2014/23, 2014/24 et 2014/25 ne sont entrés en vigueur qu'en avril, respectivement en juillet 2018.

Dans la mesure où le rapport porte sur l'année de référence 2017, il ne sera dès lors pas question des problèmes liés à l'application des nouvelles règles européennes.

Cependant, comme la présente contribution a été rédigée après l'entrée en vigueur de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics et son règlement d'exécution (transposant les directives 2014/24 et 2014/25), et après l'entrée en vigueur de la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution des contrats de concession (transposant la directive 2014/23), il peut tout de même être observé que les questions ci-dessus n'ont pas beaucoup varié depuis lors.

*

1. En 2017, les demandes de renseignement dont a été saisi le **service administratif de la Commission des soumissions** (ci-après : « *secrétariat de la Commission des soumissions* » - voy. p. 21) sont susceptibles d'émaner tant de pouvoirs adjudicateurs qui ne procèdent que très occasionnellement à des achats par voie de soumissions que d'acheteurs plus chevronnés. La nature des questions posées est donc très variée. Dans la grande majorité des cas, elles servent à appréhender le cadre réglementaire et la matière (mieux s'orienter dans les textes législatifs, comprendre le but de certaines dispositions au-delà des textes, etc.).

Il peut s'agir notamment de :

- questions relatives aux seuils applicables et comment déterminer la valeur estimée du marché ;
- questions relatives à l'interprétation règles permettant de déroger à l'obligation de choisir une procédure de passation de marché avec publication d'un avis de marché ;
- questions relatives à la phase d'appréciation de la régularité des offres :
 - dans quelle mesure le pouvoir adjudicateur peut-il demander que l'offre soit complétée sans méconnaître les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ? ;
 - dans quelle mesure un soumissionnaire peut-il se référer à la capacité d'autres entités ?
 - questions liées à la vérification de la capacité des soumissionnaires ou à la vérification des prix offerts.

Suite à l'entrée en vigueur du nouveau cadre réglementaire en 2018, se sont ajoutées un nombre important de questions relatives à l'emploi du *Document unique de marché européen* (en abrégé : DUME), ce qui a conduit le département ministériel en charge de la réglementation sur les marchés publics à publier un guide d'application (juin 2018). Celui-ci peut être consulté sur la partie informative du site web du Portail des marchés publics à partir du lien suivant : <https://marches.public.lu/fr/legislation/circulaires-communications.html>

Par ailleurs, un nombre plus important de sollicitations relatives au choix de la procédure est à dénoter, en particulier :

- des demandes d'explications afin de distinguer le partenariat d'innovation du dialogue compétitif (afin de sélectionner la procédure la plus appropriée) ;
- des questions relatives à la détermination de la base légale exacte, pour justifier le recours à la procédure concurrentielle avec négociation ou à la procédure négociée suite à une première mise en concurrence.

Enfin, des questions sont posées quant aux nouvelles dispositions relatives à la possibilité de modification des marchés en cours d'exécution, en particulier en ce qui concerne le calcul de la valeur cumulée nette.

2. En 2017, le helpdesk du **Portail des marchés publics** (voy. page 21) a le plus fréquemment été saisi de questions relatives aux informations à remplir dans le cadre des formulaires.

3. Pour l'année 2017, la **Direction des affaires communales du ministère de l'Intérieur** (voy. p. 14) note essentiellement un nombre important d'incertitudes quant à la détermination du régime juridique applicable en vertu des seuils.

4. En 2017, la **Commission des soumissions** (voy. pp. 14-15) a été saisie de différends dont la nature peut être synthétisée comme suit :

- divergences entre les stipulations contenues dans les documents de soumissions et la législation applicable ;
- imprécisions contenues dans les documents de soumission ;
- problématique quant à l'emploi de renvois vers des marques dans les documents de soumission ;
- en cours d'exécution du contrat ou après, notamment quant à la possibilité de modification des marchés en cours d'exécution ou quant à la révision des prix des matériaux.

5. Il résulte d'un relevé manuel effectué sur le site web sur lequel est publiée la jurisprudence des **juridictions administratives** (voy. pp. 16-18) que celles-ci ont rendu, pour l'année de référence 2017 (sous réserve d'une erreur de comptage):

- 4 ordonnances (prononcées par le Président du Tribunal administratif)
- 14 jugements (prononcé par le Tribunal administratif)
- 3 arrêts (prononcés par la Cour administrative)

Il résulte d'une analyse sommaire de ces décisions que les problèmes juridiques suivants se sont avérés prépondérants :

- le contrôle et les conséquences du respect du délai de « *standstill* » (articles 5 et 6 de la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics) ;
- le moment du contrôle de la conformité, tant formel, qu'au fond, des offres remises et la conséquence en cas de constat de non-conformité d'une offre remise (articles 71 et 79 du règlement-grand-ducal du 3 août 2009) ;
- les limites à la possibilité de fournir, après l'ouverture des offres, certains documents ou renseignements supplémentaires (article 56 et 75 du règlement grand-ducal du 3 août 2009) ;
- la mise en application de la possibilité des soumissionnaires de recourir aux capacités d'autres entités afin de satisfaire aux conditions de participation d'un marché déterminé (articles 228 et 234 du règlement grand-ducal du 3 août 2009).

III. PRÉVENTION, DÉTECTION ET SIGNALEMENT ADÉQUAT DES CAS DE FRAUDE, DE CORRUPTION, DE CONFLIT D'INTÉRÊTS ET D'AUTRES IRRÉGULARITÉS GRAVES

A. Cadre légal

1. Dispositions générales

Il ne sera pas procédé à l'analyse des dispositions du Code pénal qui érigent toute une série de comportements graves en crimes ou en délits. En matière de marchés publics, sont particulièrement pertinentes les dispositions suivantes :

- a) les articles 34 et suivants du Code pénal relatifs à la responsabilité pénale des personnes morales ;
- b) les articles 322 à 324ter du Code pénal relatifs à la participation à une organisation criminelle;
- c) les articles 246 à 249 du Code pénal relatifs à la corruption;
- d) les articles 496-1 à 496-4 du Code pénal relatifs à l'escroquerie et à la tromperie;
- e) les articles 135-1 et suivants du Code pénal relatifs au terrorisme, aux activités terroristes et au financement du terrorisme;
- f) l'article 506-1 du Code pénal relatif au blanchiment de capitaux ;
- g) l'article 8-1 de la loi modifiée du 19 février 1973 concernant les infractions relatives à la vente de substances médicamenteuses.

Il convient d'observer que le Luxembourg adhère aux principaux instruments de l'OCDE en matière d'intégrité, parmi lesquels :

- a) la recommandation du Conseil de l'OCDE de 2017 sur l'intégrité publique ;
- b) la recommandation du Conseil de l'OCDE de 2015 sur les marchés publics ;
- b) la recommandation du Conseil de l'OCDE de 2003 sur les lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public.

À cet égard, il convient de mentionner l'existence d'un projet de loi n° 7411 portant 1° transposition de la directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal ; 2° modification du Code pénal ; 3° modification du Code de procédure pénale ; 4° modification de la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée.

2. Dispositions particulières

a) En ce qui concerne les fonctionnaires

Les articles 14 et 15 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut des fonctionnaires de l'Etat énoncent les règles destinées à prévenir notamment tout conflit d'intérêts dans l'exercice de leurs fonctions.¹⁴ L'article 16 de la loi modifiée du 24 décembre 1985 prévoit des règles identiques pour les fonctionnaires du secteur communal.

Par ailleurs, le Code de procédure pénale et le Code pénal emportent une obligation de dénonciation d'aviser le procureur d'Etat de tout crime ou délit porté à connaissance du fonctionnaire dans l'exercice de sa fonction (Art. 23 du Code de procédure pénale; Art. 140 à 141 Code pénal).

web :

<https://cgid.gouvernement.lu/fr/legislation/devoirs-fonctionnaire.html>

b) En ce qui concerne les agents publics étrangers

L'article 12 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu a été adapté à deux reprises afin de tenir compte de conventions internationales. En effet, un point 5 a été ajouté à l'article 12 par l'article VIII de la loi du 15 janvier 2001 portant approbation de la Convention de l'Organisation de coopération et de développement économiques du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et

¹⁴ Loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut des fonctionnaires, art. 14 :

1. Le fonctionnaire est tenu aux devoirs de disponibilité, d'indépendance et de neutralité. Aucune activité accessoire au sens du présent article ne peut être exercée ou autorisée si elle ne se concilie pas avec l'accomplissement consciencieux et intégral des devoirs de la fonction ou s'il y a incompatibilité, de fait ou de droit, au regard de l'autorité, de l'indépendance ou de la dignité du fonctionnaire.
2. Est considérée comme activité accessoire au sens du présent article tout service ou travail rétribué, dont un fonctionnaire est chargé en dehors de ses fonctions, soit pour le compte de l'Etat, d'une commune, d'un syndicat de communes, d'une institution publique nationale ou internationale, soit pour le compte d'un établissement privé ou d'un particulier.
3. Il est interdit au fonctionnaire d'avoir un intérêt quelconque, par lui-même ou par personne interposée, sous quelque dénomination et sous quelque forme juridique que ce soit, dans une entreprise soumise au contrôle de son administration ou service, ou en relation avec son administration ou service.
4. Le fonctionnaire doit notifier au « ministre » toute activité professionnelle exercée par son conjoint « ou son partenaire », à l'exception de celles accomplies au service de l'Etat. Si le ministre considère que cette activité est incompatible avec la fonction du fonctionnaire, et si ce dernier ne peut pas garantir qu'elle prendra fin dans le délai déterminé par le ministre, l'autorité investie du pouvoir de nomination décide si le fonctionnaire doit être changé de résidence, changé d'administration, de fonction ou d'affectation, avec ou sans changement de résidence, ou s'il doit être démis d'office. Les changements visés à l'alinéa qui précède se font aux conditions prévues à l'article 6 de la présente loi. En cas de démission d'office, l'intéressé, qui a plus de quinze années de service, peut invoquer l'article 3, I, 6 de la loi réglant les pensions des fonctionnaires de l'Etat.
5. Il est interdit au fonctionnaire d'exercer une activité commerciale, artisanale ou industrielle, une profession libérale ou une activité rémunérée du secteur privé sans l'autorisation préalable du ministre du ressort prise sur avis préalable conforme du ministre de la Fonction Publique et de la Réforme Administrative. Cette disposition s'applique également aux activités du négoce d'immeubles. Ne comptent pas comme activités au sens de l'alinéa qui précède : la recherche scientifique, la publication d'ouvrages ou d'articles, l'activité artistique, ainsi que l'activité syndicale.
6. Il est interdit au fonctionnaire de participer à la direction, à l'administration ou à la surveillance d'une entreprise commerciale ou d'un établissement industriel ou financier sans l'autorisation préalable du ministre du ressort prise sur avis préalable conforme du ministre de la Fonction Publique et de la Réforme Administrative.
7. Il est interdit au fonctionnaire d'exercer une activité rémunérée du secteur public, national ou international, sans autorisation préalable du ministre du ressort prise sur avis préalable conforme du ministre de la Fonction Publique et de la Réforme Administrative. Aucun fonctionnaire ne peut exercer simultanément plusieurs activités accessoires, à moins que l'intérêt du service public ne l'exige et que les conditions de l'alinéa 1^{er} ne soient remplies. Les décisions d'autorisation des activités prévues au présent article sont révoquées par une décision motivée du ministre du ressort prise sur avis préalable conforme du ministre de la Fonction Publique et de la Réforme Administrative.

Art. 15. Le fonctionnaire qui dans l'exercice de ses fonctions est amené à se prononcer sur une affaire dans laquelle il peut avoir un intérêt personnel de nature à compromettre son indépendance doit en informer son supérieur hiérarchique. Dans ce cas, lorsque le supérieur hiérarchique estime que l'indépendance du fonctionnaire risque d'être compromise, il doit décharger le fonctionnaire de cette affaire et transmettre le dossier à un autre agent de son administration.

relatif aux détournements, aux destructions d'actes et de titres, à la concussion, à la prise illégale d'intérêts, à la corruption et portant modification d'autres dispositions légales, et ce même point 5 a été élargi par l'article 7 de la loi du 1^{er} août 2007 portant 1^o approbation de la Convention des Nations Unies contre la corruption, adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies à New York le 31 octobre 2003 et ouverte à la signature à Mérida (Mexique) le 9 décembre 2003, 2^o modification de l'article 12, point 5 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (L.I.R.).

c) En ce qui concerne les membres du gouvernement

L'arrêté grand-ducal du 14 novembre 2014 fixant les règles déontologiques des membres du gouvernement énonce leurs devoirs et droits dans l'exercice de leurs fonctions, et par ailleurs le règlement de la Chambre des députés contient également des dispositions destinées à prévenir les conflits d'intérêts. Un **comité d'éthique** a été institué.

web : <https://gouvernement.lu/fr/systeme-politique/gouvernement.html>

<http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/agd/2014/11/14/n1/jo>

B. Organes nationaux compétents

1. Les instances juridictionnelles (poursuites)

Le Parquet (Ministère public) est compétent tant pour la poursuite de toutes les infractions à caractère pénal que dans le cadre d'autres missions les plus diverses que le législateur lui a confiées.

Il convient de préciser que l'article 23 (2) du Code de procédure pénale énonce – à l'attention des fonctionnaires – une obligation de dénoncer les faits ou crimes susceptibles de constituer des crimes ou délits dont ils auraient connaissance dans le cadre de leurs missions.

2. Le Commissariat du gouvernement chargé de l'instruction disciplinaire

Créé en 2003, le Commissariat du gouvernement constitue une entité indépendante de son ministère de rattachement, le ministère de la Fonction publique. Il a pour mission de procéder aux enquêtes disciplinaires engagées dans le cadre de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat et dans le cadre de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux. Le commissaire du gouvernement exerce ses pouvoirs d'instruction à charge et à décharge de l'agent poursuivi.

L'institution du Commissariat du gouvernement chargé de l'instruction disciplinaire a permis de réformer la procédure disciplinaire antérieure qui a été jugée insuffisante. Elle permet une prise de conscience et une gestion moderne et responsable des conflits pouvant découler des relations humaines sur le lieu de travail et s'érige ainsi en garant d'un service public efficace et convivial.

web : <https://cgid.gouvernement.lu/fr/le-commissariat.html>

3. Le Conseil de discipline

Le Conseil de discipline a pour mission de prononcer des sanctions disciplinaires à l'encontre des fonctionnaires de l'Etat et des employés de l'Etat ayant une ancienneté d'au moins dix ans qui ont enfreint leurs devoirs d'agent de l'Etat. Le Conseil de discipline est saisi par le commissaire du gouvernement chargé de l'instruction disciplinaire lorsque celui-ci estime, après avoir mené une enquête à charge et à décharge, que les faits reprochés à l'agent concerné sont suffisamment graves et devraient être sanctionnés.

web :

<https://mfp.gouvernement.lu/fr/le-ministere/organisation/entites-rattachees/conseil-discipline.html>

4. Le Comité de Prévention de la Corruption (COPRECO)

Sur base de la loi du 1^{er} août 2007 portant notamment approbation de la Convention des Nations Unies contre la corruption (« Convention de Mérida »), un règlement grand-ducal du 15 février 2008 a institué le Comité de Prévention de la Corruption (COPRECO) auprès du ministère de la Justice.

Ce comité est chargé des missions suivantes :

- constituer une table ronde multidisciplinaire d'échanges sur le phénomène de la corruption ;
- contribuer à l'élaboration, à la coordination et à l'évaluation des politiques nationales de prévention de la corruption ;
- assurer le suivi des conventions internationales conclues par le Luxembourg en matière de lutte contre la corruption ;
- assurer une diffusion adéquate des connaissances concernant la prévention de la corruption.

La composition et le fonctionnement de ce comité sont fixés par le règlement grand-ducal du 15 février 2008. La structure du COPRECO lui permet d'un côté de réunir de hauts responsables des ministères et administrations qui peuvent échanger des informations entre eux et formuler à l'adresse des décideurs politiques des propositions en vue de l'amélioration du cadre légal ou pratique de la lutte contre la corruption, mais aussi de rencontrer ponctuellement des représentants du secteur privé en vue d'activités de sensibilisation.

web : http://mj.public.lu/actualites/2009/12/corruption_transnationale/index.html

5. Le Conseil de concurrence

En vertu de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, le Conseil de la concurrence est l'unique autorité de la concurrence au Luxembourg. Le Conseil de la concurrence est une autorité administrative indépendante dont le rôle est de garantir la libre concurrence et de veiller au bon fonctionnement des marchés. Il doit veiller au respect des règles de concurrence nationales et européennes.

Les missions du Conseil de la concurrence et son pouvoir de sanction sont définis dans la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

Le Conseil de la concurrence est amené à sanctionner les pratiques anticoncurrentielles par des amendes et / ou des astreintes. Il doit également prendre toutes les mesures nécessaires pour faire cesser les infractions. Il agit sur plainte et peut également s'autosaisir. Le contrôle du conseil de la concurrence n'est dès lors pas systématique.

Au-delà de la détection et de la sanction, le Conseil de concurrence joue également un rôle important dans la prévention des infractions. Il se doit de sensibiliser les entreprises à leurs responsabilités par rapport au droit de la concurrence de façon à les inciter à ne pas s'engager dans des comportements interdits tels que les ententes ou les abus de position dominante.

Dans le cadre de ses fonctions, le Conseil cherche à protéger les intérêts des consommateurs mais également les intérêts des entreprises contre les comportements anticoncurrentiels d'entreprises concurrentes qui pourraient avoir pour effet de restreindre le jeu de la concurrence.

Le Conseil joue également un rôle important dans la prévention des infractions. Il se doit de sensibiliser les entreprises à leurs responsabilités par rapport au droit de la concurrence de façon à les inciter à ne pas s'engager dans des comportements interdits tels que les ententes ou les abus de position dominante.

Le Conseil de la concurrence émet des avis dans un certain nombre de cas notamment concernant tout projet de loi ou de règlement portant sur la modification ou l'application de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

À titre d'exemple, le Conseil de la concurrence a rendu un avis 2016-AV-09 sur l'importance du respect des règles de concurrence dans les marchés publics et sur les risques de collusion entre les soumissionnaires (*références : Avis n° 2016-AV-09 relatif au projet de loi n° 6982 sur les marchés publics, au projet de loi n° 6984 sur l'attribution des contrats de concession et au projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi sur les marchés publics et de la loi sur l'attribution des contrats de concession et portant modification du seuil prévu à l'article 106, point 10 de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988*).

De manière plus générale, le Conseil est compétent pour rendre des avis sur toutes les questions concernant le droit de la concurrence. Il peut rendre un avis sur une question ou sur un domaine, soit à la demande du ministre, soit de sa propre initiative.

Le Conseil établit un rapport annuel de ses activités qui reprend les décisions importantes prises par lui en prenant soin de préciser si ces décisions sont coulées en force de chose jugée (art. 7 (5) de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence).

web : <https://concurrence.public.lu/fr/publications.html>

6. L'Administration des douanes et accises et l'Inspection du travail et des mines

Dans le cadre de la législation applicable en matière de détachement des travailleurs, l'Administration des douanes et accises et l'Inspection du travail et des mines font des contrôles réguliers de chantiers, y compris des chantiers relevant de la maîtrise d'ouvrage publique, soumis à la législation sur les marchés publics.

C. Les dispositions spécifiques prévues en matière de marchés publics et de concessions

La loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics et la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution des contrats de concession se réfèrent aux dispositions du Code pénal pour toute une série de comportements répréhensibles (voyez le point a. de la présente section). Ces comportements sont sanctionnés par une mesure d'exclusion obligatoire et/ou de résiliation pour faute (selon le moment où le comportement répréhensible est constaté (il sera question des sanctions au niveau de la deuxième partie de la présente section).

En ce qui concerne les conflits d'intérêts, l'article 13 (2) de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics énonce une définition ainsi que l'obligation, pour les pouvoirs adjudicateurs, de prendre les mesures appropriées permettant de prévenir, de détecter, et de corriger de manière efficace des conflits d'intérêts survenant lors des procédures de passation de marché, afin d'éviter toute distorsion de concurrence et d'assurer l'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques. Cette disposition transpose ainsi l'article 24 de la directive 2014/24/UE. Il convient de noter que l'article 13 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics s'applique à tous les marchés publics du secteur classique, quelle que soit leur envergure, donc également aux marchés qui ne sont pas couverts par les directives européennes.

L'article 121 de cette même loi transpose l'article 42 relatif aux conflits d'intérêts de la directive 2014/25/CE. Cet article a vocation à s'appliquer aux marchés dans les secteurs spéciaux uniquement.

En ce qui concerne les contrats de concession, la prévention des conflits d'intérêts est régie par l'article 34 de la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution de contrats de concession. Cet article transpose l'article 35 de la directive 2014/23/UE du 26 février sur l'attribution de contrats de concession, mais s'applique à tous les contrats de concession quelle que soit leur envergure. Les dispositions sont très similaires à celles prévues en matière de marchés publics.

Afin de prévenir les comportements nuisibles aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ou de mieux les détecter, les directives européennes ont prévu d'autres nouvelles dispositions, qui ont été intégrées en droit luxembourgeois : ainsi, notamment, la pratique de la consultation préalable des opérateurs économiques est à présent encadrée (Loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics, art. 26 et 135).

Ces dispositions n'existaient pas antérieurement en droit luxembourgeois des marchés publics (au contraire des sanctions dont il sera question ci-après).

Les dispositions des directives européennes qui portent sur la transparence de la passation des marchés publics (qui existaient déjà antérieurement – notamment : quand doit-on publier une information, quand peut-on déroger à une procédure avec publication d'un avis de marché) n'ont plus

lieu d'être spécifiquement commentées, mais elles méritent d'être mentionnées comme contribuant au titre de la prévention. Ces règles ont été renforcées par de nouvelles dispositions relatives à la modification de contrats en cours d'exécution (Loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics, art. 43 et 155 ; Loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution de contrats de concession, art. 42). Il s'agissait concrètement d'encadrer les différentes hypothèses susceptibles de se poser par des règles matérielles concrètes, inscrites dans la loi, plutôt que de renvoyer à la jurisprudence, et de contribuer ainsi à davantage de sécurité juridique.

La sanction de l'exclusion est prévue par les trois directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE et les dispositions y afférentes ont été transposées en droit national par l'article 29 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics pour les marchés publics classiques, c'est-à-dire les marchés relevant du champ d'application de la directive 2014/24/UE et des marchés qui, de par leur envergure, ne relevant pas du champ d'application de cette directive, par l'article 141 de cette même loi en ce qui concerne les marchés relevant du champ d'application de la directive 2014/25/UE en raison des activités visées par cette directive et par l'article 37 de la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution de contrats de concession en ce qui concerne le domaine des contrats de concession.

Ces dispositions ont été transposées en droit luxembourgeois (Loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics, art. 29 et 141 ; Loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution de contrats de concession, art. 37). Les irrégularités sanctionnées par le Code pénal sont sanctionnées par une exclusion obligatoire. Les autres irrégularités, telles que les situations de conflits d'intérêts auxquelles il n'a pu être remédiées, les accords contraires au droit de la concurrence et les fautes professionnelles graves remettant en cause l'intégrité professionnelle de l'opérateur économique, tombent sous le coup des hypothèses d'exclusion facultatives.

Afin d'encadrer cette dernière faculté laissée aux pouvoirs adjudicateurs d'exclure un opérateur économique de la procédure de passation d'un marché public, le législateur luxembourgeois a prévu une procédure administrative spécifique, avec des garanties pour l'administré, tel que le principe du contradictoire, la saisine d'une demande d'avis de la Commission des soumissions et un recours en réformation devant le Tribunal administratif.

Les mêmes dispositions sont prévues à l'article 37 de la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution des contrats de concession.

La sanction de la résiliation permet de mettre un terme, aux torts de l'adjudicataire, à un contrat de marché public en cours d'exécution. Ainsi l'article 44 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics permet de résilier, à l'initiative du pouvoir adjudicateur, un contrat de marché public pour faute grave. La notion de faute grave englobe la fraude, la corruption, le conflit d'intérêts et autres irrégularités graves. Une procédure analogue à celle prévue pour l'exclusion de la participation aux marchés publics, décrite ci-dessus, doit être respectée, impliquant à nouveau la saisine de la Commission des soumissions.

En matière d'attribution des contrats de concession, l'article 43 de la loi du 3 juillet 2018, tiré de la transposition de l'article correspondant de la directive, prévoit des possibilités de résiliation moins étendues : sont seuls visés les cas d'exclusion obligatoire (infractions au Code pénal).

Il est encore à préciser qu'avant l'entrée en vigueur des lois de 2018 sur les marchés publics et les concessions, l'article 13 (1) de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics (applicable en 2017

donc pour la période de référence sur laquelle porte le présent rapport) prévoyait la sanction de l'exclusion de la participation aux marchés publics, notamment pour manque de probité commerciale. L'exclusion devait être prononcée par le pouvoir adjudicateur concerné, après avis de la Commission des soumissions, et ne pouvait excéder deux ans. Un recours en réformation devant le Tribunal administratif était possible contre la décision d'exclusion. La sanction de la résiliation pour faute grave était également prévue.

D. Formations

Des formations relatives au phénomène de la corruption sont enseignées à l'Institut national d'administration publique (INAP) (présenté dans le cadre de la 1^{ère} Partie du présent rapport).

Ainsi, le catalogue pour l'année 2019 prévoit la possibilité de suivre :

- une formation de 2 jours sur la « lutte contre la corruption »,
- une formation de 2 jours sur l'éthique et l'intégrité,
- ainsi qu'une formation de 2 jours sur la prévention active dans le domaine de la corruption au sein de du secteur public.

En matière de droit de la concurrence, il convient de mentionner que la Chambre de Commerce et l'Association Luxembourgeoise pour l'étude du droit de la concurrence (ALEDC) organisent chaque année une « *Journée luxembourgeoise du droit de la concurrence* », qui réunit d'éminents spécialistes nationaux et européens du droit de la concurrence. Cette conférence s'adresse notamment à toutes les entreprises, aux juristes d'entreprise, ainsi qu'aux professionnels du droit.

Ainsi, la quatrième édition, qui se tiendra le 11 juin 2019, traitera notamment (i) de l'actualité nationale législative et jurisprudentielle en matière de droit de la concurrence, (ii) de la question du droit de la concurrence à l'ère de la digitalisation ainsi que (iii) des règles de concurrence à respecter par les entreprises dans le cadre des marchés publics.

web :

https://www.cc.lu/autres-services/manifestations/detail/?user_ccagenda_pi1%5BshowUid%5D=1710

IV. DEGRÉ DE PARTICIPATION DES PME DANS LES PROCÉDURES DE MARCHES PUBLICS

A. L'importance des PME au Luxembourg

Les PME jouent un rôle moteur en ce qui concerne la croissance économique et la création d'emplois. Une attention particulière leur est accordée, alors qu'elles sont considérées comme formant la colonne vertébrale du tissu économique du Luxembourg. Actuellement, le secteur des petites et moyennes entreprises dénombre quelque 34.000 entreprises artisanales, commerciales, voire issues du secteur HORESCA (Hôtellerie, Restauration et Cafés), ainsi que certaines professions libérales, et emploie près de 186.000 personnes, soit un peu plus de cinquante-cinq pour cent de l'emploi intérieur.

Au cours des dix dernières années, ce secteur a créé plus de 30.000 nouveaux emplois. Les entreprises du secteur des classes moyennes assurent également une part essentielle de la formation professionnelle et contribuent efficacement à la consolidation de notre tissu économique ainsi qu'à l'expansion du marché national de l'emploi.

B. Les plans d'action nationaux

Dans cet ordre d'idées, des plans d'action nationaux en faveur des PME sont régulièrement élaborés par le gouvernement. Ainsi le 4^e plan d'action national¹⁵ en faveur des PME a été publié en 2016. Suite aux élections législatives du 18 octobre 2018, le Ministre des Classes moyennes a récemment annoncé que le 5^e plan national en faveur des PME serait élaboré dans les mois à venir.¹⁶

Les plans d'action nationaux constituent des documents de travail qui sont destinés à servir de fondement pour les actions à mener en faveur des PME sur plusieurs années et qui comportent les mesures afin de garantir un cadre propice à la création et au développement des entreprises relevant du secteur des classes moyennes.

C. Les principales structures de soutien

1. Le Haut Comité pour le soutien des PME et de l'entrepreneuriat au Luxembourg

Le Haut Comité pour le soutien des PME et de l'entrepreneuriat au Luxembourg a été mis en place en 2014 afin de permettre l'institution d'une plateforme d'échange sur les problématiques et les opportunités du secteur.

Ce comité est présidé par le Ministre des Classes moyennes et est composé des représentants de la Chambre de Commerce, de la Chambre des Métiers, de la Fédération des Artisans, de la Confédération de commerce et de l'HORESCA.

¹⁵ <http://www.innovation.public.lu/fr/brochures-rapports/p/4e-plan-action-pme/index.html> (pp. 12-13). Le 4^e plan d'action national met entre autres en exergue l'importance des marchés publics en la matière et les apports des directives européennes de 2014 en termes de simplification et de modernisation des procédures d'appel d'offres pour les marchés publics.

¹⁶ https://meco.gouvernement.lu/fr/actualites.gouvernement%2Bfr%2Bactualites%2Btoutes_actualites%2Bcommuniqués%2B2019%2B02-fevrier%2B28-delles-pme.html

Il a pour objectif de proposer et de discuter des mesures destinées à stimuler l'entrepreneuriat, la création d'entreprise et à favoriser le développement du secteur des PME. Concrètement, une des missions principales du Haut Comité réside dans l'élaboration, respectivement l'adaptation des plans d'action nationaux en faveur des PME.

2. **Luxinnovation G.I.E.** (voy. p. 73)

Etant donné le rôle extrêmement important que les PME sont susceptibles de jouer, le domaine de l'innovation mérite que l'on s'y intéresse. Il s'agit par ailleurs de faire le lien avec la cinquième partie de ce rapport, qui sera consacrée aux « aspects stratégiques ». Le G.I.E. *Luxinnovation* y est présenté dans le cadre de la section dédiée à l'innovation (voy. p. 73).

Les programmes « *Fit 4 Innovation* » et « *Fit 4 Digital* » ont été développés par *Luxinnovation* en partenariat avec le ministère de l'Economie et sont dédiés aux PME et PMI. Les objectifs visent globalement à renforcer la capacité à innover et à les accompagner dans leurs efforts de digitalisation.

web :

<https://www.luxinnovation.lu/fr/fit-4-innovation/>

<https://www.luxinnovation.lu/fr/fit-4-digital-fr/>

3. **Les Chambres professionnelles (ainsi que la Fédération des Artisans)**

Tel que décrit en première partie du rapport de contrôle, la **Chambre des Métiers** et la **Chambre de Commerce** contribuent, par leurs services, à soutenir les PME et à mieux faire connaître les opportunités en matière de marchés publics et à faciliter la recherche parmi les avis de marchés publiés au niveau de la Grande Région. *L'Enterprise Europe Network* soutient les PME dans leur démarche d'internationalisation.

Aux services qui ont été décrits en première partie, et qui sont à disposition de tout opérateur économique (qu'il s'agisse ou non d'une PME), s'ajoutent encore les services plus spécifiques offerts par la **Fédération des Artisans**, l'organisation faîtière de l'artisanat luxembourgeois, regroupant 51 fédérations professionnelles, qui a pour missions :

- d'informer et de conseiller ;
- de prendre en charge les travaux de secrétariat des organisations professionnelles membres;
- de représenter l'artisanat dans des organismes et institutions sur le plan national et international ;
- d'assister les fédérations affiliées à négocier les conventions collectives ;
- de défendre, conjointement avec la Confédération Luxembourgeoise du Commerce et l'HORESCA, les intérêts des PME.

La Fédération des Artisans dispose d'un service juridique qui assiste ses membres en cas de questions en matière de marchés publics. Elle est l'éditeur responsable de la revue « *d'Handwierk* », en collaboration avec la Chambre des Métiers.

Au même titre que la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers, la Fédération des Artisans dispose d'un membre la représentant au sein de la Commission des soumissions.

web :

<https://www.fda.lu/fda/federation-des-artisans>

Les chambres professionnelles et la Fédération des artisans contribuent encore à soutenir les PME en s'investissant largement dans la formation en matière de marchés publics, tel que déjà exposé dans la première partie du rapport.

A cet égard, il convient de souligner la forte résonance du milieu lors des formations organisées dans le cadre des séances d'information au sujet de la nouvelle réglementation des marchés publics au moment de l'entrée en vigueur de la réforme, le 20 avril 2018.¹⁷ Cela démontre l'intérêt porté par les PME aux marchés publics, et confirme que le mode de mise en adjudication par corps de métier distincts, jusqu'ici majoritairement appliqué, crée de réelles opportunités pour les PME.

4. Le service administratif de la Commission des soumissions (voy. p. 22)

Enfin, il convient de mentionner que le service administratif de la Commission des soumissions, (voy. p. 22), peut être saisi par tout opérateur économique, et se tient donc également à la disposition des PME qui auraient des questions en ce qui concerne la législation sur les marchés publics.

Lorsque le service administratif de la Commission des soumissions est en contact avec des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices, et qu'il est question de sujets qui sont de nature à compliquer la situation des PME (fixation de délais serrés, clarté des documents de marché, mise à disposition d'un DUME pré-rempli, création de plusieurs lots, etc.), ledit service administratif saisit l'occasion de sensibiliser les autorités à la problématique de l'accès des PME aux marchés publics.

D. Dispositions légales et réglementaires en faveur des PME en matière de marchés publics

1. Dispositions particulières prévues par la législation antérieure

a) De l'importance de diviser les marchés en lots

Au Grand-Duché de Luxembourg, la majeure partie des entreprises constituent des PME. Dans cette optique, les autorités publiques ont toujours été conscientes de l'importance de diviser les marchés en lots (principe cher aux directives européennes de 2014). Les règles antérieures à la transposition des directives européennes de 2014 énonçaient déjà ce principe, mais en employant une terminologie différente, bien spécifique au domaine de la construction et des marchés de travaux.

Le domaine de la construction et des marchés de travaux posent particulièrement problème aux PME en cas de projets d'envergure. Certes, de petites entreprises ne sont pas d'office exclues de tels projets. Elles peuvent en effet y participer en se regroupant à plusieurs pour former une association momentanée ou alors en tant que sous-traitant. Cependant, ces deux solutions comportent autant de risques juridiques que les entreprises de petite taille ne sont pas toujours

¹⁷ <https://www.cdm.lu/news/fiche/newsnew/news/conference-reforme-marches-publics-un-franc-succes> (information publiée sur la Chambre des Métiers suite à la première formation du 4 mai 2018)

intéressées à porter. Par ailleurs, les fédérations professionnelles dénonçaient la situation défavorable aux sous-traitants, réclamant que ceux-ci soient protégés par le législateur.¹⁸

b) Les règles antérieures aux nouvelles directives

Sous l'impulsion de la Chambre des Métiers et de la Fédération des Artisans, un cadre spécifique favorisant la pratique de la division des marchés en lots avait ainsi été mis en place. Celui-ci distinguait en effet les « mises en adjudication par entreprise générale » de la « mise en adjudication par corps de métiers séparés ». C'est cette dernière, impliquant une division du projet de construction en autant de lots séparés qu'il y avait de « métiers » sur le chantier, qui constituait la règle (Règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés public, art. 9).

La « mise en adjudication par entreprise générale » (consistant à confier la réalisation d'un projet à un seul prestataire) constituait ainsi l'exception (Règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés public, art. 9). Elle n'était possible que dans les cas prévus par la loi, à savoir :

- a) pour la réalisation d'ouvrages importants incluant des travaux, fournitures et services relevant de différentes professions;
- b) lorsqu'en raison de l'indivisibilité des responsabilités, il n'est pas indiqué de séparer les travaux relevant de deux ou de plusieurs métiers.

Dans le cas d'une mise en adjudication « par entreprise générale », des règles spécifiques destinées à protéger les sous-traitants avaient été mises en place pour conjurer les pratiques au détriment des sous-traitants.

c) Une pratique concordante dans le secteur de la construction luxembourgeois

Ce cadre légal était bien accepté dans la pratique. En effet, la réalisation de projets par voie d'entreprise générale est plutôt rare. En effet, bien que celle-ci paraisse a priori moins compliquée et plus commode à mettre en œuvre (d'un point de vue organisationnel ainsi que d'un point de vue des responsabilités), la réalisation de projets par voie d'entreprise générale implique très souvent un surcoût pour la prise en charge par l'adjudicataire du risque et du travail de coordination.

En pratique, l'on peut illustrer l'application de ces dispositions à la lumière d'un projet de construction d'un bâtiment. Les lots constitués par corps de métier séparé portent alors par exemple sur les travaux de gros-œuvre, les travaux d'étanchéité, les travaux de toiture, travaux de construction métallique, installations de chauffage, installations sanitaires, travaux d'électricité, travaux de menuiserie, travaux de peinture, travaux de vitrerie, etc. Pour des projets de très grande envergure, dans la mesure du techniquement possible, les lots constitués par des corps de métier peuvent encore être répartis en différents lots.

De cette manière, une large partie des opérateurs économiques, quelle que soit leur taille et leur activité, ont la possibilité d'accéder directement à la commande publique, sans que la situation

¹⁸ Travaux parlementaires de la loi de 1974 sur les marchés publics (*doc. parl. n° 1621*, Chambre des députés, session ordinaire 1971-1972, pp. 19-21). Avis de la Chambre des Métiers du 23 septembre 1971, - Annexe : Rapport d'un sous-groupe de travail « Artisanat 80 » - Politique des travaux publics, pp. 10 ss.. Il convient de signaler que cet avis n'a jamais été partagé par la Chambre de Commerce. Pour un exemple d'avis émis à ce sujet : *doc. parl., n° 4635*, Chambre des députés, session ordinaire 1999-2000, Avis de la Chambre de Commerce du 16 mars 1998, pp. 43 et 48 www.chd.lu.

de sous-traitant soit la seule option. Les grosses entreprises sont tout autant susceptibles de s'intéresser à ces marchés puisqu'elles peuvent soumissionner pour plusieurs lots.

Pour les projets de construction d'une envergure ou d'une complexité qui sortent de l'ordinaire, la solution de la « *mise en adjudication par voie d'entreprise générale partielle* » est souvent préconisée. Elle consiste également à procéder à la division du projet en lots « *par entités fonctionnelles* », regroupant alors plusieurs métiers, tels que par exemple la technique : « *chauffage-climatisation-sanitaires* » ou « *gros-œuvre fermé* ».

Dans un avis qu'elle a émis en 1998, la Chambre des Métiers a considéré cette alternative comme « *modèle d'organisation de loin plus adapté à la structure du secteur luxembourgeois de la construction pour les grandes réalisations des prochaines années et [qui] permettrait en plus de développer des compétences lui facilitant l'accès aux marchés régionaux* »¹⁹.

d) Les dispositions protectrices des sous-traitants

En cas de mise en adjudication de marchés par entreprise générale (globale ou partielle), des dispositions protectrices des sous-traitants trouvent à s'appliquer afin d'éviter que ceux-ci ne se retrouvent à la merci de l'entrepreneur général. Il s'agissait en particulier d'enrayer la « *pratique du second tour* », consistant, dans le chef de l'entrepreneur général, de solliciter plusieurs sous-traitants et après adjudication, de mener des négociations les opposant les uns aux autres.²⁰

Le règlement grand-ducal prévoit dès lors l'obligation pour l'entrepreneur général d'identifier les sous-traitants avec lesquels il entend travailler dès le stade de la remise de l'offre et sous peine d'irrecevabilité de celle-ci. Il doit par ailleurs obligatoirement avoir conclu un pré-contrat de sous-traitance avec ceux-ci. (Règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés public, art. 10).

Ne peut être prise en considération une offre en nom personnel émanant d'un opérateur économique si celui-ci figure également en tant que sous-traitant dans une entreprise générale ou s'il remet parallèlement une offre en association avec un ou plusieurs autres opérateurs économiques. (Règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés public, art. 10).

Par ailleurs, l'entrepreneur général ne peut, après la remise de son offre et pendant la durée du contrat, échanger un ou plusieurs de ses sous-traitants, ni modifier la part des travaux attribués à chacun d'eux, que dans des cas dûment justifiés (tel que prévus par la loi) et avec l'assentiment du pouvoir adjudicateur.

Enfin, la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance (et prévoyant les conditions dans lesquelles un paiement direct peut être opéré) a été adoptée afin de prémunir les sous-traitants contre l'insolvabilité de l'entreprise principale.

¹⁹ Travaux parlementaires, *doc. parl.* n° 4635, Chambre des députés, session ordinaire 1999-2000, Avis de la Chambre des Métiers du 3 juillet 1998, p. 64.

²⁰ Mêmes références.

2. La refonte, en 2018, du cadre réglementaire

Un des objectifs du paquet de directives adopté en 2014 en ce qui concerne les marchés publics, était de faciliter l'accès des PME aux marchés publics. Les nouvelles dispositions ont été transposées en droit national par le biais de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics et de son règlement grand-ducal portant la même date, ainsi que par la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution de contrats de concession.

Les différentes dispositions légales et réglementaires facilitant l'accès des PME aux marchés publics, tirées de la transposition des directives, sont les suivantes :

a) Réduction des charges administratives

Le « *document unique de marché européen* » (DUME) est un instrument qui a été créé dans le cadre du plan d'action européen *eGovernment* UE 2016-2020, conformément au principe '*once only*' ('*une fois pour toutes*') et doit contribuer à réduire la charge administrative et à faciliter la participation des opérateurs économiques aux soumissions à caractère transfrontalier. Le DUME est disponible dans toutes les langues de l'Union et prouve a priori que les conditions requises pour participer aux procédures de passation de marchés publics dans l'Union sont remplies.

Grâce au DUME, les opérateurs économiques ne doivent plus systématiquement fournir de justificatifs ni les différents formulaires utilisés auparavant dans le cadre de procédures de passation de marchés publics, ce qui signifie que l'accès aux offres publiées dans d'autres Etats membres de l'UE devrait s'en trouver sensiblement simplifié. (Loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics, art. 72 et 141 (3)).

web : <https://marches.public.lu/fr/procedures/dossier-soumission/dume.html>

L'exigence de l'utilisation des moyens électroniques a été transposée par le règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi sur les marchés public (art 162, 196 ; 240, 241), de même que par l'article 33 de la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution de contrats de concession.

Afin de faciliter l'utilisation du Portail des marchés publics (présenté dans la première partie du présent rapport de contrôle), le règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics a été actualisé et modernisé. Ces modifications sont entrées en en vigueur le 25 mars 2019.

- Lien vers la publication au Journal officiel :

<http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/rgd/2019/01/25/a172/jo>

- Lien vers la circulaire ministérielle du 19 mars 2019 :

<https://marches.public.lu/dam-assets/fr/legislation/circulaires-communications/19-03-19-circulaire-rgdal-portail.pdf>

b) Amélioration de l'accès des PME aux marchés publics.

Dans le passé, des PME risquaient d'être exclues, car les pouvoirs adjudicateurs exigeaient un chiffre d'affaires annuel trop élevé, même pour des marchés de faible montant. L'objectif était d'avoir des garanties suffisantes de bonne exécution des travaux.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics, le chiffre d'affaires annuel requis ne devra pas, en principe, être supérieur au double du montant du marché (Loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics, art. 30 (3) al. 3). Désormais, les acheteurs publics doivent accepter tous les soumissionnaires dont la situation financière est appropriée aux fins du marché.

c) Généralisation de l'invitation à diviser les marchés en lots

La règle est à présent la même, tant pour les procédures relevant du Livre I^{er}²¹ que pour celles relevant du Livre II : les pouvoirs adjudicateurs sont **invités à diviser les marchés publics en lots**. Cette invitation vaut à présent qu'il s'agisse de travaux, de services ou de fournitures.

Pour les procédures relevant du Livre II, les motifs justifiant la décision de ne *pas* subdiviser les marchés en question en lots devront être précisés (Règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi sur les marchés publics, art. 154).

Il convient encore de remarquer que par règlement ministériel du 20 avril 2018 les **cahiers spéciaux des charges standardisés relatifs aux clauses contractuelles générales** ont été institués. Ceux-ci ont été révisés de manière à tenir compte de toutes les exigences en matière de division des marchés de travaux en lots distincts (ainsi que de toutes les autres nouveautés tels le DUME).

d) Protection des sous-traitants renforcée

Les dispositions protectrices des sous-traitants en cas de mise en adjudication par entreprise générale ont été maintenues (Règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi sur les marchés publics, art. 24).

De nouvelles dispositions, permettant davantage de contrôle, ont été transposées (Règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi sur les marchés publics, art. 104 et 105 « Déclarations obligatoires et sous-traitance après l'attribution du marché public »).

E. Sensibilisation

Les nouvelles dispositions apportées à la suite de la transposition des directives européennes ont été présentées dans le cadre de la circulaire ministérielle du 17 juillet 2018 relative à la nouvelle législation en matière de marchés publics du 8 avril 2018.

Celle-ci met l'accent sur l'importance de faciliter l'accès des PME aux marchés publics en ces termes : « 3. *L'accès des PME aux marchés publics* 1. (...) *Les pouvoirs adjudicateurs devraient en particulier être encouragés à diviser en lots les marchés importants. Cette division pourrait se faire sur une base quantitative, en faisant mieux correspondre la taille des différents marchés à la capacité des PME, ou sur une base qualitative, en fonction des différentes branches d'activité et spécialisations*

²¹ Les articles 2 à 7 du RGDMF ont fait l'objet d'une modification supplémentaire après son entrée en vigueur, afin de garantir une application uniforme du principe de la division des marchés en lots aux marchés de travaux, fournitures et services, que ce soit pour les procédures nationales (Livre I^{er}) que pour les procédures européennes (Livre II).

concernées, afin d'adapter plus étroitement le contenu de chaque marché aux secteurs de spécialisation des PME, ou selon les différentes phases successives du projet.

La division des marchés en lots n'est pas obligatoire. Ainsi, le recours à l'entreprise générale reste permis, à titre exceptionnel. Mais les pouvoirs adjudicateurs ont l'obligation d'examiner l'opportunité de diviser leurs marchés en lots. Dans le cadre d'une procédure européenne, les pouvoirs adjudicateurs ont l'obligation de motiver leur décision de ne pas diviser les marchés en lots (cf. art. 154 de la loi, et pp. 11-12 de la présente circulaire).

2. Les pouvoirs adjudicateurs devraient par ailleurs veiller à ne pas exiger un chiffre d'affaires hors de proportion avec l'objet du marché. (cf. art. 30 de la loi).

3. Les pouvoirs adjudicateurs devraient dans la mesure du possible faciliter la tâche aux petites et moyennes entreprises, notamment en veillant à la clarté de leurs documents de marché, et en préconfigurant le DUME (cf. guide d'application sur le DUME, annexé). »²²

F. Données quantitatives quant à la participation des PME dans les marchés publics et quant à la division des marchés en lots

Au Grand-Duché de Luxembourg, une grande partie des entreprises est susceptible d'être considérée comme appartenant à la catégorie des PME. Actuellement cependant, la participation des PME aux procédures de passation des marchés publics ne fait pas l'objet d'un recensement systématique.

Dans le cadre de la collecte de données statistiques effectuée dans le contexte du présent rapport, il fut essayé de collecter des informations quant au nombre de PME s'étant vu attribuer un marché public et le nombre d'entre elles ayant participé aux procédures.

Même si une bonne partie des réponses fournies indiquaient que les marchés ont été attribués à des PME, les données fournies n'ont malheureusement pas pu être qualifiées de concluantes car beaucoup d'autorités ont préféré tout simplement ne pas répondre aux questions se rapportant à la participation des PME.

²² Extrait de la circulaire ministérielle du 17 juillet 2018 relative à la nouvelle législation en matière de marchés publics du 8 avril 2018.

Malgré une indication relative à la notion de PME²³ (dans le formulaire de collecte des données), la complexité de celle-ci semble avoir provoqué beaucoup d'incertitudes dans le chef des autorités, qui ont dès lors hésité à « qualifier » la nature des opérateurs économiques ayant participé ou s'étant vu attribuer le marché – préférant ne pas répondre à cette partie du formulaire de collecte des données. Cela résulte notamment des questions qui furent posées par téléphone aux auteurs des tableaux de collecte des données.

A cela s'ajoute le fait que pour les marchés de moindre envergure, des critères de sélection relatifs à la taille des opérateurs économiques ne sont pas systématiquement exigés; dès lors, dans beaucoup de cas, les pouvoirs adjudicateurs ne disposent pas d'informations très détaillées relatives aux entreprises concernées. Une recherche auprès du Registre de commerce et des sociétés (RCSL) aurait par conséquent nécessairement dû être effectuée pour pouvoir répondre aux questions.

Or, il ne faut pas oublier que la collecte de données a été opérée rétroactivement (en 2018, pour l'année 2017), de sorte qu'il est compréhensible que beaucoup d'autorités publiques n'avaient tout simplement pas les moyens de prendre le temps d'opérer des vérifications rétroactivement sur la nature des entreprises ayant participé aux procédures, ni de prendre l'initiative d'opérer des recherches dans les documents de marché, préférant ne pas répondre à cette partie du tableau de collecte des données.

Pour toutes ces raisons, il y a lieu de se demander si les autorités qui ont répondu à cette partie du tableau de collecte des données ont opéré toutes ces vérifications ou bien si les réponses fournies sont approximatives.

En ce qui concerne la division des marchés en lots, les explications fournies en ce qui concerne la pratique de la « mise en adjudication par corps de métiers séparés » (cf. sous (1) « Dispositions particulières déjà contenues dans la législation sur les marchés publics antérieure » - voy. pp. 49-50 en particulier) permet d'expliquer pourquoi les auteurs du présent rapport de contrôle considèrent les réponses fournies (quand c'est le cas) comme étant peu fiables sans qu'il soit d'abord procédé à des vérifications.

²³ Le tableau de collecte de données se réfère à la recommandation 2003/361/EC du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003H0361&from=FR> suivant laquelle une entreprise est considérée comme PME si elle emploie moins de 250 personnes et son chiffre d'affaires annuel (montant d'argent perçu à une période donnée) ne dépasse pas 50 millions d'euros ou son bilan (état des actifs et des passifs de la société) n'excède pas 43 millions d'euros.

V. MISE EN ŒUVRE AU NIVEAU NATIONAL DE MARCHÉS PUBLICS À CARACTÈRE STRATÉGIQUE (INTÉGRANT DES CONSIDÉRATIONS ENVIRONNEMENTALES, SOCIALES ET LIÉES À L'INNOVATION)

A. Généralités

1. La Commission européenne incite les Etats membres à faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe²⁴

En octobre 2017, la Commission européenne a présenté sa communication intitulée « *Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe* », une stratégie en matière de passation de marchés publics qui fixe le cadre général et définit des priorités claires pour améliorer en pratique la passation de marchés et soutenir l'investissement au sein de l'UE.

Outre le potentiel en termes d'économies susceptibles d'être réalisées par une meilleure coordination de la passation de marchés et par un emploi judicieux des procédures mises à disposition des pouvoirs publics (tout en maintenant la qualité), et outre l'importance des marchés publics pour le marché unique et les entreprises européennes, la communication a surtout pour objectif de mettre en évidence que **les procédures de marchés publics constituent un instrument stratégique**, qui fait partie de la panoplie d'instruments de politique économique dont dispose chaque Etat membre.

La stratégie présentée par la Commission européenne pour le marché unique de 2015²⁵ soutient l'idée de marchés publics plus transparents, efficaces et responsables. A cet effet, il est nécessaire de passer d'une approche purement administrative des marchés publics (i.e. « *un corps de règles à respecter* ») à une approche dite « stratégique » et axée sur les besoins, en considérant le corps de règles comme une « *boîte à outils* » offrant autant de possibilités. Il s'agit globalement de parvenir à un meilleur rapport coût/efficacité pour les deniers publics, d'obtenir de meilleurs résultats pour l'ensemble de la société et sur le plan d'autres objectifs de politique publique, tout en améliorant l'efficacité des dépenses publiques.

2. Des domaines où le potentiel des nouvelles règles n'est pas exploité

Tel que l'expose la Commission européenne à l'appui de la communication précitée, les marchés publics, dont les montants dépensés chaque année représentent environ 14 % du PIB de l'UE, peuvent contribuer à relever un grand nombre des défis majeurs auxquels l'Europe est confrontée, notamment en générant une croissance et des emplois durables²⁶.

²⁴ Intitulé de la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 3.10.2017 (réf.: COM(2017) 572 final), qui peut être téléchargée à partir du lien suivant : <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/FR/COM-2017-572-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>

²⁵ Communication, « *Améliorer le marché unique: de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises* », [COM(2015) 550].

²⁶ https://ec.europa.eu/commission/priorities/jobs-growth-and-investment/investment-plan_fr

Comme le souligne la communication sur l'industrie²⁷, les marchés publics permettent d'investir dans l'économie réelle et stimulent la demande, afin d'améliorer la compétitivité basée sur l'innovation et le numérique. Les marchés publics peuvent ainsi favoriser le passage à une économie circulaire et efficace dans l'utilisation des ressources et de l'énergie²⁸, et promouvoir un développement économique durable et des sociétés plus équitables et inclusives.

Bien que le paquet de directives européennes relatives à la commande publique ait été transposé en droit national lentement²⁹, le cadre juridique modernisé était déjà largement en place au sein d'une majorité d'Etats membres au moment de la communication de la Commission européenne. Toutefois, le processus du Semestre européen a recensé des domaines spécifiques où des améliorations du fonctionnement des marchés publics au niveau national contribueraient de manière décisive aux gains de compétitivité et d'efficacité.

Il a été mis en évidence que les Etats membres n'exploitent pas pleinement les possibilités offertes par la passation de marchés publics en tant qu'instrument stratégique permettant de soutenir la production durable, les objectifs de politique sociale et l'innovation.

Ce sont là les raisons pour lesquelles la Commission européenne a jugé opportun de faire porter les efforts sur la mise en pratique intelligente des nouvelles règles dans ces domaines en particulier.

3. Augmenter le nombre de marchés publics stratégiques

La circulaire ministérielle du 17 juillet 2018 sur les nouveautés en matière de marchés publics³⁰ invite les autorités publiques centrales (ainsi que les services qui relèvent de leur responsabilité) à faire emploi des outils à leur disposition et à augmenter le nombre de marchés publics stratégiques.

Cette même circulaire³¹ attire l'attention des autorités publiques centrales sur les obligations résultant pour elles de l'article 261 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi sur les marchés publics, leur imposant de fournir au département ministériel responsable du cadre réglementaire sur les marchés publics et les concessions des données chiffrées non seulement en ce qui concerne le nombre de procédures mais également en ce qui concerne les aspects qualitatifs, en expliquant à quoi cela se rapporte. Les tableaux mis à disposition des autorités publiques centrales tiennent compte de cette préoccupation dans les questions qui leur sont posées.

Sur base des données qui devraient être fournies à l'avenir, l'évolution de l'utilisation des outils permettant d'intégrer des considérations environnementales, sociales et de droit du travail devrait pouvoir être analysée.

²⁷ Référence du document - COM(2017) 479

²⁸ COM/2014/0398 final/2 - Vers une économie circulaire: programme «zéro déchet» pour l'Europe.

²⁹ Plusieurs Etats membres accusaient encore un retard de transposition des directives en droit national au moment de la diffusion de la communication de la Commission européenne du 3 octobre 2017.

³⁰ <https://marches.public.lu/dam-assets/fr/legislation/circulaires-communications/2018-circulaire-reforme-marches-publics3.pdf> (pp. 17-19)

³¹ Même référence, p. 21

B. La refonte de la législation sur les marchés publics

1. Les principales dispositions à prendre en considération

Les directives sur les marchés publics adoptées en 2014, transposées en droit luxembourgeois en 2018, fournissent un cadre permettant d'effectuer des achats dans des conditions plus souples et selon une approche plus stratégique.

Une refonte complète des textes a d'ailleurs été opérée afin d'uniformiser autant que faire se peut les pratiques et de rendre ces outils disponibles tant pour les procédures nationales (Livre I^{er}) que pour celles qui relèvent des directives européennes (Livre II) en raison de la valeur estimée du marché. Dans les grandes lignes, les principales dispositions à considérer sont les suivantes :

a) Spécifications techniques, labels, rapports d'essais, certification, normes d'assurance de la qualité et normes de gestion environnementale

Les pouvoirs adjudicateurs/entités adjudicatrices ont d'abord la possibilité d'influer sur la qualité de leurs commandes **en définissant les caractéristiques des achats** qu'ils souhaitent obtenir ou certaines exigences à l'égard des opérateurs économiques (cf. normes) dans leur cahier des charges, par le biais des dispositions suivantes :

- spécifications techniques³²
- rapports d'essais et certification³³
- labels³⁴
- normes d'assurance de la qualité et normes de gestion environnementale³⁵

b) Fixation de conditions d'exécution particulières

Les pouvoirs adjudicateur/entités adjudicatrices ont la possibilité de **fixer des conditions d'exécution particulières**, qui peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi.³⁶

c) Détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse (critères d'attribution, coût du cycle de vie)

L'offre économiquement la plus avantageuse pourra être déterminée soit sur base de son **prix**, soit sur base du coût, selon une **approche coût/efficacité** (coût du cycle de vie³⁷), soit sur base du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de **critères d'attribution**³⁸, comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux, pour autant que ceux-ci soient liés à l'objet du marché³⁹.

³² LMP, art 36 (2) et 144 (2); RGDMP, art 16 et l'Annexe IV ; LC, art. 35

³³ LMP art 36 (3) et 144 (3); RGDMP, art 18 et 21

³⁴ LMP art 36 (2) et 144 (2); RGDMP, art 17

³⁵ LMP art 36 (2) et 144 (2); RGDMP, art 17

³⁶ LMP, art. 32 (1) et (2), et art 142

³⁷ LMP, art. 35 (2), point b), art. 37;

³⁸ LMP, art. 35 (2), point c);

³⁹ LMP, art. 35 (3).

d) Davantage de flexibilité dans le choix de procédures impliquant des négociations (procédure concurrentielle avec négociations, dialogue compétitif, partenariat d'innovation)

Dans le cadre des procédures qui relèvent du champ d'application du Livre II, les pouvoirs adjudicateurs/entités adjudicatrices ont encore la possibilité d'influer sur la qualité de la commande par **le choix d'une procédure impliquant des négociations**, afin de permettre d'apporter des solutions plus appropriées face à des objectifs plus complexes :

- procédure concurrentielle avec négociations⁴⁰
- dialogue compétitif⁴¹
- partenariat d'innovation⁴²

e) Davantage de possibilités de procéder à des achats en commun (centrales d'achats, passation conjointe occasionnelle de marchés, marchés transfrontaliers)

Dans l'hypothèse où **un regroupement des achats** serait indiqué (aux fins de l'obtention d'un meilleur prix ou de meilleures conditions), les précisions apportées par de nouvelles dispositions permettent d'adresser des situations qui peuvent s'avérer intéressantes pour procéder à une « massification des besoins » et des achats en commun :

- centrales d'achat⁴³
- passation conjointe occasionnelle de marchés⁴⁴
- marchés transfrontaliers⁴⁵

2. La circulaire ministérielle du 17 juillet 2018

La circulaire ministérielle du 17 juillet 2018 sur les nouveautés en matière de marchés publics a, entre autres, présenté les dispositions permettant d'intégrer des considérations environnementales, sociales et de droit du travail. Cette circulaire peut être librement consultée sur le site du Portail des marchés publics:

<https://marches.public.lu/dam-assets/fr/legislation/circulaires-communications/2018-circulaire-reforme-marches-publics3.pdf>

⁴⁰ LMP, art. 67

⁴¹ LMP, art. 68

⁴² LMP, art. 69

⁴³ LMP, art. 23 et 132

⁴⁴ LMP, art. 24 et 133

⁴⁵ LMP, art. 25 et 134

C. Considérations sociales

1. Présentation générale

a) Quels sont les enjeux ?

Selon la définition donnée par la Commission européenne, les marchés publics socialement responsables (SRPP) sont définis comme des marchés publics qui prennent en compte une ou plusieurs considérations permettant de faire progresser les objectifs sociaux. Le SRPP couvre un large éventail de considérations, telles que les possibilités d'emploi, les conditions de travail décentes, le respect des droits sociaux et du travail, l'inclusion sociale, l'égalité des chances et l'accessibilité.

Les pouvoirs publics peuvent contribuer aux marchés publics socialement responsables en achetant des produits et services « responsables » afin de promouvoir notamment les conditions de travail les plus décentes et les entreprises socialement responsables. Les pouvoirs publics ont également la possibilité de lancer des appels d'offres publics pour favoriser l'emploi et l'intégration sociale et professionnelle, et créer de meilleures conditions de travail pour les personnes handicapées et les personnes défavorisées.

Acheter de manière responsable et équitable peut aussi inciter les entrepreneurs à s'engager en faveur d'une gestion plus responsable et durable en matière de processus de production et d'emploi des travailleurs. Les marchés publics socialement responsables constituent ainsi un outil stratégique efficace pour faire progresser les politiques sociales et de l'emploi.

Tel que le précisent les considérants introductifs à la directive 2014/24/UE, « L'emploi et le travail contribuent à l'insertion dans la société et constituent des éléments essentiels pour garantir l'égalité des chances pour tous. Les ateliers protégés peuvent jouer un rôle considérable à cet égard. Cela vaut également pour d'autres entreprises sociales ayant pour objectif principal de soutenir l'intégration ou la réintégration sociale et professionnelle des personnes handicapées ou défavorisées telles que les chômeurs, les membres de minorités défavorisées ou de groupes socialement marginalisés pour d'autres raisons. Toutefois, de tels ateliers ou entreprises pourraient ne pas être en mesure de remporter des marchés dans des conditions de concurrence normales. Dès lors, il convient de prévoir que les États membres aient la possibilité de réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics ou de certains lots de ceux-ci à de tels ateliers ou entreprises ou d'en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés. »

b) Compétence

Les domaines d'actions relevant de l'emploi, du droit du travail et des relations professionnelles et de l'économie sociale et solidaire sont attribués au **ministère du Travail, de l'Emploi et de l'Économie sociale et solidaire**. Le développement durable relève des attributions du **ministère de l'Environnement, du Climat et du Développement durable**. Dans ce contexte, il convient encore de mentionner les attributions du **Ministre de la Coopération et de l'Action humanitaire**.

c) Principales structures d'appui

Reconnaissant l'importance de l'économie sociale et solidaire, le gouvernement luxembourgeois a créé, en 2009, un Département de l'économie sociale et solidaire au sein du ministère du Travail et de l'Emploi.

A la demande du gouvernement luxembourgeois, **l'Union luxembourgeoise de l'économie sociale et solidaire (ULESS)** a été créée en 2013 et a pour mission de fédérer, de représenter, de promouvoir et de défendre les entreprises de l'économie sociale et solidaire.

web : <https://www.uless.lu>

2. Dispositions particulièrement intéressantes en vue de faire respecter, voire d'intégrer davantage de considérations sociales dans les procédures de passation de marchés publics

a) La clause sociale horizontale

Les articles 42 et 154 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics rappellent l'obligation des opérateurs économiques de respecter et de faire respecter par toute personne agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit et par toute personne mettant du personnel à disposition pour l'exécution du marché, toutes les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail découlant du droit national et international, ainsi que du droit de l'Union européenne. Il en est de même de l'article 29 (3) de la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution de contrats de concession.

En cas de non-respect de ces obligations, l'acheteur public pourra exclure l'opérateur économique concerné de la participation à une procédure de marché public.⁴⁶

Les acheteurs publics seront même tenus d'exclure toute offre anormalement basse s'il s'avère que celle-ci s'explique par le non-respect des obligations environnementales, sociales ou de droit du travail.⁴⁷

Il s'agit là d'un nouvel instrument de lutte contre le dumping social (cf. prix anormalement bas).

b) Cause d'exclusion des marchés publics

Les opérateurs économiques qui enfreignent certaines règles ou obligations peuvent ou doivent être exclus des marchés publics, selon la gravité de l'infraction.⁴⁸

Ainsi, en application des articles 29 et 141 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics, les acheteurs publics sont tenus d'exclure les opérateurs économiques en cas de condamnation définitive pour non-paiement des taxes ou contributions de sécurité sociale. L'exclusion est toutefois également possible en l'absence de jugement ayant force de chose jugée, dès que l'autorité publique concernée a la preuve du non-paiement.⁴⁹

Le non-respect de la *clause sociale horizontale* (voir plus haut) peut aussi conduire au rejet de l'offre concernée.⁵⁰ Des dispositions analogues sont prévues dans la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution de contrats de concession (article 37).

⁴⁶ Articles 28 (1), 29 (3), a) et 141 (1) de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics

⁴⁷ Articles 38 (3), alinéa 2, et 146 (3) de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics.

⁴⁸ Les articles 29 et 141 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics précisent les cas d'exclusion « obligatoires » et les cas d'exclusion facultatifs. Dans cette dernière hypothèse, une procédure administrative doit être respectée.

⁴⁹ Articles 29 (2) et 141 (1) de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics.

⁵⁰ Article 29 (3), a) de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics.

c) Sous-traitance

Il est de principe qu'en cas de sous-traitance, l'adjudicataire demeure à l'égard du maître de l'ouvrage seul responsable et seul créancier.⁵¹ Cependant, les prestations du sous-traitant pourront, le cas échéant, être payées directement par l'acheteur public.⁵²

- *Le cadre réglementaire sur les marchés publics prévoit des dispositions spécifiques*

Au stade de l'appel d'offres, il peut être demandé à toute entreprise de préciser la part du marché qu'elle n'a pas l'intention d'exécuter elle-même mais entend confier à des tiers.⁵³

Dans le cadre des marchés publics passé sous forme d'entreprise générale, l'entrepreneur général doit, sous peine d'irrecevabilité de celle-ci, joindre à son offre une liste des sous-traitants auxquels il prendra recours pour la réalisation de l'ouvrage, ainsi que le(s) pré-contrat(s) de sous-traitance que l'entrepreneur aura obligatoirement conclus avec les entreprises concernées.⁵⁴

- *De nouvelles règles ont été introduites par le biais de la réforme de 2018, permettant de renforcer le dispositif antérieur :*

Le respect des obligations environnementales, sociales ou de droit du travail qui résultent du droit de l'Union, du droit national, des conventions collectives ou du droit international doit être assuré par les autorités nationales compétentes, y compris dans le cadre de la sous-traitance.⁵⁵

Le soumissionnaire doit joindre à son offre les documents permettant au pouvoir adjudicateur de vérifier l'existence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants proposés.⁵⁶

Des dispositions relatives au contrôle de la sous-traitance après l'attribution du marché (donc dans le cadre de son exécution) ont été ajoutées.⁵⁷

d) Prix anormalement bas

Le cadre réglementaire antérieur à la réforme de 2018 prévoyait un mécanisme de contrôle des offres susceptibles de contenir des prix anormalement bas.

L'article 80 (1) du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics dispose que « *la remise d'une analyse de prix doit être demandée par le pouvoir adjudicateur aux soumissionnaires dont les offres sont de plus de quinze pour cent inférieures à la moyenne arithmétique des prix de toutes les offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation reçues, y non compris l'offre la plus chère et l'offre la moins chère* ».

⁵¹ Article 105(5) du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics.

⁵² La loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités des sous-traitants prévoit la possibilité, à certaines conditions, que le sous-traitant de l'entrepreneur principal soit payé directement par le maître d'ouvrage.

⁵³ Articles 23 (1) et 259 (1) du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics, article 41 (2) de la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution de contrats de concession.

⁵⁴ Article 24(2) du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics.

⁵⁵ Articles 29 (7) et 141 (1) de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics et 23 (2) de son règlement grand-ducal d'exécution du 8 avril 2018, article 41 (1) de la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution de contrats de concession.

⁵⁶ Article 29(7) de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics, article 41(5) de la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution de contrats de concession.

⁵⁷ Article 105 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics.

S'il considère qu'il y a lieu de suspecter que les prix sont anormalement bas, le pouvoir adjudicateur peut solliciter une analyse des prix même si ces conditions ne sont pas remplies.

Lorsqu'une analyse des prix est demandée, l'article 81 (1) prévoit que les soumissionnaires doivent pouvoir fournir, les éléments suivants :

- a) les prix des matières directes utilisées, livrées à pied d'œuvre;
- b) le coefficient de majoration pour frais généraux sur matières directes;
- c) les taux horaires des salaires directs incorporés;
- d) les coefficients de majoration pour frais proportionnels aux salaires directs;
- e) le taux de majoration pour frais non proportionnels aux salaires directs;
- f) les autres frais directs et indemnités supplémentaires pour l'exécution de prestations spéciales, notamment l'emploi d'outillage, de machines et d'installations spéciaux;
- g) le taux de majoration pour bénéfice.

Le règlement grand-ducal du 3 août 2009 susvisé dispose par ailleurs que le pouvoir adjudicateur peut écarter des offres dont les réponses ne suffisent pas à prouver le bien fondé des prix. Ainsi notamment des offres dont il ressort que les salaires minima de rigueur ne sont pas payés, sont écartées.

Dans la mesure où les directives européennes de 2014 ont introduit de propres règles en matière de prix anormalement bas, les dispositions antérieures ont été intégrées au niveau de l'article 38 et 146 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics, et au niveau des articles 88 et 89 du règlement d'exécution de la loi.

Il est à présent explicitement disposé que les pouvoirs adjudicateurs rejettent une offre s'ils établissent que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail.

e) Mesures prises en matière de droit du travail (détachement des travailleurs)⁵⁸

Dans le cadre de la législation applicable en matière de détachement des travailleurs, l'Administration des douanes et accises et l'Inspection du travail est des mines font des contrôles réguliers de chantiers, y compris des chantiers relevant de la maîtrise d'ouvrage publique, soumis à la législation sur les marchés publics. Dans ce contexte, le **badge social** a été introduit afin d'enregistrer les travailleurs détachés.

⁵⁸ Articles 141 et suivants du Code du Travail. Rentrer dans le détail des attributions de ces administrations en termes de sécurité du travail notamment, dépasserait l'objet du présent rapport.

f) Spécifications techniques, labels, rapports d'essais, certification, normes d'assurance de la qualité et normes de gestion environnementales (voy. p. 57)

g) Critères d'attribution (voy. p. 57)

h) Conditions d'exécution particulières du marché (voy. p. 57)

i) Insertion sociale

En vertu des articles 15 et 120 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics⁵⁹, il est possible pour des acheteurs publics de réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics à des « ateliers protégés » et à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées, ou de prévoir l'exécution de ces marchés dans le contexte de programmes d'emplois protégés, à condition qu'au moins 30 pour cent du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés.

j) Régime procédural simplifié pour les marchés de services sociaux

Afin de permettre aux pouvoirs adjudicateurs de prendre en compte la nécessité d'assurer la qualité, la continuité, l'accessibilité, le caractère abordable, la disponibilité et l'exhaustivité des services, les besoins spécifiques des différentes catégories d'utilisateurs, y compris des catégories défavorisées et vulnérables, la participation et l'implication des utilisateurs, ainsi que l'innovation, les marchés publics de services sociaux, culturels et de la santé bénéficient d'un régime simplifié.^{60 61}

Ce régime simplifié ne fait pas exception à l'obligation du pouvoir adjudicateur de traiter les soumissionnaires sur un pied d'égalité. De même, la procédure de passation de ces marchés publics exige une publicité adéquate des avis de marché (sous une forme simplifiée) et de son attribution.

Pour certains services, des marchés peuvent être réservés.⁶²

3. Période de référence : 2017

Les directives européennes « nouvelle génération » n'étaient pas encore en vigueur en 2017, année de référence pour le présent rapport. Il y sera donc question des réalisations sur base de la législation antérieure.

Sans prétendre être exhaustif, en voici quelques illustrations :

⁵⁹ Cette possibilité existait déjà sous l'ancienne législation mais le texte – tiré de la transposition des directives – a fait l'objet de modifications.

⁶⁰ Articles 77 (2) et 149 (2) de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics.

⁶¹ L'article 76 renvoie au seuil prévu à l'article 4, point d) de la directive 2014/24/UE. L'article 148 renvoie au seuil prévu à l'article 15, point c), de la directive 2014/25/UE. Le montant des seuils applicables pour les marchés en cause est de 750 000 euros (Livre II) et 1 000 000 euros (Livre III). En-dessous de ces seuils, le Livre I^{er} trouve à s'appliquer. Il convient de se référer à l'article 20 (5) de la loi.

⁶² Articles 78 et 150 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics.

a) En matière de politique de l'emploi

Le gouvernement a poursuivi ses efforts en matière de soutien à l'insertion professionnelle des demandeurs d'emploi en ciblant les populations vulnérables, notamment les jeunes, les femmes, les seniors et les personnes à besoins spécifiques. Pour ce faire, la politique nationale de l'emploi promeut des emplois de qualité, durables et inclusifs et soutient les mesures et actions visant à lutter contre la précarité et la pauvreté, brigant ainsi une meilleure qualité de vie et un modèle social durable.

b) En matière de législation sur le détachement des travailleurs

La loi du 14 mars 2017 transpose en droit national la directive 2014/67/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014, relative à l'exécution de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services qui a pour finalité de prévenir, d'éviter et de combattre toute violation et tout contournement des règles applicables dans le cadre de la libre prestation de services au sein de l'Union européenne.

Quant au fond, les points principaux de la loi sont :

- la responsabilité des entreprises dans les chaînes de sous-traitance ;
- l'introduction d'une plateforme électronique en matière de détachement (« **badge social** »);
- le renforcement de la collaboration administrative au niveau national ;
- l'introduction de mécanismes de recours efficaces permettant aux salariés détachés de porter plainte ou d'engager des poursuites ;
- l'introduction de sanctions administratives ;
- l'exécution transfrontalière des sanctions et amendes administratives ;
- l'introduction de la possibilité de procéder à la fermeture d'un chantier pour des manquements en matière de droit du travail.

Le but de la directive 2014/67/UE est d'établir un meilleur équilibre entre les dimensions économiques, dont la libre prestation de services, et sociale et donc le respect des législations sociales dans le pays de détachement. Dans ce contexte, une des principales innovations consiste dans l'introduction d'une responsabilité verticale qui comprend le donneur d'ordre et les entreprises qui sous-traitent.

En ce qui concerne la responsabilité des entreprises dans les chaînes de sous-traitance, la loi met en place un mécanisme de responsabilité conjointe et solidaire de toutes les entreprises impliquées, qu'elles soient des entreprises détachantes ou des entreprises établies sur le territoire luxembourgeois. Ce mécanisme assurera une meilleure protection du salarié en cas d'infraction.

La loi confère une base légale à la pratique administrative déjà en place, qui permet aux entreprises qui détachent des salariés au Luxembourg de faire la demande d'obtention du badge social pour leurs salariés par la voie électronique et met à disposition des utilisateurs une base de données sur les conditions de travail et d'emploi fixées par la loi ou par des conventions collectives déclarées d'obligation générale.

Au niveau national, la collaboration administrative en matière de mise en œuvre des dispositions dans le domaine du détachement a été renforcée en associant la Direction de l'immigration, le Département des Travaux publics, l'Administration des ponts et chaussées et l'Administration des bâtiments publics aux missions de contrôle incombant à **l'Inspection du Travail et des Mines** (ITM), service qui dépend du ministère du Travail.

c) En matière d'économie sociale et solidaire (ULESS)

En ayant recours à des clauses sociales, les pouvoirs publics assurent un meilleur accès aux marchés publics des entreprises de l'économie sociale et solidaire qui représentent plus de 8% des emplois au Luxembourg et qui œuvrent au quotidien pour une meilleure cohésion sociale et une meilleure intégration de tous les citoyens sur le marché du travail.

En tant que « *facilitateur de clauses sociales dans les marchés publics* », l'ULESS a publié en 2016 une **brochure relative aux clauses sociales dans les marchés publics**, avec le soutien du ministère du Travail, de l'Emploi et de l'Economie sociale et solidaire.

web :

[https://www.uless.lu/images/uless/news/74/docs/ULESS Brochure Clauses sociales dans les marches publics 2016.pdf](https://www.uless.lu/images/uless/news/74/docs/ULESS_Brochure_Clauses_sociales_dans_les_marches_publics_2016.pdf)

d) Politique d'achats responsable (Illustrations)⁶³

Les achats réalisés par les pouvoirs publics permettent de sensibiliser aux possibilités existantes de consommer « autrement », c'est-à-dire, de manière plus responsable et plus consciente des enjeux sociaux et écologiques.

Les initiatives en ce sens sont nombreuses, tant au niveau du pouvoir central qu'au niveau local.⁶⁴

Le gouvernement a par ailleurs entamé l'établissement d'un Plan d'action national (PAN) portant exécution des 31 « *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme* », adoptés à l'unanimité le 17 juin 2011 par le Conseil des droits de l'Homme des Nations unies afin de concrétiser, à l'adresse des Etats membres de l'ONU et des entreprises privées, les orientations pour la mise en œuvre des obligations légales découlant du cadre de référence « *Protéger, Respecter et Réparer* » fixé en 2005. La question de la sensibilisation des pouvoirs adjudicateurs aux droits de l'homme, dans le cadre de la passation des procédures de marchés publics, est une des mesures identifiées.⁶⁵

e) Instruments et initiatives de soutien (Illustrations) voy. pp. 70-71

⁶³ Sans prétention aucune quant à l'exhaustivité des exemples fournis.

⁶⁴ En témoigne la réponse de M. le Ministre Romain Schneider, Ministre de la Coopération et de l'Action humanitaire, à la question parlementaire n° 18 (réf. **C-2015-O-041-0005**), débattue le 5 juillet 2016 à la Chambre des députés. De même, la réponse du Ministre de l'Éducation nationale du 14 mars 2016 à la question parlementaire n° 1791 en ce qui concerne les démarches d'achat responsables de Restopolis pour les cantines scolaires et universitaires. (voy. <https://portal.education.lu/restopolis/ACTIONS/FAIRTRADE-ZONE>). Ces réponses peuvent être consultées sur le site de la Chambre des députés : www.chd.lu. Le communes s'engageant pour obtenir le label « *#fairtradegemeng* » peuvent également être citées en tant qu'exemple (voy. <https://www.fairtradegemeng.lu/bienvenue.html>)

⁶⁵ <https://maee.gouvernement.lu/dam-assets/directions/d1/PAN-LU-entreprises-et-DH.pdf>

D. Considérations environnementales

1. Introduction

a) Quels sont les enjeux ?

Le considérant 91 de la directive 2014/24/UE rappelle l'importance de la commande publique en matière de développement durable et en matière de protection de l'environnement :

« L'article 11 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que les exigences de la protection de l'environnement sont intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable. »

Ces principes sont d'ailleurs aussi rappelés à l'article 12 (2) de la loi luxembourgeoise sur les marchés publics, suivant lequel *« Les pouvoirs adjudicateurs tiennent compte, lors de la passation des marchés publics, des aspects et des problèmes liés à l'environnement et à la promotion du développement durable »*.

Les nouvelles dispositions tirées de la transposition du paquet de directives européennes sur la commande publique précisent comment les pouvoirs adjudicateurs peuvent contribuer à la protection de l'environnement et à la promotion du développement durable tout en garantissant la possibilité d'obtenir pour leurs marchés le meilleur rapport qualité/prix. Ces dispositions permettent aux acheteurs publics non seulement un meilleur investissement des deniers publics, mais également la poursuite d'une stratégie politique, *(tel qu'exposé en pp. 55-56)*. Il peut notamment s'agir d'encourager le développement de nouvelles technologies visant à contribuer à la réduction des émissions de gaz à effet de serre ou bien contribuant à l'économie circulaire.

b) Compétence

Les domaines d'actions relevant de l'environnement et du développement durable relèvent du **ministère de l'Environnement, du Climat et du Développement durable**.

L'économie circulaire relève, depuis 2018, des compétences du **ministère de l'Economie**, du **ministère de l'Energie et d'Aménagement du Territoire**, ainsi que du **ministère de l'Environnement, du Climat et du Développement durable**.

c) Principales structures d'appui

Deux Conseils ont été institués afin de traiter plus particulièrement des questions de durabilité :

(1) Le Conseil supérieur du développement durable

web: www.csdd.public.lu

Le Conseil supérieur du développement durable est créé par la loi du 25 juin 2004 relative à la coordination de la politique nationale de développement durable. Il agit en tant que forum de discussion sur le développement durable.

Il propose des recherches et études dans tous les domaines ayant trait au développement durable. D'autre part, il suscite la participation la plus large des organismes publics et privés ainsi que celle des citoyens à la réalisation de ces objectifs. Il émet des avis sur toutes mesures relatives à la politique nationale de développement durable prises ou envisagées par le gouvernement, notamment sur le plan national pour un développement durable et sur l'exécution des engagements internationaux du Luxembourg.

(2) Le Conseil national de la construction durable (CNCD)

web: www.cncd.lu

La création du Conseil national pour la construction durable résulte de la volonté commune du secteur de la construction et du gouvernement de favoriser une approche concertée des représentants du secteur luxembourgeois de la construction face aux évolutions et aux opportunités importantes auxquelles ce secteur de la construction devra répondre dans le proche avenir. Le CNCD délivre des informations et des recommandations accessibles pour le secteur de la construction et la société luxembourgeoise dans son ensemble. Le Conseil est appelé à jouer un rôle d'observatoire, en amont des processus législatifs, réglementaires et normatifs relatifs à la construction durable.

(3) Autres entités de soutien et de compétence (e.a. EBL, MyEnergy, Luxinnovation, CRTI-B,...)

(a) Umweltberodung Letzeburg a.s.b.l.

web: www.ebl.lu

L'association sans but lucratif *Umweltberodung Letzeburg* (en abrégé : « EBL ») constitue une plate-forme créée en 1992, qui s'adresse principalement aux collectivités locales afin de les soutenir dans leurs démarches dans les projets à vocation environnementale et sociale. EBL constitue également une plate-forme d'échange permanente pour les conseillers environnementaux municipaux. Cette association est soutenue financièrement par le ministère de l'Environnement, du Climat et du Développement durable.

Les missions d'EBL concernent tant l'information, le conseil et le soutien en matière de formations, que la mise en œuvre, ensemble avec des acteurs municipaux, des projet-pilotes innovants en matière de protection de l'environnement. L'objectif à travers ces actions est de sensibiliser les collectivités et les particuliers aux opportunités économiques pouvant résulter de la mise en œuvre de projets respectueux de l'environnement et d'assurer une assistance professionnelle lors de l'élaboration de projets environnementaux à connotation sociale.

(b) G.I.E. Myenergy

web : www.myenergy.lu

Myenergy fonctionne sous forme d'un groupement d'intérêt économique (G.I.E.) à vocation publique, dans le but est de mettre sur pied une structure nationale en matière d'information, de conseil et ultérieurement de formation dans le domaine de l'efficacité énergétique et des sources d'énergie renouvelables.

Myenergy a pour mission principale de sensibiliser, d'informer et d'offrir du conseil de base au sujet de l'efficacité énergétique et des sources d'énergie renouvelables. *Myenergy* prête également assistance au gouvernement à la mise en œuvre d'une politique énergétique durable au Luxembourg.

De même, *Myenergy* propose son partenariat aux communes pour le conseil en énergie, de sorte que cette entité contribue à augmenter le savoir-faire dans les marchés publics dans lesquels l'énergie a un impact.

(c) Le G.I.E. *Luxinnovation* (voy. p. 73)

(d) Le G.I.E. Centre de ressources des technologies et de l'innovation pour le bâtiment (CRTI-B) (voy. pp. 23-25)

2. Dispositions particulièrement intéressantes en vue de faire respecter, voire d'intégrer davantage de considérations environnementales dans les procédures de passation de marchés publics

a) Clause sociale horizontale, également dans le cadre de la sous-traitance (voy. pp. 60 et 61)

b) Cause d'exclusion des marchés publics

c) Prix anormalement bas (voy. p. 61)

d) Spécifications techniques, labels, rapports d'essais, certification, normes d'assurance de la qualité et normes de gestion environnementale (voy. p. 57)

e) Critères d'attribution (voy. p. 57)

f) Conditions d'exécution particulières (voy. p. 57)

3. Période de référence : 2017

Les directives européennes « nouvelles génération » n'étaient pas encore en vigueur en 2017, année de référence pour le présent rapport.

Il y sera donc question des réalisations effectuées sur base de la législation antérieure. Celle-ci contenait en effet déjà un certain nombre de dispositions rendant dans une certaine mesure possible la prise en considération de certains aspects environnementaux.

a) La « motion » de la Chambre des députés du 3 février 2010

La Chambre des députés

- *considérant que l'Etat ne peut ignorer dans sa gestion quotidienne les objectifs de développement durable qu'il souhaite voir prendre en compte par les entreprises et les consommateurs ;*

- considérant que les dépenses de fonctionnement des administrations doivent apporter une contribution significative face aux défis environnementaux et sociaux ;
- considérant que ces dépenses de fonctionnement doivent être économiquement et financièrement efficaces et contribuer au soutien des éco-produits et des écotecnologies ;
- considérant que les administrations doivent établir les dispositions assurant la prise en compte des objectifs d'un développement durable dans le fonctionnement des services et des établissements publics placés sous leur responsabilité ;
- considérant qu'il y a partant lieu d'établir une stratégie d'optimisation des achats écoresponsables de l'État et des communes incluant le but de réduire les frais de fonctionnement administratifs et les coûts de construction ;

a demandé au gouvernement d'élaborer une stratégie d'achat pour des achats publics durables.⁶⁶

b) Le programme gouvernemental pour la mandature 2013-2018 et les engagements politiques subséquents

- Le programme gouvernemental pour la mandature 2013-2018 stipule notamment que « *Le gouvernement fera établir les appels d'offre de façon à ce qu'ils correspondent aux mieux aux critères du développement durable* ».
- En mai 2017, le gouvernement a adopté le rapport de mise en œuvre de **l'Agenda 2030 des Nations Unies** par le Luxembourg « *Transformer les vies tout en préservant la planète* ». Le 3^{ème} Plan national pour un développement durable (PNDD) sera le cadre de mise en œuvre des 17 Objectifs de Développement Durable de l'Agenda 2030, dont l'objectif 12 fait référence à l'établissement de modes de consommation et de production durables et plus particulièrement la promotion de pratiques durables dans le cadre de la passation des marchés publics, conformément aux politiques et priorités nationales.⁶⁷
- En 2017, le **ministère de l'Économie** a coordonné les travaux relatifs à l'exploration des pistes identifiées dans le cadre de la « *Troisième révolution industrielle* », une étude stratégique qui a pour vocation de rendre le modèle économique existant plus durable et interconnecté, en s'appuyant sur la convergence des technologies de l'information et de la communication, de l'énergie et des transports au sein d'un réseau intelligent. La promotion de **l'économie circulaire par les marchés publics** est une des mesures prioritaires identifiées.⁶⁸ Un sous-groupe de réflexion s'est chargé de procéder à l'identification de certaines barrières et freins limitant les pratiques de passation des marchés publics en relation avec l'économie circulaire, de la formulation de recommandations et de pistes en vue de la mise en œuvre de l'économie circulaire à travers les marchés publics et des projets qui pourraient être réalisés à moyen et à plus long terme.⁶⁹

⁶⁶ Lors du vote, à la Chambre des députés, en vue de l'adoption de la réforme des marchés publics (dossier n° 6982), deux nouvelles motions en ce sens ont été adoptées. www.chd.lu.

⁶⁷ <https://environnement.public.lu/fr/developpement-durable.html>

⁶⁸ <https://www.troisiemerevolutionindustrielle.lu/wp-content/uploads/2017/11/TIR-Rapport-interm%C3%A9diaire-de-suivi-2017.pdf>

⁶⁹ https://gouvernement.lu/fr/actualites/toutes_actualites/communiqués/2018/06-juin/25-rifkin.html; <https://gouvernement.lu/dam-assets/fr/actualites/communiqués/2018/06-juin/25-rifkin/TIR-Rapport-de-suivi-juin-2018.pdf>

c) *Politiques d'achat (Illustrations)*⁷⁰

- Depuis le 1^{er} janvier 2014, le gouvernement a mis en place une **politique d'achat public de bois et de produits de bois issus d'une gestion durable des forêts**. La politique d'approvisionnement du gouvernement luxembourgeois pour le bois est d'acheter tout bois et tout produit ligneux, y compris les produits de papier, provenant de sources légales et durables. Cette politique s'applique à tous les organismes publics dans les administrations et les projets qui reçoivent des fonds du gouvernement. Les communes et établissements publics sont encouragés à adopter cette politique d'approvisionnement.⁷¹
- Suite à l'adoption du **programme national adopté en 2017 « Klimapakt »**, le département de l'Environnement du ministère du Développement durable et des Infrastructures soutient l'implication des communes en vue de l'amélioration de la qualité de l'air dans le cadre.⁷² Par ailleurs, depuis plus de cinq ans, l'éclairage publique est alimenté par de l'électricité verte.⁷³
- Suite aux conclusions de l'étude stratégique dans le contexte de la « *Troisième révolution industrielle* », le Gouvernement a décidé d'adapter sa **stratégie de construction durable**⁷⁴ avec des investissements dans de nouveaux concepts, visant la réduction de la consommation énergétique (zéro énergie, énergie positive, durable et circulaire) et offrant une qualité de vie élevée, afin de jouer un rôle moteur par un ensemble de bonnes pratiques qui servira en tant que modèle à la construction privée.
- En 2017, en ce qui concerne la politique **d'achats de véhicules de direction et de service**, le gouvernement a décidé qu'à partir de 2018, des voitures électriques ou plug-in hybrides seraient acquises prioritairement, au détriment des voitures à moteur de combustion.⁷⁵

d) *Instruments et initiatives de soutien (Illustrations)*⁷⁶

- Le G.I.E. Centre de ressources des technologies et de l'innovation pour le bâtiment (CRTI-B) a élaboré un **Guide de la construction et de rénovation durables** qui constitue un outil destiné à accompagner et guider les maîtres d'ouvrage et la maîtrise d'œuvre dans le choix de matériaux, de solutions techniques et de principes de construction. Ce guide est en train d'être actualisé.
- Dans le cadre de la transposition en droit national des directives européennes sur les marchés publics, des réflexions ont été initiées en 2017, sous l'impulsion du ministère du Développement durable et des Infrastructures, en vue de **l'élaboration d'un outil pratique** qui permettrait

⁷⁰ Sans prétention aucune quant à l'exhaustivité des exemples fournis.

⁷¹ Plan d'action FLEGT – Lutte contre le commerce du bois illégal. Rapport d'activité du département de l'Environnement 2018 (pp. 147-149). <https://gouvernement.lu/fr/publications/rapport-activite/minist-environnement-climat-developpement-durable/departement-environnement/2018-rapport-activite.html>

⁷² <http://www.pacteclimat.lu/fr>

⁷³ Depuis 2009, des adjudications publiques européennes assurent l'achat d'énergie électrique d'un grand nombre de bâtiments publics couvrant actuellement 77 GWh par an de la totalité des consommations électriques globales des bâtiments étatiques. La production de cette énergie électrique est à 100% à base d'énergie hydraulique, d'énergie éolienne, d'énergie issue de la biomasse ou d'énergie solaire (<https://mmp.gouvernement.lu/fr/publications/gouvernement%2Bfr%2Bpublications%2Brapport-activite%2Bminist-mobilite-travaux-publics%2Bdepartement-travaux-publics%2B2018-rapport-activites-dtp.html>).

⁷⁴ <https://gouvernement.lu/dam-assets/fr/actualites/articles/2017/05-mai/11-bausch-cdp/Strategie-de-la-construction-durable-dans-le-cadre-des-projets-de-l-Administration-des-batiments-publics-et-du-Fonds-Belval-.pdf>

⁷⁵ Réponse du 12 juin 2018 de Monsieur François BAUSCH, Ministre du Développement durable et des Infrastructures, à la question parlementaire n° 3788 du 2 mai 2018. Celle-ci peut être consultée sur le site de la Chambre des députés : www.chd.lu

⁷⁶ Sans prétention aucune quant à l'exhaustivité des exemples fournis.

d'assister les autorités publiques dans leurs achats de fournitures (*e.a.* : produits de nettoyage, les fournitures de bureau et le matériel de bureau électronique), afin de les inciter à davantage procéder à des achats intégrant des considérations environnementales et sociales.

A cet effet, l'assistance d'*Emweltberodung Letzebuerg a.s.b.l.* a été sollicitée. EBL s'est d'abord penchée sur l'expérience existante en la matière en consultant tous les pouvoirs adjudicateurs, avant d'entamer une analyse des différentes options possibles en termes de configuration d'un outil pratique.

- A la demande du ministre ayant les Travaux publics dans ses attributions, le G.I.E **CRTI-B** a instauré un groupe de travail qui procède à l'analyse de **critères d'attribution** susceptibles de constituer des « *critères non financiers* » permettant de favoriser les aspects de l'environnement et de l'écologie ainsi que davantage d'aspects sociaux dans la commande publique dans le secteur du bâtiment. Comme le groupe de travail intègre des représentants de l'administration publique, des chambres professionnelles (c'est-à-dire des opérateurs économiques) et de l'Ordre des Architectes et des Ingénieurs-Conseils, il a pu être discuté entre toutes les parties prenantes de l'impact potentiel des différents critères possibles en vertu de la nouvelle législation sur les marchés publics. Un « *Guide pour l'utilisation de critères écologiques, qualitatifs et sociaux pour l'attribution de marchés publics dans la construction* » est en voie d'élaboration.
- Depuis 2015, plusieurs projets-pilotes destinés à positionner la **commune de Wiltz** comme un « *Hotspot communal de l'économie circulaire* » ont été initiés.⁷⁷ C'est aussi dans ce contexte qu'est annuellement organisée une journée de conférences relative à l'économie circulaire, en collaboration avec *Luxinnovation*, le ministère du Développement durable et des Infrastructures ainsi que le ministère de l'Economie. Lors de la journée du 27 juin 2018, un workshop était spécifiquement dédié aux marchés publics et aux possibilités conférées par la nouvelle législation sur les marchés publics.⁷⁸

e) Mise en œuvre pratique (Illustrations)⁷⁹

- Dans l'application concrète de la législation sur les marchés publics, des projets tenant compte des aspects environnementaux ont été réalisés ou sont en train d'être réalisés, notamment par les services du ministre en charge des Travaux publics. Peuvent être cités à titre d'illustrations:
 - L'adoption de nouvelles technologies par l'Administration des ponts et chaussées comme le recyclage à froid de couches de bitumes permettant de réduire considérablement les volumes de matériaux à transporter et à mettre en décharge.
 - L'élaboration d'un référentiel par l'Administration des ponts et chaussées pour la construction et la réhabilitation de ponts, permettant d'évaluer leur performance en tenant en compte de l'impact environnemental (*système de certification Valideo*).

⁷⁷ web : <https://www.wiltz.lu/fr/vivre/la-commune/economie-circulaire/charte-pour-l-economie-circulaire>

⁷⁸ web : <https://www.wiltz.lu/fr/news/news-details/2018/07/conference-economie-circulaire-a-wiltz>

⁷⁹ Sans prétention aucune quant à l'exhaustivité des exemples fournis.

- Conformément à la circulaire budgétaire 2017 relative à l'acquisition de véhicules de type électrique ou hybride, l'Administration des ponts et chaussées a participé à l'élaboration du cahier des charges, a établi un lot de remplacement de ses véhicules légers et est en train de rédiger une stratégie interne pour le remplacement consécutif des véhicules et la mise en place de bornes de rechargement.
- Les projets réalisés par l'Administration des bâtiments publics (service du ministre ayant dans ses attributions les bâtiments publics) et l'établissement public « *Fonds Belval* » (sous la tutelle du même ministre)⁸⁰, ainsi que la nouvelle approche de l'établissement public « *Fonds d'urbanisation et d'aménagement du Plateau du Kirchberg* » (également sous la tutelle du même ministre)⁸¹, permettent d'illustrer la mise en œuvre de stratégie de la construction durable, de même que la mise en œuvre des principes de l'économie circulaire.

E. Innovation

1. Introduction

a) Quels sont les enjeux ?

Aux termes de l'article 2.22 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics⁸² on entend par « innovation » : « *un produit, un service ou un procédé nouveau ou sensiblement amélioré* » ce qui comprend, mais pas exclusivement « *des procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise, notamment dans le but d'aider à relever des défis sociétaux ou à soutenir la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive* ». ⁸³

Aux termes de ses considérants préalables, la directive précise que « *La recherche et l'innovation, y compris l'éco-innovation et l'innovation sociale, comptent parmi les principaux moteurs de la croissance future et ont été placées au cœur de la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive* » et que « *l'acquisition de produits, travaux et services innovants joue un rôle essentiel dans l'amélioration de l'efficacité et de la qualité des services publics tout en permettant de faire face aux grands enjeux de société* », l'innovation « *aidant à parvenir à une utilisation optimale des deniers publics ainsi qu'à dégager de plus larges avantages économiques, environnementaux et sociétaux à travers les nouvelles idées générées, leur concrétisation sous la forme de produits et services innovants et, partant, la promotion d'une croissance économique durable* ». ⁸⁴

⁸⁰ https://gouvernement.lu/de/gouvernement/francois-bausch/actualites.gouvernement+fr+actualites+toutes_actualites+articles+2017+05-mai+11-bausch-cdp.html

⁸¹ <http://www.fondskirchberg.lu/doc/document/5a780f8dda06d.pdf> Ce document expose la nouvelle approche systémique « *Positively defined co-creation process celebrating diversity for a long-term healthy growth* », qui vise à élaborer des projets à impacts positifs selon les principes du C2C (*cradle to cradle*) en utilisant des matériaux sains, en appliquant des solutions multiples et liées au contexte, tout en impliquant les diverses parties prenantes dans le processus de création.

⁸² Les mêmes règles sont prévues par la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (ci-après : « *secteurs spéciaux* »).

⁸³ La définition est énoncée à l'article 3 (2), point p) LMP (ainsi qu'à l'article 85, point r, applicable aux secteurs spéciaux).

⁸⁴ Considérant n° 47 de la directive 2014/24/UE ; les mêmes préoccupations sont énoncées dans les considérants de la directive 2014/25 relative aux marchés publics dans les secteurs spéciaux.

b) Compétence

La recherche et l'innovation sont des compétences que le **ministère de l'Économie et le ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche** se partagent.

c) Principales structures d'appui (Luxinnovation, CRTI-B)

Issu d'un partenariat public-privé, le groupement d'intérêt économique **Luxinnovation**, qui est l'Agence nationale pour la promotion de l'innovation et de la recherche, constitue le premier point de contact pour la recherche et l'innovation au Luxembourg.

Luxinnovation propose un large éventail de services aux entreprises et aux organismes de recherche publics, afin de favoriser l'innovation et ainsi soutenir les objectifs de développement économique du gouvernement.

web : <http://www.luxinnovation.lu/>

Les missions du **Centre de Ressources des Techniques et de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B)** (voyez pp. 23-25) sont par essence même tournées vers la recherche et le développement de solutions innovantes dans la matière spécifique de la construction.

2. Dispositions particulièrement intéressantes aux fins de la passation de marchés publics à visée innovante

Les directives européennes ont intégré la prise en considération de solutions innovantes à plusieurs égards, notamment :

- a) au titre des critères d'attribution (voy. p. 57)⁸⁵ ;
- b) au titre des conditions particulières d'exécution d'un marché (voy. p. 57)⁸⁶ ;
- c) au titre des cas d'ouverture du recours à la procédure concurrentielle avec négociations ou à la procédure du dialogue compétitif (voy. p. 58)⁸⁷ ;
- d) au titre des cas d'ouverture du « partenariat d'innovation » - un nouveau modèle de passation de marché, permettant de réaliser les achats publics avant commercialisation, incluant la phase « recherche et développement » (voy. p. 58)⁸⁸ ;
- e) en tant que facteur susceptible d'être pris en considération dans le cadre de l'attribution des marchés sociaux⁸⁹.

⁸⁵ Voyez l'article 35 LMP (ainsi que l'article 143, applicable aux secteurs spéciaux).

⁸⁶ LMP, art. 36 (2),(3), art 144 (2),(3); RGDMP, art. 27

⁸⁷ Voyez l'article 63 LMP (n.b. pour les marchés dans les secteurs spéciaux, le recours aux différentes procédures n'est pas soumis à conditions, voyez l'article 123 de la même loi).

⁸⁸ Voyez l'article 68 LMP (ainsi que l'article 129, applicable aux secteurs spéciaux).

⁸⁹ Voyez l'article 35 LMP (ainsi que l'article 143, applicable aux secteurs spéciaux).

Aux termes des considérants préalables de la directive, il est cependant rappelé que les « modèles de passation de marché [qui] ont été présentés dans la communication de la Commission du 14 décembre 2007 intitulée « Achats publics avant commercialisation: promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe »⁹⁰ portant sur la passation des marchés relatifs aux services de R&D qui ne relèvent pas du champ d'application de la directive » pourraient continuer à être utilisés.⁹¹

3. Période de référence : 2017

Les directives européennes « nouvelle génération » n'étaient pas encore en vigueur en 2017, année de référence pour le présent rapport.

Il y sera donc question des réalisations sur base de la législation antérieure. Celle-ci contenait en effet déjà un certain nombre de dispositions rendant possible la prise en considération de certains aspects stratégiques permettant de poursuivre des objectifs politiques.

a) *Les contributions de Luxinnovation (Illustrations)*⁹²

Dans le cadre de ses missions, Luxinnovation a développé et mis en ligne, en 2015, un guide intitulé « Promouvoir les solutions innovantes à travers les marchés publics », visant à diffuser des bonnes pratiques en matière de stimulation de l'innovation à travers les marchés publics. Ce guide est le fruit d'un travail impliquant différents acteurs dont le Gouvernement (ministère de l'Economie, Administration des bâtiments publics, Commission des soumissions), des Communes, ou encore les centres de recherche tel que le CRTI-B (voy. pp. 23-25). Des exemples concrets ont pu être recensés, démontrant que les marchés publics exercent déjà un rôle de stimulation de l'innovation.

Par la suite, Luxinnovation a également participé à un projet de type « Pre-Commercial Procurement » dans le cadre du programme européen « Horizon2020 » : le projet MAGIC (<http://magic-pcp.eu/>).⁹³

Luxinnovation a de fait initié la mise en place de projets de type « Flagships ». Il s'agit de projets qui ont une importance stratégique pour le Luxembourg, méritant que Luxinnovation contribue à leur élaboration en vue de faire le lien avec le portefeuille d'entreprises innovantes accompagnées.

⁹⁰ Ce document porte le numéro COM(2007) 799 final et peut être consulté sur le site web EUR-lex : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52007DC0799>

⁹¹ Extrait du texte exposé au titre du considérant n° 47, paragraphe 2 de la directive 2014/24/UE.

⁹² Sans prétention aucune quant à l'exhaustivité des exemples fournis.

⁹³ Luxinnovation a largement contribué à la phase de conception dudit projet répondant à une problématique identifiée au Luxembourg, à savoir de la réhabilitation des personnes victimes d'un accident vasculaire cérébral. Si le projet est resté au stade initial, faute d'identification d'un acheteur public n'a pas pu être identifié, ce qui a donc limité la participation de Luxinnovation en tant qu'observateur, il convient de relever que déjà l'initiation du projet en cause le processus initié a permis un échange constructif la participation du entre le ministère de la Santé et du Centre Hospitalier du Luxembourg à l'Advisory Group mis en place. Par ailleurs, plusieurs entreprises luxembourgeoises ont démontré leurs intérêts au projet par ailleurs et ont participé à la première phase de celui-ci. Cette expérience a permis à Luxinnovation de mieux situer les enjeux et limites d'un tel exercice. Parmi les conclusions retirées de ce projet, il apparaît que Luxinnovation doit construire une relation de confiance avec des acheteurs publics avant d'initier des démarches qui peuvent être considérées comme lourdes d'un point de vue administratif. Les pouvoirs adjudicateurs doivent comprendre les vertus de solutions innovantes en amont des parties procédurales.

Des projets de type « Flagships » ont ainsi été initiés dans le domaine de l'économie circulaire. Des discussions sont actuellement en cours avec certaines Communes.

Par ailleurs, dans le cadre du projet de construction d'un nouvel hôpital dans le Sud du Pays, Luxinnovation a été sollicité pour l'identification de solutions innovantes, notamment pour la définition de services (mobilité, information, soins) que l'hôpital pourra proposer.

Finalement, Luxinnovation a mis en place depuis 2015 un site web visant à fournir un support à des pouvoirs adjudicateurs ou à tout autre acteur afin d'identifier des solutions innovantes: www.innovativesolutions.lu. Cette démarche présente des similitudes avec *'Innovation Radar* initié par la Commission Européenne, du moins dans sa finalité d'identifier des solutions à fort potentiel.

*b) Les contributions du CRTI-B (Illustrations)*⁹⁴

A titre d'illustration, le « *Guide de la construction et de la rénovation durables* », édité pour la première fois en 2010, fournit des informations sur l'aspect écologique des matériaux de construction.⁹⁵

Par ailleurs, le CRTI-B a contribué à la mise en œuvre de la stratégie BIM (*Building Information Modeling*) au Luxembourg, notamment en coordonnant différents groupes de travail, mais aussi par des séances d'information et de formation. Le CRTI-B a également lancé, en 2017, un site web digitalbuilding.lu qui servira de plateforme centralisée pour tous les sujets de la digitalisation du secteur de la construction.⁹⁶

* * *

Luxembourg – Juin 2019

⁹⁴ Sans prétention aucune quant à l'exhaustivité des exemples fournis.

⁹⁵ <http://www.crtib.lu/fr/guide-construction-durable>

⁹⁶ <http://www.crtib.lu/fr/bim-dans-domaine-construction-luxembourg>