

Avis de la Cour des comptes

sur le projet de loi concernant le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services

1. Introduction

Saisine par la Chambre des Députés

Le projet de loi concernant le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services a été transmis à la Cour des comptes pour avis par lettre de Monsieur le Président de la Chambre des Députés en date du 4 août 2000.

Au texte du projet de loi 4635 étaient joints l'arrêté grand-ducal de dépôt, un exposé des motifs et un commentaire des articles ainsi que les observations y relatives de la Chambre de Commerce et de la Chambre des Métiers.

L'avis du Conseil d'Etat est parvenu à la Cour des comptes par dépêche de Monsieur le Président de la Chambre des Députés en date du 19 septembre 2000.

Texte du Conseil d'Etat

Pour l'examen des articles, la Cour des comptes se réfère au texte proposé par le Conseil d'Etat, étant donné qu'elle peut se rallier à la plupart des observations et propositions de modification y contenues et que ce texte assure de par sa structure coordonnée une meilleure lisibilité du projet de loi sous avis.

En procédant de la sorte, la Cour des comptes entend faciliter autant que faire se peut le travail de comparaison et d'analyse auquel se livrent les membres de la Chambre des Députés. En effet, au fil des années et avec la multiplication des textes européens, la réglementation des commandes publiques n'a guère gagné en transparence, ce qui n'est pas sans inquiéter les utilisateurs.

Complexité du projet

S'y ajoute que les auteurs du projet de loi sous avis n'ont pas opté pour un dépassement de l'objectif de transposition des directives européennes à l'instar de la Belgique, qui, elle, a réussi en 1993 d'instaurer un véritable régime unique et coordonné qui vise tous les marchés publics dans les secteurs dits classiques au-dessus et en dessous des seuils européens, par conséquent du premier franc à l'infini.

Etant donné que l'approche luxembourgeoise, qui consiste en l'application de deux régimes différents, constitue un choix politique qui est le fruit d'une large concertation avec tous les milieux concernés et qui tient compte des spécificités du Grand-Duché, la Cour des comptes n'entend pas se prononcer sur l'utilité d'une telle décision de principe. Cependant, et à titre d'exemple, elle ne voudrait pas passer sous silence la complexité qui résulte déjà uniquement des différents seuils prochainement applicables en matière de marchés publics et dont renseigne le tableau ci-après.

Texte proposé par le Conseil d'Etat	DTS	EUROS	EUROS Indice 100	EUROS Indice 576,43	LUF
RÈGLEMENTATION NATIONALE					
Art. 7. 1) a) (T,F,S)			8.000,-	46.114,-	1.860.234,-
Art. 16. 3) (T,F,S)			25.000,-	144.108,-	5.813.282,-
Art. 6. (T)			125.000,-	720.538,-	29.066.431,-
Art. 6. (T)			625.000,-	3.602.688,-	145.332.074,-
Art. 17. (T,F,S)		7.500.000,-			302.549.250,-
Art. 19. (T,F,S) Communes			12.500,-	72.054,-	2.906.641,-
RÈGLEMENTATION EUROPÉENNE					
Art. 39. (S)		80.000,-			3.227.192,-
Art. 23. a) (F) Art. 24. c) (S)	130.000,-	191.711,-			7.733.603,-
Art. 24. b) (S)		200.000,-			8.067.980,-
Art. 23. b) (F) Art. 24. c) (S)	200.000,-	294.940,-			11.897.850,-
Art. 61. b) II (S) Art. 61. c) I (F,S)		400.000,-			16.135.960,-
Art. 61. b) I (F,S)	400.000,-	589.880,-			23.795.700,-
Art. 61. a) I (F,S)		600.000,-			24.203.940,-
Art. 32. (T) Art. 75. (T)		1.000.000,-			40.339.900,-
Art. 22. b) (T) Art. 54. 1) (T) Art. 61. a) II (T) Art. 61. c) II (T)		5.000.000,-			201.699.500,-
Art. 22. a) (T) Art. 61. b) III (T)	5.000.000,-	7.373.500,-			297.446.253,-

T: Travaux; F: Fournitures; S: Services.

DTS (droits de tirages spéciaux): 1 DTS = 1,4747 euros (valeur fixée le 02.10.2000 par le F.M.I.)

Compétence de la Cour

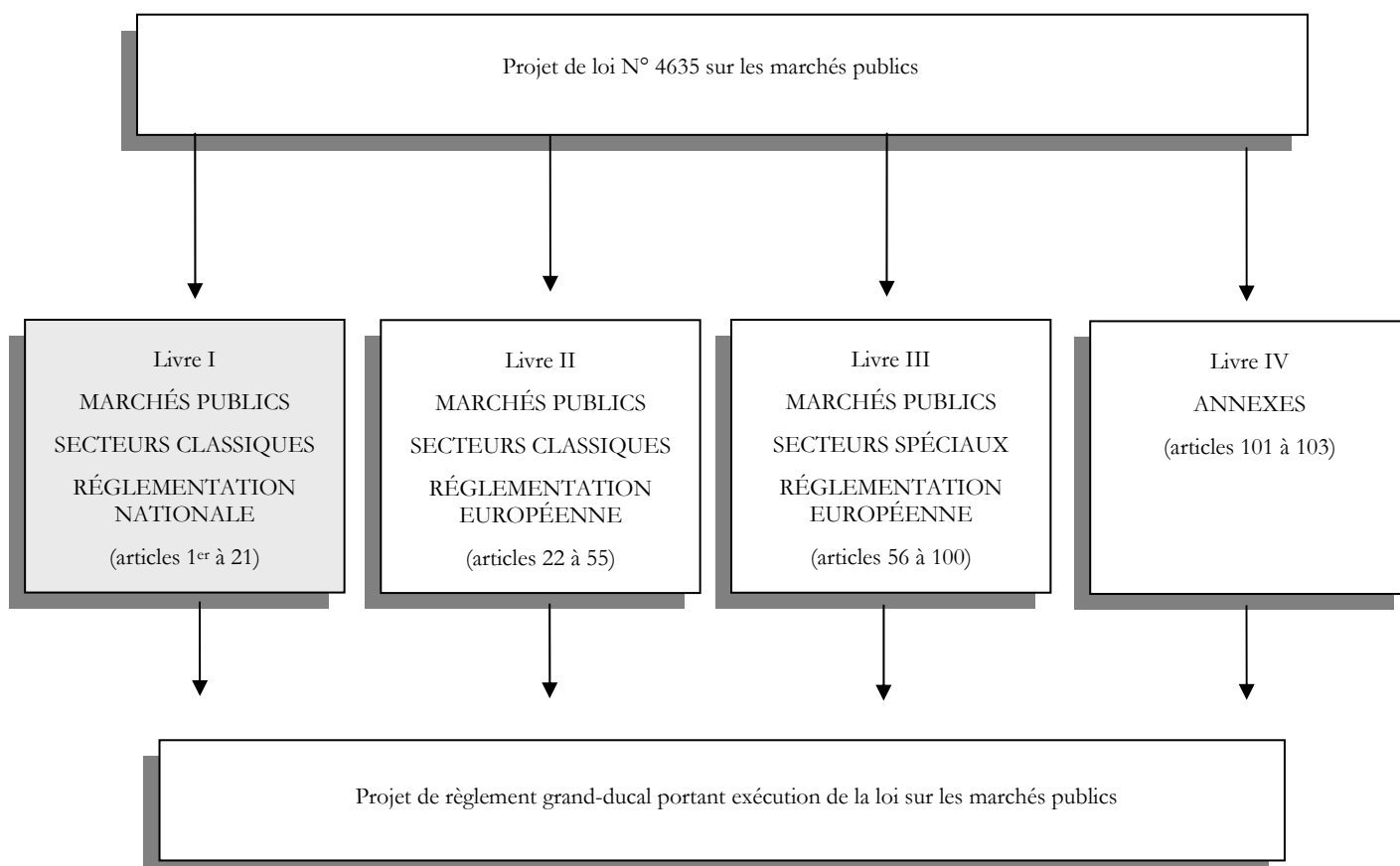
En application de l'article 6 de la loi du 8 juin 1999 portant organisation de la Cour des comptes, «*la Cour peut être consultée par la Chambre des députés sur les propositions ou projets de loi ayant une incidence financière significative pour le Trésor public*». En revanche, il n'est pas de la compétence de la Cour de se prononcer sur les projets de règlement grand-ducal.

Le projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi concernant le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ne fait donc pas l'objet du présent avis. Ainsi, au cas où la Chambre des Députés adopterait les propositions de la Cour des comptes en tout ou en partie, ledit projet de règlement grand-ducal serait à redresser en conséquence.

Structure de la réglementation

Le graphique ci-dessous illustre que le projet de loi sous avis introduit, selon la proposition du Conseil d'Etat, une structure en quatre parties visant respectivement:

1. les dispositions générales se rapportant notamment aux définitions et aux marchés publics dans les secteurs «classiques» qui restent en dessous des seuils européens;
2. les marchés publics dans les secteurs «classiques» qui égalent ou dépassent les seuils européens (notamment comme seuils «d'entrée» 191.711 euros pour les marchés de fournitures; 200.000 euros pour les marchés de services et 5.000.000 euros pour les marchés de travaux);
3. les marchés publics dans les secteurs «spéciaux» de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications;
4. les dispositions finales avec, essentiellement, les annexes.



La Cour des comptes se concentre notamment sur l'examen des articles 1^{er} à 21 regroupés au livre I^{er}, alors que c'est précisément à l'égard de ces dispositions que le législateur dispose d'une certaine marge de manœuvre. En effet, les livres II et III ne regroupent et ne coordonnent que la réglementation issue de la transposition en droit national des directives européennes sur la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et spéciaux et ne sauraient par conséquent être avisés quant au fond par la Cour des comptes.

2. Considérations générales

Approche de la Cour

L'exposé des motifs du projet de loi sous rubrique ainsi que les avis y relatifs du Conseil d'Etat et des chambres professionnelles résument à suffisance la situation légale et réglementaire actuelle ainsi que les accents de la réforme projetée des marchés publics de sorte qu'il en est fait largement abstraction dans les présentes considérations générales. La Cour des comptes entend plutôt profiter de ces lignes pour rappeler quelques principes généraux concernant la passation des marchés publics et qui sous-tendent son approche lors de l'examen des articles.

Bonne gestion financière

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat, l'ordonnateur se trouve dans l'obligation non seulement de s'assurer de la légalité et de la régularité de ses actes, mais également d'utiliser les crédits budgétaires conformément aux principes de bonne gestion financière. Cette avancée qualitative en matière d'utilisation des deniers publics doit également trouver ses retombées lors de la passation des marchés publics. En effet, le respect de l'intérêt du Trésor par l'obligation de bonne gestion budgétaire est notamment de mise pour la puissance publique adjudicatrice.

Egalité de traitement

Le meilleur rapport entre la qualité demandée et le prix à payer s'obtient en respectant la règle fondamentale et d'ordre public que constitue le principe d'égalité de traitement entre candidats. La règle de l'égalité constitue la base de la législation sur les marchés publics, tant dans l'ordre juridique interne que dans l'ordre juridique européen. Elle s'impose impérativement aux pouvoirs adjudicateurs dans leurs rapports avec les soumissionnaires. Alors qu'un particulier peut contracter, conformément au principe de la liberté contractuelle, avec un prestataire de son choix, les commettants publics ne disposent pas de la même liberté.

Mise en concurrence

C'est ainsi qu'en matière d'attribution des marchés publics, la mise en concurrence doit s'imposer naturellement comme règle générale devant permettre de respecter l'égalité de traitement et partant de protéger les intérêts financiers de l'Etat.

L'exposé des motifs du projet de loi sous avis relève d'ailleurs à juste titre que *«le principe primordial des marchés publics est le recours à la concurrence. Il doit donc être possible à chaque entreprise d'accéder aux commandes publiques moyennant concurrence. Un corollaire de ce principe de mise en concurrence est celui de la gestion judicieuse des deniers publics. Les pouvoirs adjudicateurs ne disposent pas de disponibilités financières inépuisables leur permettant d'agir en toute liberté concernant les commandes publiques. En leur accordant cette liberté, on verserait dans l'arbitraire et le favoritisme.»*

Publicité

Pour assurer la transparence et l'ouverture à la concurrence des marchés publics, il importe en premier lieu de prêter une attention particulière aux mesures de publicité. En effet, la publicité crée à elle seule une situation de concurrence par l'invitation qu'elle implique aux entreprises intéressées à faire acte de candidature. Qui dit pluralité de candidatures dit obligation pour le pouvoir adjudicateur de décider en pleine connaissance de cause, après avoir procédé à une comparaison objective des offres, et cela dans le respect des critères de sélection et d'attribution préalablement annoncés.

Champ d'application

C'est évidemment dans le souci d'éviter des zones d'ombre qui permettraient d'échapper à l'application de la réglementation des marchés publics que le législateur doit en outre veiller à donner des définitions concises et des différents types de marchés publics et des organismes qui agissent en tant que pouvoirs adjudicateurs publics. Une délimitation réfléchie du champ d'application à la fois «ratione materiae» et «ratione personae» de la législation sur les marchés publics est absolument nécessaire afin de préserver la transparence en matière de travaux publics et de finances publiques.

Impact économique

Finalement, la Cour des comptes tient à relever qu'il est indispensable de prendre également en compte l'impact économique des commandes publiques, qui ne cessent de croître depuis des années.

D'après les chiffres du projet de budget pour 2001, le niveau des investissements de l'Etat -y inclus l'achat de biens meubles durables- continuera à augmenter pour s'établir en 2001 à quelque 605 millions d'euros, soit presque 11% du total des dépenses de l'Etat ou 3% du produit intérieur brut.

Le niveau d'investissement atteint par l'ensemble du secteur public luxembourgeois (exprimé par la formation brute de capital fixe) représente quant à lui 4,8% du produit intérieur brut pour 1999.

Les chiffres avancés montrent à suffisance que, même si on ne prend pas en compte les dépenses en relation avec l'achat de biens non durables et de services, les commandes publiques ont atteint une telle ampleur qu'elles exercent nécessairement une action sur l'économie générale. Il coule de source qu'une attribution équitable et transparente des marchés publics doit dès lors être considérée comme un facteur substantiel d'équilibre socio-économique.

L'égalité de traitement entre soumissionnaires, le principe de mise en concurrence et l'obligation de publicité en découlant constituent dès lors autant d'objectifs dont la réalisation acquiert non seulement une importance certaine au regard de la sauvegarde des intérêts du Trésor et du respect des principes fondamentaux en matière de marchés publics, mais aussi en vue de soutenir le libre développement des activités économiques.

Recours important aux procédures d'exception

Le tableau ci-après se montre dans ce contexte révélateur. La ventilation du total des marchés publics conclus par l'Etat suivant les trois types de procédure prévus par les dispositions légales régissant actuellement la matière fait clairement ressortir que les exceptions à la règle générale de l'adjudication publique sont toujours majoritairement retenues par les commettants publics.

Exercice	Soumissions publiques	Soumissions restreintes	Marchés de gré à gré	Total des marchés
1990	537 (33,04%)	76 (4,68%)	1012 (62,28%)	1625 (100%)
1991	600 (33,28%)	35 (1,94%)	1168 (64,78%)	1803 (100%)
1992	599 (34,19%)	54 (3,08%)	1099 (62,73%)	1752 (100%)
1993	504 (38,68%)	20 (1,53%)	779 (59,79%)	1303 (100%)
1994	427 (36,56%)	33 (2,82%)	708 (60,62%)	1168 (100%)
1995	456 (38,10%)	34 (2,84%)	707 (59,06%)	1197 (100%)
1996	465 (40,90%)	34 (2,99%)	638 (56,11%)	1137 (100%)
1997	389 (33,91%)	30 (2,62%)	728 (63,47%)	1147 (100%)
1998	527 (41,63%)	26 (2,05%)	713 (56,32%)	1266 (100%)

Marchés conclus par l'Etat de 1990 à 1998

Dans son rapport sur les projets de loi portant règlement des comptes généraux des exercices 1995 et 1996, la Commission du contrôle de l'exécution budgétaire soulignait ainsi à juste titre: *«La commission n'entend pas faire sienne une approche simpliste qui condamne d'office le recours à des procédures autres que la soumission publique. La commission estime cependant que le gouvernement doit respecter la législation en vigueur sur les marchés publics et garantir la transparence des procédures d'adjudication.»*

Gestion judicieuse

Il ressort de tout ce qui précède qu'un remaniement des dispositions légales régissant la passation et l'exécution des marchés publics ne saurait se limiter à une simple modernisation et coordination des textes actuellement en vigueur. L'objet primordial de la loi nouvelle doit bien être d'encourager la gestion judicieuse des deniers publics en permettant aux pouvoirs adjudicateurs d'agir à meilleur escient et en renforçant l'égalité d'accès aux commandes publiques.

3. Examen des articles

3.1 Concernant l'article 1^{er}:

Le projet de loi sous avis parle tout au long des textes respectivement des «pouvoirs adjudicateurs» et des «entités adjudicatrices», à l'exception cependant de l'article 1^{er} où il est fait référence aux «pouvoirs adjudicateurs publics». Afin d'éviter tout risque de confusion, la Cour des comptes propose de s'en tenir aux termes «pouvoirs adjudicateurs». L'article 1^{er} serait dès lors à libeller comme suit:

Proposition de texte

«Art. 1^{er}. Sans préjudice des dispositions spécifiques prévues aux livres II et III, les dispositions du présent livre s'appliquent à tous les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs.»

3.2 Concernant l'article 2:

Définition du pouvoir adjudicateur

Les auteurs du projet de loi sous avis ont procédé à une définition de la notion de pouvoir adjudicateur en y incluant l'Etat (départements ministériels et leurs administrations), les communes, les syndicats de communes et les établissements publics placés sous la surveillance des communes. Des règlements grand-ducaux peuvent étendre le champ d'application de la loi aux établissements publics relevant de l'Etat.

La Cour des comptes se félicite en principe de cette démarche, étant donné que la question de déterminer, hormis l'Etat proprement dit, les organismes susceptibles d'être considérés comme pouvoirs adjudicateurs donnait et donne toujours lieu à des controverses, faute de définition intégrée dans le corps de la loi actuelle.

Etablissements publics relevant de l'Etat

Cependant, la Cour des comptes rejoint les chambres professionnelles dans leurs observations et notamment la Chambre des métiers dans son avis complémentaire du 7 avril 2000 en ce qu'il est inconcevable que des établissements publics relevant de l'Etat *«puissent passer leurs marchés sans se référer à des normes garantissant un traitement équilibré, objectif et impartial de tous les concurrents. (...) La Chambre des métiers exige avec insistance que les établissements publics relevant de l'Etat soient soumis à la législation sur les marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans son entièreté.»* Dans ce même contexte, la Chambre des métiers réclame que le dispositif légal régissant les marchés publics devrait également s'appliquer aux ouvrages érigés par des investisseurs privés, mais financés pratiquement intégralement par des fonds publics.

Le Conseil d'Etat, de son côté, estime également que le fait de ne pas retenir les établissements publics relevant de l'Etat dans le champ d'application de la loi nouvelle *«pèche aussi bien contre l'esprit communautaire que contre la transparence en matière de travaux publics et de finances publiques. (...) Il ne faut pas oublier que des budgets appréciables, provenant pour une grande partie, sinon exclusivement, des caisses publiques, sont gérés et dépensés par ces établissements. Quoi de plus normal que de faire appliquer à leur égard également le jeu de la concurrence et les règles instaurées pour la gestion des deniers publics?»* Le Conseil d'Etat se prononce dès lors *«pour un traitement non discriminatoire de tous les établissements publics, qu'ils émanent de l'Etat ou des*

collectivités locales» et insiste à ce que tous les établissements publics soient inclus d'office dans la législation sur les marchés publics. Le Conseil d'Etat remarque par ailleurs à juste raison que les marchés passés par les établissements publics au-dessus des seuils européens sont de toute façon soumises aux dispositions du livre II du texte proposé par le Conseil d'Etat.

Enumération par règlement grand-ducal

Il est vrai que le titre 4 du projet de loi sous avis prévoit à l'article XV que *«des règlements grand-ducaux peuvent rendre applicables, en tout ou en parties, les dispositions du titre 1^{er} aux marchés publics à conclure par lesdits établissements publics»*.

La Cour des comptes se permet de rappeler que la loi du 4 avril 1974 concernant le régime des marchés publics de travaux et de fournitures contient une disposition analogue dans son chapitre 3 intitulé «Marchés pour compte des autres personnes juridiques de droit public».

En 1972, l'exposé des motifs de la loi précitée notait à cet égard: *«Cette disposition a pour but de rendre possible, dans la mesure où des considérations pratiques le permettent, l'uniformisation du régime pour l'ensemble des marchés passés par des personnes juridiques de droit public. D'ailleurs, en examinant les législations et les pratiques dans les autres pays des communautés européennes, on constate un alignement général du régime des autres personnes juridiques de droit public sur celui de l'Etat»*.

Cette habilitation du législateur n'a cependant pas connu un franc succès. Il est dès lors permis de conclure que la procédure telle qu'envisagée à l'article XV par les auteurs du projet de loi sous avis connaîtrait probablement le même sort.

C'est pourquoi, la Cour des comptes note avec satisfaction que le Conseil d'Etat suggère de supprimer l'article XV et de procéder à une extension du champ d'application «ratione personae» du livre Ier aux fins d'aligner la définition du pouvoir adjudicateur tant à l'esprit qu'aux textes communautaires et de préserver l'égalité de traitement des commettants publics.

Organes, administrations et services de l'Etat

Le texte proposé par le Conseil d'Etat désigne en son article 2 sub 1) tout d'abord l'Etat comme pouvoir adjudicateur. La Cour des comptes partage le souci du Conseil d'Etat que la définition proposée par les auteurs du projet de loi, qui entendent limiter l'Etat aux seuls départements ministériels et aux administrations, est par trop restrictive. Cependant, la notion d'Etat tout court, telle que proposée par le Conseil d'Etat, peut être sujette à interprétation.

C'est pourquoi la Cour des comptes recommande de s'en tenir à la formulation «organes, administrations et services de l'Etat», reprise sur proposition du Conseil d'Etat à l'article 105 de la Constitution ainsi que dans les lois du 8 juin 1999 portant respectivement sur l'organisation de la Cour des comptes et sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat.

Cette formulation vise, outre l'Administration centrale, les organes constitutionnels de l'Etat tels le Grand-Duc, la Chambre des Députés, le Gouvernement, le Conseil d'Etat, les Cours et tribunaux et la Cour des comptes.

Notion d'Etat: interprétation fonctionnelle

Une telle approche se conjugue d'ailleurs avec la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes qui observa le 20 septembre 1988 dans l'affaire Beentjes que la notion d'Etat doit recevoir une interprétation fonctionnelle dans le cadre du champ d'application de la réglementation sur les marchés publics et que partant «*un organe législatif doit être considéré comme relevant de l'Etat*».

Dans la même affaire, la Cour arrêtait que le but de la directive 71/305/CE du Conseil, remplacée par la directive 93/37/CE du Conseil serait «*compromis si l'application du régime de la directive devait être exclue du seul fait qu'un marché public de travaux est adjudgé par un organisme qui, tout en ayant été créé pour exécuter les tâches que la loi lui confère, n'est pas formellement intégré à l'administration de l'Etat. Par conséquent, un organisme dont la composition et les fonctions sont prévues par la loi, et qui dépend des pouvoirs publics de par la nomination de ses membres, par la garantie des obligations découlant de ses actes et par le financement des marchés publics qu'il est chargé d'adjudger, doit être considéré comme relevant de l'Etat (...) même s'il n'en fait pas formellement partie*».

Organismes de droit public

Outre les pouvoirs adjudicateurs classiques (Etat et communes), le texte proposé par le Conseil d'Etat vise dans cette lignée sub 3) tous les organismes de droit public qui répondent cumulativement à trois critères. Un tel organisme doit être:

- créé pour satisfaire spécifiquement aux besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial
- et doté d'une personnalité juridique
- et dont
 - soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public,
 - soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers,
 - soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

L'article 2 introduit donc sub 3) un concept destiné à faire entrer dans le champ d'application du livre Ier tout organisme ayant une personnalité juridique publique ou privée, qui a été créé dans un but d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et qui se trouve, d'une manière ou d'une autre, sous tutelle publique sans faire formellement partie des pouvoirs publics.

Etablissements publics, fondations et a.s.b.l.

Le souci est notamment d'éviter que les contraintes inhérentes à la réglementation sur les marchés publics puissent être éludées en recourant pour la passation et l'exécution des marchés publics à des personnes morales de droit public ou privé, comme par exemple des établissements publics, des associations ou des fondations sans but lucratif.

Selon la jurisprudence européenne, il importe en effet peu qu'un organisme ait été constitué dans des formes de droit public ou de droit privé. Dès lors que cette personne morale répond aux trois conditions cumulatives énoncées ci-dessus, elle constitue un «organisme de droit public» dans le cadre de la législation sur les marchés publics et tombe sous le champ d'application de la loi nouvelle.

Besoins d'intérêt général

L'objet spécifique des organismes considérés doit être la satisfaction de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, une notion bien peu claire et bien plus politique que juridique puisque est d'intérêt général tout besoin dont l'autorité publique juge qu'il nécessite l'intervention d'un organisme apte à le satisfaire. L'examen des statuts et notamment de l'objet social peuvent être révélateurs à cet égard.

Caractère non-commercial

Toujours est-il que le Vade-mecum «Marchés publics» de la Commission européenne précise que l'organisme en question ne peut être qualifié de pouvoir adjudicateur au sens du présent article s'il exerce des activités économiques de caractère commercial ou industriel sur des marchés dont l'accès est ouvert, en plein régime de concurrence, aux autres opérateurs économiques, privés ou publics.

Entreprises publiques et entreprises liées

Le Conseil d'Etat, partant de l'idée que la définition du pouvoir adjudicateur devrait être la même pour tous les marchés publics, propose sub 5) et 6) d'inclure également les entreprises publiques et les entreprises liées dans la définition du «pouvoir adjudicateur». Il remarque cependant à juste titre qu'il convient de réserver les dispositions spécifiques ayant comme source des directives spécifiques.

Or, dans ce cas précis, la Cour des comptes se demande si, dans l'esprit et des auteurs du projet de loi et de ceux de la réglementation européenne, les notions d'entreprises publiques et d'entreprises liées ne sont pas plutôt à considérer comme devant être exclusivement spécifiques au livre III concernant les marchés publics couvertes par le champ d'application de la directive modifiée 93/98/CEE du 14 juin 1993 relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. (livre III du texte proposé par le Conseil d'Etat)

Notions spécifiques aux secteurs spéciaux

En effet, dans le projet de loi, la notion d'entreprise publique n'apparaît que dans le contexte de la définition des pouvoirs adjudicateurs réservée aux marchés publics passés dans les secteurs dits spéciaux. Elle fait défaut tout au long des textes précédents qui traitent des marchés publics dans les secteurs dits classiques. La notion d'entreprise liée, quant à elle, ne se retrouve également que dans des contextes clairement délimités du titre 3 (livre III du texte proposé par le Conseil d'Etat) et d'ailleurs jamais en relation avec une quelconque définition du pouvoir adjudicateur.

La Cour des comptes conçoit dès lors mal que le Conseil d'Etat aurait souhaité soumettre les entreprises publiques et les entreprises liées à toutes les dispositions de la loi nouvelle sur les marchés publics, d'autant plus que le droit et la jurisprudence communautaires considèrent les marchés des entreprises publiques comme assimilés aux marchés des entités privées parce que liés à des activités exercées en milieu de plus en plus concurrentiel.

Vouloir appliquer aux entreprises publiques et aux entreprises liées la loi nouvelle sur les marchés publics dans son intégralité conduirait d'ailleurs à une incohérence de taille avec l'interprétation fournie ci-dessus des organismes de droit public, auxquels, même s'ils sont, d'une façon ou d'une autre, sous tutelle publique, ne sont point applicables les dispositions de la loi nouvelle s'ils exercent des activités économiques de caractère commercial ou industriel.

Si la Chambre des Députés suivait la Cour des comptes en ce que les entreprises publiques et liées devraient uniquement être régies par les dispositions spécifiques aux marchés passés dans les secteurs dits spéciaux, il est suggéré de libeller l'article 2 du texte proposé par le Conseil d'Etat comme suit:

Proposition de texte

«**Art. 2.** Par «*pouvoir adjudicateur*», on entend les pouvoirs publics et les entités assimilées, à savoir:

- 1) *les organes, administrations et services de l'Etat;*
- 2) *les collectivités territoriales;*
- 3) *les organismes de droit public entendus comme tout organisme*
 - *créé pour satisfaire spécifiquement aux besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial*
 - et*
 - *doté d'une personnalité juridique*
 - et*
 - *dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.*
- 4) *les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités territoriales ou de ces organismes de droit public.»*

Les définitions données par le Conseil d'Etat sub 5) et 6) respectivement des entreprises publiques et des entreprises liées doivent par conséquent être reprises à l'article 56.

En outre, le paragraphe (1) de l'article 57 reçoit sub a) la teneur suivante:

«**Art. 57.** (1) *Les dispositions du livre III s'appliquent*

- a) *aux pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 ou aux entreprises publiques, et qui exercent l'une des activités visées au paragraphe (2) ci-après;»*

3.3. Concernant l'article 3:

D'une manière générale, la Cour des comptes tient tout d'abord à exprimer sa satisfaction que, dans le souci d'éviter des zones d'ombre qui permettraient d'échapper à l'application de la réglementation des marchés publics, les auteurs du projet de loi se soient efforcés de définir les notions les plus importantes en relation avec la passation et l'exécution des marchés publics.

Définitions concises

Par ailleurs, les travaux de regroupement et de coordination des définitions réalisés par le Conseil d'Etat augmentent davantage la transparence du projet de loi.

La Cour des comptes apprécie notamment les définitions particulièrement larges des différents types de marchés publics.

Marchés publics de travaux

Ainsi, pour les marchés publics de travaux définis sub 2) de l'article sous examen, il paraît clair que la formulation «*la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur*» couvre à l'avenir des contrats dont l'objet n'est pas seulement l'exécution traditionnelle de travaux réalisés sous l'autorité d'un pouvoir adjudicateur maître d'ouvrage, mais également la conception, le financement, la vente et la location-vente d'un ouvrage. Ne sont par contre pas visés par la définition sous examen, les achats ou locations d'ouvrages déjà existants et non réalisés en vue de répondre à des besoins prédéterminés par un pouvoir adjudicateur.

Ouvrages

La Cour des comptes se félicite dans ce contexte que le texte ne se réfère plus seulement à la notion de travaux -couvrant les activités de bâtiment et de génie civil- mais également à la notion d'ouvrage. L'ouvrage est défini au présent article sub 5) comme résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

Selon le Vade-mecum «Marchés publics» de la Commission européenne, l'ouvrage fonctionnel est défini comme «*l'ouvrage achevé dans toutes ses finitions et prêt à l'utilisation prévue par le pouvoir adjudicateur*».

A titre d'exemple, l'hypothèse de construction d'une nouvelle école peut concrétiser la notion d'ouvrage. D'après cette définition, l'ensemble des bâtiments, installations et aménagements nécessaires pour que l'ensemble puisse remplir sa fonction entrerait en compte pour déterminer un ouvrage.

Il importe notamment d'être attentif à l'application de cette notion d'ouvrage afin d'empêcher la pratique consistant à scinder ou fractionner un marché en vue de se soustraire à l'application de la réglementation sur les marchés publics, voire de contourner les dispositions constitutionnelles et législatives régissant les engagements financiers importants de l'Etat. Il reste bien évidemment toujours possible de répartir un ouvrage en plusieurs lots faisant chacun l'objet d'un marché.

Marchés publics de services

En ce qui concerne la définition proposée par le Conseil d'Etat sub 4) des marchés publics de services, la Cour des comptes constate qu'elle n'en est pas vraiment une: en fait, le texte se limite à qualifier de marché public de services tout marché ayant un autre objet que les marchés de travaux et de fournitures.

La Cour des comptes se demande s'il ne serait pas plus opportun de procéder, à l'instar de la pratique belge, par la voie d'une liste annexée énumérant les différentes catégories de services concernées. La Cour des comptes conçoit cependant qu'il n'est pas aisé de dresser une telle liste, notamment si elle se veut exhaustive.

Par ailleurs, pour les marchés ayant pour objet à la fois des fournitures et des services, il importe de retenir comme critère de référence la valeur des différentes composantes du marché afin de déterminer s'il s'agit d'un marché public de fournitures ou de services.

Définition uniforme des procédures

Le Conseil d'Etat propose de regrouper et d'aligner les définitions des différentes procédures de passation des marchés qu'on retrouve dans le projet de loi à des endroits divers. Sont ainsi définies sub 11), 12) et 13) du présent article la soumission publique, la soumission restreinte avec présélection et le marché négocié.

Etant donné que le texte proposé par le Conseil d'Etat prévoit en outre aux articles 6 et 7 respectivement la soumission restreinte avec publication d'avis (d'ailleurs identique avec la procédure «européenne» de la soumission restreinte avec présélection) et la soumission restreinte sans publication d'avis, la Cour des comptes suggère tout d'abord de prévoir à l'article 3 des définitions précisant les procédures en question et d'uniformiser par ailleurs les dénominations des procédures employées tout au long des textes.

Les définitions des procédures dont question aux articles 6 et 7 sont contenues dans les articles 4, 5 et 6 du projet de règlement grand-ducal portant exécution du projet de loi sur les marchés publics. Il convient partant d'ajouter ces définitions à l'article sous examen et, le cas échéant, de prévoir un texte unique pour les définitions qui font double emploi.

Vu que la Cour des comptes propose en plus à la Chambre des Députés de compléter le dispositif des procédures prévues au livre Ier par la procédure du marché négocié avec publication préalable (voir examen ci-dessous de l'article 5), le texte serait à libeller comme suit:

Proposition de texte

«Art. 3. On entend par:

(...)

11) *«soumission publique»: la procédure dans laquelle tout entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services peut présenter une offre suite à la publication officielle d'un avis d'adjudication de marché;*

12) *«soumission restreinte avec publication préalable» et «soumission restreinte avec présélection»: la procédure qui consiste à adresser une demande d'offre aux candidats sélectionnés suite à la publication officielle d'un avis d'adjudication de marché qui reprend les critères d'après lesquels les candidats seront sélectionnés;*

13) *«soumission restreinte sans publication préalable»: la procédure dans laquelle seuls les entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre, le nombre minimum de candidats invités à soumissionner devant être de trois;*

14) *«marché négocié avec publication préalable»: la procédure dans laquelle les pouvoirs adjudicateurs consultent, suite à la publication officielle d'un avis d'adjudication de marché, les entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux;*

15) *«marché négocié sans publication préalable»: la procédure dans laquelle les pouvoirs adjudicateurs consultent les entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux;*

(...))»

La numérotation des définitions suivantes est à adapter en conséquence.

3.4 Concernant l'article 4 (article 5 selon la Cour des comptes)

Les articles 4 à 7 du texte proposé par le Conseil d'Etat traitent des différentes procédures applicables en matière de passation des marchés publics et doivent être examinés en relation avec les dispositions existantes ainsi qu'avec celles issues des directives européennes et reprises au livre II du projet de loi.

Procédures actuelles de passation des marchés publics

Aux termes de l'actuel article 36 de la loi modifiée du 27 juillet 1936 concernant la comptabilité de l'Etat, «*tous travaux, fournitures ou services pour compte de l'Etat font l'objet de contrats à passer par adjudication publique*», l'adjudication publique étant le mode de passation des marchés qui combine la concurrence et la publicité. Le principe de l'adjudication publique ainsi retenu comme règle générale ne saurait cependant être absolu.

Adjudication publique = règle générale

Il existe des hypothèses où la dérogation au principe s'impose. En effet, dans certains cas, le recours à la procédure de la soumission publique s'avère difficilement réalisable ou peut conduire à des résultats indésirables.

La loi énumère ainsi limitativement tous les cas dans lesquels il peut être dérogé au principe de l'adjudication publique en procédant soit par adjudication restreinte, soit par marché de gré à gré. Etant donné que les procédures d'exception ne sont pas basées sur le principe de la concurrence concrétisé par l'obligation de publicité des avis d'adjudication de marchés, il importe d'éviter un recours excessif à ces modes de passation.

Procédures «européennes» de passation des marchés publics

Le livre II du texte proposé par le Conseil d'Etat traite des marchés publics passés dans les secteurs dits classiques et qui égalent ou dépassent les seuils européens. Ces marchés peuvent être passés soit par soumission publique, soit par soumission restreinte avec présélection (c'est-à-dire avec publication préalable).

La procédure négociée (qui correspond à la procédure actuellement dénommée «de gré à gré») n'est autorisée que dans des cas exceptionnels limitativement énumérés et d'interprétation restrictive. Les dispositions européennes font la distinction entre la procédure négociée «avec publicité» et la procédure négociée «sans publicité», mais si possible après consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services.

Procédure négociée «avec publicité»

La procédure négociée «avec publicité» a été introduite afin de satisfaire au mieux l'objectif de transparence. Même dans les cas où le pouvoir adjudicateur reste libre de négocier avec l'entreprise de son choix, les dispositions européennes tentent d'assurer une publicité suffisante de manière à susciter la compétition entre le plus grand nombre de concurrents.

Procédures «nationales» de passation des marchés publics

Les procédures applicables aux marchés publics qui restent en dessous des seuils européens et dont question à l'article sous examen sont:

- la soumission publique;
- la soumission restreinte avec ou sans publication préalable;
- le marché négocié.

La Cour des comptes salue que la soumission publique soit maintenue comme règle générale, bien que, pour des marchés de travaux dépassant le seuil de 125.000 euros, valeur au nombre

cent de l'indice des prix à la consommation, la soumission publique se situe à pied d'égalité avec la procédure de la soumission restreinte avec publication préalable.

La Cour des comptes exprime toutefois sa satisfaction que les auteurs du projet de loi proposent d'introduire au niveau de la réglementation «nationale» de rendre la publicité obligatoire pour le recours à la procédure d'exception de la soumission restreinte dans le cas des marchés de travaux d'une certaine importance.

La Cour des comptes recommande à la Chambre des Députés d'étendre l'obligation de publicité en cas de recours à des procédures d'exception.

En effet, le pouvoir adjudicateur qui recourt à une procédure d'exception «sans publicité» dispose d'une marge de manœuvre considérable. Lors du recours à la soumission restreinte et au marché négocié sans publication préalable, le pouvoir adjudicateur limite en fait le jeu de la concurrence aux seules entreprises qu'il décide de consulter, sans qu'une publication ait permis à d'autres de poser leur candidature en vue d'être sélectionnées.

Publicité des procédures d'exception

Par contre, les procédures de soumission restreinte et de marché négocié avec publication préalable traduisent au mieux les obligations légales de bonne gestion financière et d'égalité de traitement. Le pouvoir adjudicateur est tenu de comparer les mérites respectifs des offres des concurrents suite à la publication officielle d'un avis d'adjudication de marché, sans que soit réduite la faculté de négocier avec un seul des candidats.

La Cour des comptes signale par ailleurs que les directives communautaires sur les marchés publics laissent aux Etats membres la liberté de maintenir ou d'édicter en dessous des seuils «européens» des règles procédurales qui diffèrent de la réglementation européenne. Cette liberté se trouve cependant conditionnée dans la mesure où le dispositif légal «national» doit, d'une part, respecter tant l'esprit que les textes du droit communautaire en général, et, d'autre part, assurer une publicité adéquate des critères et conditions régissant chaque marché.

Aussi, la Cour des comptes propose-t-elle, à l'image des règles applicables aux marchés dépassant les seuils déterminés au livre II et des réglementations française et belge, de rendre dans certains cas la publicité obligatoire pour le recours aux procédures d'exception, même pour les marchés qui restent en dessous des seuils européens.

Afin de garantir au mieux le respect des principes de concurrence et de transparence tout en tenant compte des spécificités nationales, la Cour des comptes propose dès lors les procédures d'exception suivantes:

- la soumission restreinte et le marché négocié avec publication préalable;
- la soumission restreinte et le marché négocié sans publication préalable.

Obligation de consulter plusieurs concurrents

La Cour des comptes voudrait rappeler que la procédure «sans publication préalable» traduit uniquement la dispense de publicité lors du lancement de la procédure. Elle ne dispense cependant nullement le pouvoir adjudicateur de l'obligation de consulter, si possible, plusieurs concurrents présents sur le marché.

Journal officiel des adjudications

Finalement, la Cour des comptes tient à attirer l'attention de la Chambre des Députés sur le fait que la pratique de la publication des avis d'adjudication de marchés par la voie de la presse conduit à un éparpillement des différentes offres et entraîne des dépenses considérables.

La Cour des comptes propose de centraliser tous les avis d'adjudication des marchés publics dans un journal officiel des adjudications. Par le biais d'une publication périodique d'un tel journal, les pouvoirs adjudicateurs pourraient se doter d'un instrument utile tant au niveau de la transparence que de la bonne gestion budgétaire.

L'article 4 (article 5 selon la Cour des comptes) prendrait ainsi la teneur suivante:

Proposition de texte

«Art. 5. (1) Les procédures applicables en matière de passation de marchés publics sont:

- la soumission publique,*
- la soumission restreinte avec ou sans publication préalable,*
- le marché négocié avec ou sans publication préalable.*

(2) Chaque marché public à passer par soumission publique, par soumission restreinte avec publication préalable ou par marché négocié avec publication préalable est mis en concurrence au moyen d'un avis d'adjudication de marché publié au journal officiel des adjudications.»

3.5 Concernant l'article 5 (article 6 selon la Cour des comptes)

Au vu des idées développées lors de l'examen de l'article 4 du texte proposé par le Conseil d'Etat (article 5 selon la Cour des comptes), il est suggéré de regrouper sous le chapitre II l'article 6 tel que proposé par le Conseil d'Etat (article 7 selon la Cour des comptes) et un nouvel article 8 qui énumère les hypothèses où il peut être recouru soit à la soumission restreinte avec publication préalable, soit au marché négocié avec publication préalable. La dénomination du chapitre II serait à adapter en conséquence: «Chapitre II. – Soumission restreinte avec publication préalable et marché négocié avec publication préalable».

L'article 7 du texte proposé par le Conseil d'Etat devient l'article 9 selon la Cour des comptes et énumère les hypothèses où il peut être recouru soit à la soumission restreinte sans publication préalable, soit au marché négocié sans publication préalable. Le chapitre III se lirait dès lors comme suit: «Chapitre III. - Soumission restreinte sans publication préalable et marché négocié sans publication préalable».

L'article sous rubrique doit tenir compte de ces changements:

Proposition de texte

«Art. 6. Sans préjudice des dispositions spécifiques prévues aux livres II et III, les pouvoirs adjudicateurs, en règle générale, passent leurs contrats de travaux, de fournitures et de services par soumission publique.

Ils ne peuvent déroger à la règle générale que dans les cas énumérés aux articles 7 et 8 en recourant à la soumission restreinte avec publication préalable ou au marché négocié avec publication préalable et dans les cas énumérés à l'article 9 en recourant soit à la soumission restreinte sans publication préalable, soit au marché négocié sans publication préalable.»

3.6 Concernant l'article 6 (article 7 selon la Cour des comptes)

Si la Chambre des Députés suivait les propositions développées ci-devant par la Cour des comptes, l'article sous examen serait à redresser en conséquence:

Proposition de texte

«Art. 7. Il peut être recouru à la procédure de la soumission restreinte avec publication préalable lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux dont, suivant un devis, le montant estimé dépasse la somme de cent vingt-cinq mille euros, valeur au nombre cent de l'indice des prix à la consommation.

(...)

Ces seuils ne sont applicables que pour des travaux relatifs à un ouvrage dont le montant estimé ne dépasse pas le seuil fixé à l'article 23 de la présente loi.»

3.7 Concernant l'article 7 (articles 8 et 9 selon la Cour des comptes)

L'article sous examen traite des différents cas où il est permis de recourir soit à la soumission restreinte, soit au marché négocié.

Hypothèses d'exception

L'interprétation extensive des hypothèses d'exception, le caractère subjectif de certains critères d'attribution des marchés et les motifs parfois peu convaincants invoqués dans le passé en faveur de l'application d'une procédure d'exception conduisent la Cour des comptes à un examen vigilant des dispositions projetées.

Comme déjà relevé lors de l'examen des articles 4 et 5 (5 et 6 selon la Cour des comptes), la Cour des comptes propose au cours de l'examen de l'article sous rubrique d'assortir certains cas permettant le recours aux procédures d'exception à l'exigence de publication et de les regrouper au sein d'un nouvel article 8.

Eviter un recours excessif

La Cour des comptes veille par ailleurs à ce que les cas justifiant le recours à la soumission restreinte et au marché négocié soient libellés de façon claire et concise. Il importe en effet que les dispositions y relatives ne soient en aucun cas rédigées en termes généraux. La Cour des comptes entend éviter que le recours aux procédures d'exception puisse s'accroître davantage. Dans ce contexte, le Conseil d'Etat fait remarquer à juste raison dans son avis sur le projet de loi sous examen qu'il importe d'éviter *«qu'une ouverture trop grande des possibilités de recours aux dérogations n'incite à une utilisation non souhaitable et non souhaitée de ces dernières.»*

Interprétation stricte des exceptions

Par ailleurs, la Cour des comptes rappelle la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, suivant laquelle les hypothèses où la procédure négociée est susceptible d'être utilisée doivent faire l'objet d'une interprétation stricte. La charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant le recours à cette procédure existent effectivement, incombe au pouvoir adjudicateur. Dans ce contexte, il convient de souligner que le tribunal administratif a d'ores et déjà fait sienne la jurisprudence de la CJCE en la matière.

Le tableau ci-après renseigne sur les motifs invoqués par les pouvoirs adjudicateurs en 1998 pour justifier le recours à la procédure du marché de gré à gré sous l'empire de l'article 36 de la loi modifiée sur la comptabilité de l'Etat actuellement en vigueur:

Marchés de gré à gré (56,32% du total des marchés conclus par l'Etat en 1998)	713
- Spécialité	203
- Prix soustrait au jeu normal de la concurrence	117
- Nécessités (capacités) techniques ou commerciales particulières	132
- Prestations supplémentaires	65
- Urgence	51
- Prestations scientifiques ou artistiques	48
- Ex post	46
- Armée	38
- Ex post après observation	13

Eviter le cumul des exceptions

De l'avis de la Cour des comptes et au regard des considérations précédentes, il importe de profiter de l'occasion pour restructurer le dispositif légal ayant trait aux hypothèses d'exception par référence à la réglementation européenne tout en évitant un cumul avec ceux actuellement en vigueur. Un cumul des circonstances exceptionnelles justifiant le recours à la soumission restreinte et au marché négocié ne conduirait qu'à une multiplication des procédures d'exception au détriment de la règle générale et, partant, des principes d'égalité de traitement et de mise en concurrence. Aussi, la Cour des comptes partage-t-elle le souhait exprimé par les auteurs du projet de loi dans l'exposé des motifs que *«le recours aux deux procédures d'exception reste limité à des cas de figure très stricts»*.

«Petits marchés»

L'article sous examen dispose en son point 1) sub a) que les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir soit à la soumission restreinte sans publication d'avis, soit au marché négocié lorsque le montant total du marché à conclure n'excède pas huit mille euros, valeur au nombre cent de l'indice des prix à la consommation.

Cette hypothèse d'exception entend donner au pouvoir adjudicateur la possibilité de conclure des marchés de faible importance sans devoir recourir à la procédure de la soumission publique.

Plafond maximal

Le seuil en dessous duquel les marchés publics sont à considérer comme étant de faible importance a été fixé par la loi modifiée de 1974 concernant le régime des marchés publics de

travaux et de fournitures à un montant de 150.000 francs, valeur au nombre cent de l'indice des prix à la consommation, ce qui correspond actuellement à 864.645 francs.

Les auteurs du projet de loi entendent relever ce plafond à 8.000 euros, valeur au nombre cent de l'indice des prix à la consommation, ce qui correspondrait à un montant de 1.860.251 francs.

Tout comme le Conseil d'Etat, la Cour des comptes est d'avis qu'il convient de fixer le plafond maximal pour les «petits marchés» d'une façon judicieuse. Alors que le commentaire des articles du projet de loi sous avis ne fournit aucune explication pour le relèvement du plafond, la Cour des comptes s'interroge sur le bien-fondé de procéder à une augmentation du seuil de l'ordre de 115% pour les marchés qualifiés «*d'insignifiants*» par les auteurs du projet de loi.

6.000 au lieu de 8.000 euros

La Cour des comptes se rallie à la position du Conseil d'Etat qui estime qu'un marché de 1,8 millions de francs n'est certainement plus un marché insignifiant, du moins pour certains métiers. Le recours à cette dérogation au détriment de la règle générale que constitue la soumission publique risque de compromettre l'efficacité de la loi nouvelle.

La Cour des comptes propose dès lors de fixer le plafond maximal tout au plus à 6.000 euros, valeur au nombre cent de l'indice des prix à la consommation, ce qui correspond encore à un montant assez élevé de 1.380.000 francs.

Un même objet ou une même opération

La disposition sous examen stipule en outre que, pour des dépenses à effectuer au cours d'une même année et pour un même objet ou une même opération et pour autant que ces dépenses aient été prévisibles, il devra être tenu compte de l'ensemble des dépenses portant sur des travaux, fournitures et services de nature identique ou similaire commandés à un même entrepreneur, fournisseur ou prestataire.

La Cour des comptes ne saurait en aucun cas proposer à la Chambre des députés d'accepter cette disposition dans sa teneur projetée alors qu'elle estime que l'ajout «*et pour un même objet ou une même opération*» opéré par rapport au texte actuellement en vigueur vide la disposition sous examen de tout son sens. Celle-ci a été introduite en 1974 sur proposition de la Chambre des comptes, notamment et précisément en vue d'éviter le fractionnement abusif d'un marché dans le temps, suivant différentes phases d'exécution, en opérations d'une valeur inférieure à ce plafond. Le commentaire des articles restant malheureusement muet sur ce point, la Cour des comptes propose de maintenir cette disposition dans sa teneur actuelle.

Notion d'engagement

Finalement, la Cour des comptes tient à préciser que le texte sous examen devrait tenir compte de la notion d'engagement nouvellement introduite par la loi du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat. La formulation «*dépenses à effectuer au cours d'une même année*» devrait ainsi être remplacée par celle de «*dépenses à engager au cours d'une même année*».

Au cas où la Chambre des Députés se rallierait à la position de la Cour des comptes, le point 1) a) de l'article sous avis devrait être intégré à l'article 9 du texte proposé par la Cour des comptes et serait à libeller comme suit:

Proposition de texte

«Art. 9. Il peut être recouru soit à la soumission restreinte sans publication préalable, soit au marché négocié sans publication préalable dans les cas suivants:

1) a) lorsque le montant total du marché à conclure n'excède pas une somme à déterminer par règlement grand-ducal; cette somme peut varier selon les différents corps de métier en présence, mais sans qu'elle ne puisse dépasser six mille euros, valeur au nombre cent de l'indice des prix à la consommation.

S'il s'agit de dépenses à engager au cours d'une même année et que ces dépenses aient été prévisibles, il devra être tenu compte de l'ensemble des dépenses portant sur des travaux, fournitures et services de nature identique ou similaire commandés à un même entrepreneur, fournisseur ou prestataire;»

Offres non conformes et inacceptables

En son point 1), l'article sous rubrique prévoit sub b) que les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir soit à la soumission restreinte sans publication d'avis, soit au marché négocié *«en présence d'offres non conformes à la suite du recours à une soumission publique ou à une soumission restreinte avec publication d'avis ou lorsqu'il s'agit d'offres inacceptables, pour autant que la passation du contrat soit urgente; sinon l'exception est applicable sous les mêmes conditions, mais après une seconde soumission publique ou une seconde soumission restreinte avec publication d'avis»*.

Absence d'offre

La Cour des comptes rend attentif au fait qu'en cas d'absence d'offre suite à une mise en concurrence, il doit être permis au pouvoir adjudicateur de recourir à une procédure d'exception sans devoir suffire à l'exigence de publicité. C'est pourquoi la Cour des comptes propose, à l'image de la réglementation européenne, de compléter l'hypothèse d'exception sous examen par une disposition afférente.

Prix anormalement bas

Pour ce qui est de la notion d'«offres inacceptables» il y a lieu de rappeler que déjà en 1972, la Commission des Finances et du Budget soulignait dans son rapport sur le projet de loi concernant les marchés publics que cette notion devrait s'appliquer aussi bien à des prix trop élevés qu'à des prix anormalement bas. Alors qu'il paraît évident de considérer un prix trop élevé comme offre inacceptable, il n'en est pas de même pour les prix anormalement bas. Bien qu'il n'y ait pas de définition légale de la notion d'offre inacceptable, il est clair que le pouvoir adjudicateur ne peut pas en faire une appréciation arbitraire.

Cependant, nul n'est à l'abri du risque de subir la concurrence d'adjudicataires incompetents ou peu scrupuleux qui proposent des offres inconsiderées pour obtenir le marché. Tel est notamment le cas dans des procédures ouvertes comme celle de la soumission publique. C'est pourquoi il importe de sanctionner la remise d'offres à des prix anormaux en autorisant le pouvoir adjudicateur à écarter de telles offres en raison du caractère anormalement élevé ou anormalement bas des prix qu'elle contient.

Finalement, la Cour des comptes approuve que le recours aux procédures d'exception ne soit autorisé que si les conditions initiales du marché restent inchangées.

Le point 1) b) de l'article sous avis devrait être intégré à l'article 9 du texte proposé par la Cour des comptes et serait à libeller comme suit:

Proposition de texte

«Art. 9. Il peut être recouru soit à la soumission restreinte sans publication préalable, soit au marché négocié sans publication préalable dans les cas suivants:

1)(...)

b) en présence d'offres non conformes ou inacceptables à la suite du recours à une soumission publique ou à une soumission restreinte avec publication préalable ou lorsque aucune offre n'a été déposée, pour autant que la passation du contrat soit urgente; sinon l'exception est applicable sous les mêmes conditions, mais après une seconde soumission publique ou une seconde soumission restreinte avec publication préalable;»

Recherche, expérimentation, étude

L'article sous examen dispose en son point 1) sub c) que les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir soit à la soumission restreinte sans publication d'avis, soit au marché négocié *«pour des travaux, fournitures et services qui sont réalisés à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de mise au point»*.

La Cour des comptes constate que cette disposition est issue d'un mélange de la législation existante avec la réglementation européenne y relative. Cependant, en droit communautaire, son champ d'application est autrement plus restrictif. Premièrement, le recours aux procédures d'exception n'est autorisé que pour les marchés de travaux et de fournitures, à l'exclusion des marchés de services. En ce qui concerne les marchés conclus à des fins d'études, cette condition d'exception est uniquement prévue à l'égard des marchés de fournitures. En troisième lieu, le recours à la soumission restreinte ou au marché négocié est lié à l'obligation de publicité.

Publicité

Afin de garantir des pratiques saines lors de la passation des marchés publics et au vu d'éviter le risque d'un recours incontrôlé et incontrôlable aux procédures d'exception, la Cour des comptes se prononce clairement en faveur de l'esprit des textes communautaires et propose de s'en tenir à une formulation analogue.

Il importe notamment de laisser libre jeu à la concurrence au niveau des marchés de services qui sont réalisés à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de mise au point si l'on ne veut compromettre l'épanouissement notamment des jeunes chercheurs et le développement de la science. C'est d'ailleurs pour la même raison que les marchés conclus à des fins d'études ne peuvent, de l'avis de la Cour des comptes, être soustraits à la règle générale que constitue la soumission publique.

Au vu des considérations qui précèdent, la Cour des comptes suggère d'intégrer le point 1) c) de l'article sous examen à l'article 8 du texte proposé par la Cour des comptes et de le rédiger comme suit:

Proposition de texte

«Art. 8. Il peut être recouru soit à la soumission restreinte avec publication préalable, soit au marché négocié avec publication préalable dans les cas suivants:

1) pour les travaux et fournitures qui sont réalisés à des fins de recherche, d'expérimentation ou de mise au point;»

Impossibilité de fixation forfaitaire des prix

Aux termes du point 1) d) du présent article, les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir soit à la soumission restreinte sans publication d'avis, soit au marché négocié *«dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, fournitures et services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix»*.

L'un des principes fondamentaux de l'attribution et de l'exécution des marchés publics est représenté par la règle du forfait. Cela signifie que le paiement du marché consiste en un prix fixe, convenu lors de la conclusion du marché. Cependant, pour certains marchés, il n'est guère possible de fixer les prix dans le contrat. Il en est ainsi pour les travaux ou services complexes ou d'une technique nouvelle, présentant des aléas importants qui rendent impossible de déterminer au moment de la conclusion du marché les prix unitaires ou forfaitaires ainsi que les quantités présumées ou forfaitaires.

Publicité

La Cour des comptes propose qu'à l'image des dispositions communautaires en la matière, les procédures d'exception soient soumises à l'obligation de publicité et qu'elles se limitent impérativement aux marchés de travaux et de services. Il n'est en effet ni nécessaire ni recommandable d'étendre le champ d'application de cette condition d'exception aux marchés de fournitures, alors qu'en principe rien ne devrait s'opposer à une fixation préalable et globale des prix de fournitures.

Au cas où la Chambre des Députés suivrait la proposition de la Cour des comptes, le point 1) d) de l'article sous avis devrait être intégré à l'article 8 du texte proposé par la Cour des comptes et serait à libeller comme suit:

Proposition de texte

«Art. 8. Il peut être recouru soit à la soumission restreinte avec publication préalable, soit au marché négocié avec publication préalable dans les cas suivants:

(...)

2) dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux ou de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix.»

Raisons techniques, artistiques et scientifiques

L'article sous avis dispose en son point 1) sub e) que les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir soit à la soumission restreinte sans publication d'avis, soit au marché négocié *«pour des travaux, fournitures et services dont l'exécution, pour des raisons techniques, artistiques, scientifiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, ne peut être confiée qu'à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire déterminé»*.

Cette hypothèse d'exception vise les cas de monopole dits de droit ou de fait.

Monopole de droit

La Cour des comptes tient à relever que dans le cadre d'un monopole de droit, le pouvoir adjudicateur doit non seulement fournir la preuve des droits d'exclusivité allégués, mais encore faut-il que les prestations demandées ne puissent être fournies que par un entrepreneur ou un fournisseur déterminé, vu l'absence de concurrence sur le marché.

Monopole de fait

Pour ce qui est du monopole de fait, les pouvoirs adjudicateurs disposent d'une marge d'appréciation considérable. L'exemple classique est le motif de l'expérience acquise et de la connaissance privilégiée, jugée sans rivale par le pouvoir adjudicateur. La seule satisfaction du pouvoir adjudicateur au regard de la bonne exécution dans le passé de marchés analogues s'avère cependant insuffisante pour recourir aux procédures d'exception. Effectivement, la dérogation au principe de l'adjudication publique ne se justifie que s'il est notoire qu'une seule entreprise déterminée est apte à réaliser la prestation demandée.

Architectes et ingénieurs-conseils

Quant aux prestations des architectes et des ingénieurs-conseils qui sont également visées par cette disposition, la Cour des comptes entend rappeler l'avis de la Chambre des comptes émis en 1971 sur le projet de loi concernant les marchés publics, et qui garde toute son actualité: *«Eu égard aux montants très élevés des honoraires lors de la construction de grands bâtiments, la Chambre des comptes estime que l'intérêt du Trésor exige la mise en jeu d'une certaine concurrence en ce qui concerne les travaux d'architecte (...). Les barèmes et tarifs établis unilatéralement par les associations des intéressés eux-mêmes ne sauraient s'y opposer.»*

Sous réserve des observations qui précèdent, la Cour des comptes suggère à la Chambre des Députés d'adopter la disposition sous examen dans sa teneur actuelle et de l'intégrer en tant que point 1) c) à l'article 9 du texte proposé par la Cour des comptes.

Urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles

Les dispositions du point 1) sub f) de l'article sous examen prévoient que les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir soit à la soumission restreinte sans publication d'avis, soit au marché négocié *«dans la mesure du strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résulte d'événements imprévisibles. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs»*.

Impossibilité de respecter les délais

Afin d'aligner cette disposition aux textes analogues relatifs aux marchés publics qui égalent ou dépassent les seuils européens, la Cour des comptes propose de compléter le texte sous rubrique comme suit: *«(...) lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles ne permet pas de respecter les délais exigés par les autres procédures(...)*» Le commentaire des articles restant une fois de plus muet à ce sujet, la Cour des comptes ne voit aucune raison qui justifierait cette omission au livre Ier.

La Cour des comptes tient en outre à préciser que les critères d'application (urgence impérieuse, événement imprévisible, impossibilité de respecter les délais prévus pour les autres procédures) doivent être remplis cumulativement lors du recours aux procédures d'exception. Par ailleurs, il échet de ne pas confondre la notion «d'imprévisible» avec celle «d'imprévu». Est imprévisible ce qui ne peut pas être prévu. Est par contre imprévu ce qui n'a pas été prévu.

La Cour des comptes propose d'écrire:

Proposition de texte

«Art. 9. Il peut être recouru soit à la soumission restreinte sans publication préalable, soit au marché négocié sans publication préalable dans les cas suivants:

1) (...)

d) dans la mesure du strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles ne permet pas de respecter les délais exigés par les autres procédures. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs;»

Travaux et services complémentaires

Aux termes du point 1) g) du présent article, les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir soit à la soumission restreinte sans publication d'avis, soit au marché négocié pour les travaux et services complémentaires ne figurant pas au projet initial, mais qui, à la suite d'une circonstance imprévue, sont devenus nécessaires à l'exécution de l'ouvrage ou du service, à condition que l'attribution soit faite à l'entrepreneur qui exécute ledit ouvrage ou au prestataire qui exécute ledit service:

- lorsque ces travaux et services ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénients majeurs pour les pouvoirs adjudicateurs,
- ou lorsque ces travaux et services, quoique séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.

Toutefois, la valeur cumulée estimée des marchés passés pour les travaux et services complémentaires ne peut pas être supérieure à trente pour cent de la valeur du marché principal.

Circonstance imprévisible

La Cour des comptes estime indispensable de remplacer la notion «circonstance imprévue» par celle de «circonstance imprévisible». Le recours aux procédures d'exception doit être lié à l'exigence que les travaux et services complémentaires sont devenus nécessaires à la suite d'une circonstance qui ne pouvait pas être prévue, c'est-à-dire indépendamment de la volonté du pouvoir adjudicateur et de celle de l'adjudicataire. Vouloir autoriser le recours aux procédures d'exception dans tous les cas de travaux et de services complémentaires devenus nécessaires à la suite d'une circonstance qui n'a simplement pas été prévue, soit involontairement soit intentionnellement, contient le risque d'un usage abusif de la disposition d'exception sous examen.

Dès lors, la Cour des comptes se prononce en faveur du libellé suivant:

Proposition de texte

«Art. 9. Il peut être recouru soit à la soumission restreinte sans publication préalable, soit au marché négocié sans publication préalable dans les cas suivants:

1) (...)

e) pour les travaux complémentaires ne figurant pas au projet initialement adjudgé et pour les services complémentaires ne figurant pas dans le projet initialement envisagé ou dans le premier contrat conclu, mais qui, à la suite d'une circonstance imprévisible, sont devenus nécessaires à l'exécution de l'ouvrage ou du service (...);»

Fournitures complémentaires

Les dispositions du point 1) h) de l'article sous avis stipulent que les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir soit à la soumission restreinte sans publication d'avis, soit au marché négocié «pour les fournitures complémentaires effectuées par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le

pouvoir adjudicateur d'acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées.

La Cour des comptes n'a pas de remarques particulières à formuler en ce qui concerne le contenu de cette hypothèse d'exception, sauf qu'il échet d'écrire *«pour les fournitures complémentaires à effectuer par le fournisseur initial»* en lieu et place de *«pour les fournitures complémentaires effectuées par le fournisseur initial»* si on veut éviter que les marchés se rapportant à des fournitures complémentaires soient à l'avenir systématiquement conclus «ex post».

Il est proposé de faire figurer la disposition sous rubrique à l'article 9 sous 1) f) du texte proposé par la Cour des comptes.

Capacités techniques ou commerciales particulières

L'article sous rubrique dispose en son point 1) sub i) que les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir soit à la soumission restreinte sans publication d'avis, soit au marché négocié *«lorsqu'il s'agit de travaux, fournitures et services dont le caractère spécial exige de la part des concurrents des capacités techniques ou commerciales particulières et qui ne sauraient être exécutés d'une manière satisfaisante que par un nombre restreint d'entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires».*

Double emploi

La Cour des comptes propose de supprimer cette hypothèse d'exception. En effet, si les travaux, fournitures ou services à caractère spécial peuvent être exécutés de manière satisfaisante par un nombre restreint d'entrepreneurs, de fournisseurs ou de prestataires, rien ne s'oppose à ce que le pouvoir adjudicateur procède par voie de soumission publique.

Au cas où le pouvoir adjudicateur se trouverait à la suite de ce recours à la soumission publique en présence d'offres non conformes ou inacceptables, voire d'aucune offre, il lui serait loisible de recourir aux procédures d'exception en vertu du point 1) b) de l'article sous examen (point 1) b) de l'article 9 selon la Cour des comptes).

Si les prestations ne peuvent par contre être confiées qu'à un seul entrepreneur déterminé, la disposition sous rubrique fait double emploi avec celle dont question à l'article 7. 1) e) (article 9. 1) c) selon la Cour des comptes).

Prix soustraits à la concurrence

Aux termes du point 1) j) du présent article, les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir soit à la soumission restreinte sans publication d'avis, soit au marché négocié *«lorsqu'il s'agit de travaux, fournitures et services dont les prix sont en fait soustraits au jeu normal de la concurrence ou s'il s'agit de services rémunérés suivant un barème officiel».*

Au vu des arguments développés lors de l'examen du point 1) e) de l'article sous avis (point 1) c) de l'article 9 selon la Cour des comptes), la Cour des comptes propose à la Chambre des Députés de supprimer cette disposition d'exception. Il convient de noter que, d'une part, elle fait double emploi avec le point 1) e) de l'article sous rubrique et que, d'autre part, elle risque de compromettre la nature profonde des principes régissant la passation et l'exécution des marchés publics en qualifiant d'officiel des barèmes et tarifs établis jusqu'à présent unilatéralement par les associations professionnelles concernées ou par le pouvoir adjudicateur en absence d'une base légale.

Concours

Le concours de projets constitue une procédure spécifique permettant à un pouvoir adjudicateur d'acquérir, principalement dans le domaine de l'architecture ou de l'ingénierie, un plan ou un projet sur la base d'un choix effectué par un jury après mise en concurrence avec ou sans attribution de primes.

Bien que la notion de concours ait été reprise dans les définitions énumérées à l'article 3 du texte proposé par le Conseil d'Etat, il a été omis de régler la procédure applicable en matière de passation d'un marché qui fait suite à un concours. C'est pourquoi la Cour des comptes suggère de compléter le dispositif des hypothèses d'exception par le texte suivant:

Proposition de texte

«Art. 9. Il peut être recouru soit à la soumission restreinte sans publication préalable, soit au marché négocié sans publication préalable dans les cas suivants:

1) (...)

g) lorsque le marché considéré fait suite à un concours et doit, conformément aux règles applicables, être attribué au lauréat ou à un des lauréats de ce concours. Dans ce dernier cas, tous les lauréats doivent être invités à participer aux négociations;»

Armée

L'article sous rubrique dispose en son point 1) sub k) que les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir soit à la soumission restreinte sans publication d'avis, soit au marché négocié pour les marchés de l'Armée si le secret militaire l'exige, pour les besoins d'une standardisation des matériels et équipements de campagne, pour les travaux, fournitures et services occasionnés par le déplacement et le séjour d'unités militaires à l'étranger, pour l'acquisition de denrées alimentaires périssables lors de séjours à l'étranger et pour les fournitures d'effets d'habillement et d'équipement militaire destinés à être revendus au cadre.

La Cour des comptes n'a pas de remarques particulières à formuler en ce qui concerne le contenu de cette disposition et suggère de la reprendre sous le point 1) h) de l'article 9 (texte proposé par la Cour des comptes).

Services de secours

Finalement, le point 2) de l'article sous examen stipule que les pouvoirs adjudicateurs compétents pour les services de secours peuvent procéder par marché négocié pour les besoins de standardisation des équipements et du matériel d'intervention ainsi que des effets personnels de protection et de sécurité des membres des unités d'intervention.

La Cour des comptes se demande pourquoi cette disposition n'est pas applicable au corps de la Police grand-ducale. Au cas où la Chambre des Députés jugerait utile d'élargir cette hypothèse d'exception à la Police grand-ducale, il conviendrait de la libeller comme suit:

«Art. 9. Il peut avoir recouru soit à la soumission restreinte sans publication préalable, soit au marché négocié sans publication préalable dans les cas suivants:

1) (...)

2) De même, les pouvoirs adjudicateurs compétents pour la Police grand-ducale et les services de secours peuvent procéder par marché négocié pour les besoins de standardisation des équipements et du matériel d'intervention ainsi que des effets personnels de protection et de sécurité des membres des unités d'intervention»

Le tableau ci-après reprend à titre récapitulatif les différents seuils et procédures tels que proposés par la Cour des comptes:

Seuils et procédures

Soumission restreinte ou marché négocié <i>sans</i> publication préalable (Art. 9.)	«Petits marchés»		
Soumission restreinte ou marché négocié <i>sans</i> publication préalable (Art. 9.)		Exceptions sur décision motivée	
Soumission restreinte ou marché négocié <i>avec</i> publication préalable (Art. 8.)	Exceptions sur décision motivée		
Soumission restreinte <i>avec</i> publication préalable (Art. 7.)		Marchés de <i>travaux</i> dépassant un certain seuil	
Soumission publique (Art. 6.)	Règle générale		
<i>Montants en Euros Indice 100</i>	6.000,-	125.000,-	625.000,-
<i>Montants en Euros Indice 576,43</i>	34.586,-	720.538,-	3.602.688,-
<i>Montants en LUF Indice 576,43</i>	1.395.196,-	29.066.431,-	145.332.074,-

3.8 Concernant l'article 8 (article 10 selon la Cour des comptes):

L'article sous examen accentue la responsabilité individuelle des membres du Gouvernement au détriment de la responsabilité collective actuellement de mise à l'occasion du recours à d'autres procédures que celle de l'adjudication publique.

Responsabilité des ministres

La Cour des comptes estime qu'il s'agit ici du prolongement tant de l'esprit que du texte de la loi du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat, qui dispose notamment en son article 22, paragraphes (2) et (3): «*L'ordonnateur engage, liquide et ordonnance sous sa responsabilité les dépenses à charge des crédits budgétaires mis à sa disposition.*» (...) «*Ont la compétence d'ordonnateur, pour les dépenses et les recettes relevant de leur département, les membres du Gouvernement (...)*»

La Cour des comptes ne voudrait cependant pas passer sous silence que l'engagement politique collectif, qui s'ensuit actuellement d'une délibération motivée du Gouvernement en Conseil de déroger à la règle générale, a comme effet bénéfique une certaine discipline en matière de respect de la réglementation sur les marchés publics. Cette constatation vaut notamment pour les autorisations données «*ex post*» de conclure un marché public, soit après la passation de la commande, soit même après que les travaux, fournitures et services aient été effectués.

Il est ainsi renvoyé à la possibilité de prévoir, par analogie à la législation belge, une délibération motivée du Gouvernement en Conseil dès lors que le recours à la soumission restreinte ou au marché négocié sans publication préalable dépasse un certain seuil. Si la Chambre des Députés suivait cette voie, une disposition appropriée serait à ajouter à l'article sous examen.

Organes habilités

Une deuxième remarque s'impose à l'égard de l'article sous rubrique: Si la proposition d'étendre le champ d'application «ratione personae» était adoptée, les dispositions de l'article sous examen devraient être formulées de manière à englober tous les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 2 ci-devant.

En effet, l'autonomie et la prépondérance du pouvoir législatif excluent toute subordination de la Chambre des députés à la compétence ministérielle organisée par l'article 8.

Il en est de même pour les organismes de droit public, qui doivent pouvoir contracter leurs marchés sans l'intervention de leur département ministériel de tutelle.

La Cour des comptes propose la teneur suivante:

Proposition de texte

«Art. 10. Sauf dans le cas visé sous le point 1) a) de l'article 9, le recours à la soumission restreinte ou au marché négocié est déterminé par une décision motivée de l'organe habilité à engager le pouvoir adjudicateur respectif en vertu de dispositions légales, réglementaires ou statutaires.»

3.9 Concernant l'article 9 (article 11 selon la Cour des comptes):

La Cour des comptes comprend que les marchés publics de travaux et de fournitures doivent pouvoir être conclus soit par entreprise générale, globale ou partielle, soit par professions ou par lots. Elle estime cependant qu'il n'est pas nécessaire ni opportun de procéder également de la sorte lors de la conclusion de marchés publics de services.

Aussi, propose-t-elle de libeller l'article sous examen comme suit:

Proposition de texte

«Art. 11. Les marchés publics de travaux et de fournitures peuvent être conclus, soit par entreprise générale, globale ou partielle, soit par professions ou par lots.»

Le libellé du chapitre IV est à adapter en conséquence: *«Modes de passation des marchés publics de travaux»*.

3.10 Concernant l'article 10 (article 4 selon la Cour des comptes):

Principe de non-discrimination

L'article sous rubrique traite du principe de non-discrimination. S'agissant d'une, sinon de la règle fondamentale qui est à la base de tout dispositif légal sur les marchés publics, la Cour des comptes suggère d'insérer cet article sous un nouveau titre libellé «Titre II. Principe» à la suite de l'article 3. En effet, il ne s'agit en l'occurrence point d'une disposition procédurale.

3.11 Concernant l'article 11 (article 12 selon la Cour des comptes):

L'exposé des motifs du projet de loi sous avis note en relation avec les dispositions de l'article sous examen: *«Le principe de la mise en concurrence et celui de la bonne gestion budgétaire a comme conséquence que la meilleure offre soit retenue. Si le pouvoir adjudicateur énonce de façon précise la qualité de l'ouvrage, de la fourniture ou du service faisant l'objet du marché, l'offre la plus adéquate peut être celle du meilleur disant. Il subsiste toutefois une autre alternative consistant à permettre au pouvoir adjudicateur de ne pas choisir l'offre conforme la moins chère, mais d'adjuger au profit du soumissionnaire le mieux disant, c'est-à-dire au profit de celui qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, à choisir parmi les 3 offres les moins chères sur base de critères objectifs de nature financière, économique et technique.»*

Mieux disant = meilleure offre

En effet, un recours systématique au meilleur disant prive les candidats plus performants de l'avantage attaché à leurs références supérieures et les expose à une concurrence accrue de la part d'entreprises pratiquant des prix spéculatifs, ce qui ne sert -du moins à moyen et long terme- en rien les intérêts du Trésor.

Décision motivée

La Cour des comptes ne peut qu'encourager les pouvoirs adjudicateurs de conclure davantage leurs marchés avec l'adjudicataire le mieux disant, à condition cependant que leur décision soit suffisamment et objectivement motivée. En 1998, le tribunal administratif jugeait à cet égard: *«Faute de justifier en quoi l'offre la moins disante est économiquement moins avantageuse que les deux autres parmi les trois les moins chères, le pouvoir adjudicateur ne justifie pas légalement sa décision d'adjudication.»*

3.12 Concernant l'article 12 (article 13 selon la Cour des comptes):

Principe de l'annualité

L'article sous examen traduit le principe budgétaire classique de l'annualité qui trouve son assise constitutionnelle à l'article 99, qui dispose entre autres: *«(...) Aucune charge grevant le budget de l'Etat pour plus d'un exercice ne peut être établie que par une loi spéciale. (...)»* Le principe de l'annualité doit, dans l'esprit de la séparation des pouvoirs, permettre à la Chambre des Députés d'exercer un contrôle régulier sur -et, le cas échéant, de sanctionner- la politique du Gouvernement qui s'exprime en engagements chiffrés.

Durée des marchés

Conformément à la règle de l'annualité, l'article sous rubrique dispose donc qu'en principe les marchés publics ne peuvent être conclus pour un terme dépassant l'exercice budgétaire.

L'évolution économique et technique a cependant fait apparaître que soit la nature du contrat, soit l'importance et la spécialité des prestations peuvent imposer une durée de réalisation des marchés supérieure à celle de l'exercice budgétaire.

Dérogations au principe

En 1972, l'exposé des motifs du projet de loi concernant les marchés publics concédait à l'égard de cette problématique: *«Il s'agit donc en l'occurrence de décisions graves d'ordre budgétaire: marchés importants ou spéciaux dont la durée dépasse celle du budget, c'est-à-dire l'autorisation de dépense donnée par le pouvoir législatif, et -ce qui plus est- dont la*

durée peut même dépasser la période de législature. Aussi faut-il admettre que (...) le législateur de 1936 a entendu engager pour une telle décision non pas la responsabilité individuelle des Membres du Gouvernement, mais la responsabilité collective du Conseil de Gouvernement. Par conséquent, ces décisions doivent incomber à l'action collective du Gouvernement en Conseil et faire l'objet d'arrêtés motivés du Conseil. Etant donné, par ailleurs, que ces décisions ont pour effet de grever l'équilibre budgétaire des exercices subséquents, elles ne doivent pouvoir être prises que sur l'avis du Ministre des Finances.»

Législation actuelle

L'article 37 de la loi modifiée du 27 juillet 1936 concernant la comptabilité de l'Etat dispose ainsi depuis 1974 que -sauf s'il s'agit de baux de location ou d'entretien- les membres du Gouvernement ne peuvent contracter pour un terme dépassant trois exercices, y non compris celui au cours duquel les contrats sont passés. La nécessité de l'importance ou de la spécialité des prestations est constatée par une délibération motivée du Conseil de Gouvernement, le ministre des Finances entendu en son avis.

La Cour des comptes ne peut qu'exprimer sa stupéfaction à l'égard des intentions des auteurs du projet de loi sous avis de simplement supprimer tout d'abord la durée maximum des marchés et ensuite l'obligation d'une délibération motivée du Conseil de Gouvernement pour constater l'importance ou la spécialité des travaux, fournitures ou services.

Ouverture projetée

Le commentaire des articles se limite à un constat qui tient dans une seule phrase: *«Les marchés importants ou spéciaux ne sont plus limités dans leur durée.»* Il ne souffle mot ni de l'abrogation projetée de l'arrêt motivé du Gouvernement en Conseil ainsi que de l'avis obligatoire du ministre des Finances, ni d'ailleurs des répercussions considérables qu'une telle modification de texte entraînerait tant au niveau des principes fondamentaux de la démocratie parlementaire qu'à celui de la gestion judicieuse des deniers publics. En effet, une telle façon de procéder anéantirait à moyen terme tout effort d'un suivi soigné et centralisé des encours financiers et risquerait partant de porter préjudice aux intérêts du Trésor.

Bureaux d'études

Dans ce contexte, il échet de relever à titre d'exemple que ledit article 37 a jusqu'à présent permis à la Cour des comptes d'insister auprès des départements ministériels à ce que le recours à des prestations de service -notamment dans le cadre de contrats d'assistance technique voire scientifique- soit limité dans le temps et à des objets précis afin d'éviter que la mise à la disposition par des bureaux d'études de personnel au profit de l'Administration centrale n'acquière un caractère permanent, auquel cas il serait notamment porté atteinte aux dispositions légales dites *numerus clausus* qui règlent les conditions de recrutement de personnel au service de l'Etat.

Par contre, en cas d'adoption par le législateur des dispositions projetées, un membre du Gouvernement pourrait parfaitement recourir à des contrats d'assistance technique conclus pour une durée indéterminée. La Cour des comptes se permet de rappeler à cet égard le rapport parlementaire N° 4417 du 26 mars 1998: *«La commission constate que l'Etat recourt dans certains cas à des bureaux d'études qui assurent des prestations de service pour le compte de l'Etat. Cette pratique est parfaitement concevable et ne soulève pas de problème lorsque la mission conférée au bureau d'étude se limite à des objets précis, temporaires ou occasionnels. Toutefois, (...) la commission a déjà eu l'occasion de montrer les problèmes engendrés par un recours à ce procédé, lorsque l'objet du contrat se réfère à des tâches ayant*

ab initio ou ayant acquis au fil du temps un caractère permanent. La commission souhaite qu'une analyse périodique soit faite afin de déterminer si certaines de ces missions exécutées par des organismes privés ne devraient pas rentrer dans le champ d'activité de l'Etat-patron. La commission doit également constater qu'au sens strict ce cas de figure procède d'une interprétation très extensive de la législation sur les marchés. C'est pourquoi la commission souhaite la création d'un instrumentaire législatif réglant le recours aux bureaux d'études en fixant clairement les cas d'ouverture de ce procédé»

Dispositif légal adapté

La Cour des comptes est bien consciente que l'évolution technique et économique ainsi que les missions de plus en plus complexes que l'Etat moderne est appelé à assumer nécessitent un dispositif légal autrement plus sophistiqué. La Cour des comptes ne saurait cependant en aucun cas recommander à la Chambre des Députés d'accepter l'article sous examen qui, dans sa teneur actuelle, n'est pas conforme à l'article 99 de la Constitution.

La Cour des comptes propose à la Chambre des Députés de se déclarer d'accord avec la suppression envisagée de la délibération motivée du Conseil de Gouvernement pour constater la nécessité de l'importance ou de la spécialité des travaux -solution qui se conjugue d'ailleurs avec la formulation nouvelle de l'article 8 (article 10 selon la Cour des comptes)-, mais de maintenir en revanche une durée maximum pour les marchés publics. De l'avis de la Cour des comptes et pour les raisons développées ci-devant, celle-ci ne devrait en aucun cas excéder la durée maximum actuelle, soit trois exercices, y non compris celui au cours duquel les contrats sont passés.

Lorsque, pour un objet déterminé, cette durée maximum s'avère insuffisante, un allongement exceptionnel peut à tout moment être prévu dans une loi spéciale.

Contrats d'entretien

La Cour des comptes tient finalement à relever que l'article sous examen introduit sub a) deux nouvelles notions par rapport à la législation actuellement en vigueur. A côté des baux de location et des contrats d'entretien, le crédit-bail et la location-vente constitueront à l'avenir selon les propositions des auteurs du projet de loi également des dérogations au principe de l'annualité.

Si la location-vente, le crédit-bail et les baux de location ne posent point de problèmes, les contrats d'entretien devraient, en revanche, être limités dans le temps. En effet, les différents cas de figure où peuvent être conclus des contrats d'entretien se sont multipliés ces dernières années. Ceci vaut notamment pour le matériel et les applications informatiques. Des contrats d'entretien conclus pour une durée illimitée dans un domaine aussi dynamique et diversifié que celui de l'informatique ne seraient guère compatibles avec les principes fondamentaux en matière de finances publiques que constituent la bonne gestion financière, l'égalité de traitement des adjudicataires et l'obligation de mise en concurrence.

Eu égard aux considérations développées ci-avant, la Cour des comptes propose de libeller l'article sous examen comme suit:

Proposition de texte

«Art.13. *Les marchés publics ne peuvent être conclus pour un terme dépassant la durée de l'exercice budgétaire, excepté dans l'un ou l'autre des cas suivants:*

- a) lorsqu'il s'agit de marchés publics relatifs à des baux de location, de location-vente ou de crédit-bail;
- b) lorsqu'en raison de l'importance ou de la spécialité des travaux, fournitures ou services, les marchés ne peuvent être réalisés pendant l'exercice où ils sont conclus.

Dans le cas sub b), les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent toutefois contracter pour un terme dépassant trois exercices, y non compris celui au cours duquel les marchés sont passés.»

3.13 Concernant l'article 13 (article 14 selon la Cour des comptes):

L'article sous examen traite des sanctions pénales et des primes d'achèvement que le pouvoir adjudicateur peut faire figurer au cahier des charges. La Cour des comptes se félicite du principe de proportionnalité et du seuil maximum y retenus.

Sanctions pénales

Elle tient à rappeler dans ce contexte que la Cour des comptes belge a de tout temps soutenu qu'en raison du principe de l'égalité de traitement, le pouvoir adjudicateur ne peut favoriser un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services en adoucissant les clauses pécuniaires du contrat, car tous les adjudicataires doivent -après la conclusion du marché- courir les mêmes chances de pertes ou de bénéfices.

3.14 Concernant l'article 14 (article 15 selon la Cour des comptes):

Paiement après service fait et accepté

L'article 14 (article 15 selon la Cour des comptes) traduit un des principes fondamentaux en matière de finances publiques, à savoir celui du paiement après service fait et accepté. Cette règle traditionnelle exclut tout paiement d'avances ou d'acomptes pour les prestations qui font l'objet du marché. Ce n'est d'ailleurs que l'application du principe général, selon lequel «tout paiement suppose une dette», exprimé par l'article 1235 du Code civil.

Dérogations actuelles

Jusqu'à la réforme de la législation sur les marchés publics en 1974, ce principe n'a souffert d'aucune exception. La règle du paiement après service fait et accepté ne saurait cependant être absolue. Au fil du temps, certains aménagements se sont avérés nécessaires au vu de diverses considérations pratiques.

Toujours est-il que la Cour des comptes partage le point de vue des auteurs de la loi de 1974 qui ont été soucieux de préciser à l'exposé des motifs que le texte doit régler «*de manière stricte les conditions de modalités d'allocation et de régularisation des avances, qui restent un mode de paiement exceptionnel*».

Ainsi, la législation actuellement en vigueur dispose que les contrats ne peuvent stipuler des avances que dans les conditions suivantes: le marché à conclure doit avoir un caractère spécial, constaté par un arrêté motivé du ministre compétent, le montant total estimé du marché doit dépasser 25 millions de francs, la somme globale des avances ne peut excéder 25% du montant estimé du marché et le contrat à passer doit fixer des garanties appropriées.

Dérogations projetées

Les auteurs du projet de loi sous avis affirment au commentaire des articles qu'il ne serait de nos jours «*plus approprié de prévoir que le paiement d'avances n'est possible que pour des marchés dépassant 25 millions de LUF. Même pour des marchés inférieurs à ce montant, le*

paiement d'avances devra être possible pour permettre à l'adjudicateur de s'équiper et d'installer son chantier.»

Si la Cour des comptes peut comprendre les arguments avancés par les auteurs du projet de loi sous avis, elle estime cependant que dans le texte projeté les conditions et limites à l'octroi des avances ne sont plus suffisamment explicites. Il y a lieu de craindre que le paiement des avances se généralise au détriment du principe traditionnel.

Ainsi, l'article sous examen reste en défaut de préciser qui doit constater les «cas dûment justifiés». Par ailleurs, tant le seuil des 25 millions de francs que la nécessité du caractère spécial du marché n'ont plus été repris.

La Cour des comptes propose partant de maintenir le seuil actuellement en vigueur et de déterminer l'organe compétent pour constater les cas dûment justifiés. Il convient en outre d'adapter la dénomination des pouvoirs adjudicateurs au vu des modifications proposées aux articles 2 et 8 ci-devant (articles 2 et 10 selon la Cour des comptes).

Proposition de texte

«Art. 15. Pour les marchés publics, aucune avance ni aucun acompte à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services ne peut avoir lieu que pour des travaux, fournitures ou services faits et acceptés.

Toutefois, les contrats relatifs à ces marchés peuvent stipuler des avances, à titre de provision, dans les conditions suivantes:

- a) dans des cas dûment justifiés, constatés par une décision motivée de l'organe habilité à engager le pouvoir adjudicateur respectif;*
- b) la valeur totale du contrat doit atteindre ou dépasser une somme à fixer par règlement grand-ducal, sans que cette somme puisse être inférieure à 620.000 euros;*
- c) le montant de l'avance à concéder pour un même contrat ne peut excéder vingt cinq pour cent de la valeur totale du contrat;*
- d) le contrat à passer doit fixer des garanties appropriées.*

Exceptionnellement, il peut être dérogé aux limites fixées sub b) et c) de l'alinéa précédent par décision motivée du pouvoir adjudicateur, pour les marchés publics de l'Administration centrale, le ministre ayant le Budget dans ses attributions entendu dans son avis, sans que cependant les avances puissent excéder quarante pour cent du montant estimé du marché.»

3.15 Concernant l'article 15 (article 16 selon la Cour des comptes):

Tandis que les auteurs du projet de loi sous avis ont voulu reproduire dans la présente loi l'obligation de transmission à la Chambre des Députés d'un décompte pour tous les ouvrages d'une certaine envergure, introduite par la loi budgétaire du 20 décembre 1982 et reconduite depuis lors d'année en année, le Conseil d'Etat a pour sa part jugé utile qu'un décompte soit établi pour tous les marchés publics.

Décomptes > 6.000 euros

La Cour des comptes estime cependant que cette exigence peut parfaitement se limiter aux marchés dont les valeurs dépassent le seuil pour déterminer les marchés dits de faible importance (6.000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation, selon la proposition de la Cour des comptes).

Aussi, la Cour de comptes suggère-t-elle de rédiger le paragraphe (1) de l'article 15 (article 16 selon la Cour des comptes) comme suit:

Proposition de texte

«Art. 16. (1) Pour tous les marchés publics dont la valeur dépasse 6.000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation, le pouvoir adjudicateur établit, après la réception de la totalité du marché, un décompte final comportant comparaison, le cas échéant par corps de métier, du devis, du prix convenu et du coût final.»

3.16 Concernant l'article 16 (article 17 selon la Cour des comptes):

Il convient de remplacer au paragraphe (3) de l'article sous examen les termes «à une soumission restreinte sans publication d'avis ou à un marché négocié» par celles de «à une soumission restreinte sans publication préalable ou à un marché négocié sans publication préalable».

3.17 Concernant l'article 17 (article 18 selon la Cour des comptes):

Eu égard aux définitions proposées par la Cour des comptes à l'article 2 du projet de loi sous avis, la Cour des comptes suggère de libeller l'article sous examen comme suit:

Proposition de texte

«Art. 18. Pour tous les marchés publics relevant de l'Administration centrale, relatifs à un ouvrage dont le coût dépasse le montant de 7.500.000 euros, le décompte établi suivant les dispositions de l'article 16, est transmis au ministre ayant dans ses attributions le Budget, ainsi qu'à la Chambre des députés dans un délai ne dépassant pas un an à compter de la réception de la totalité de l'ouvrage.»

3.18 Concernant l'article 18 (article 19 selon la Cour des comptes):

Suite aux modifications apportées aux articles 2 et 3 du projet de loi sous rubrique, l'article 18 (19 selon la Cour des comptes) se lit comme suit:

Proposition de texte

«Art. 19. Doit être visé par le ministre ayant dans ses attributions le Budget le recours à la soumission restreinte sans publication préalable ou au marché négocié sans publication préalable par les pouvoirs adjudicateurs de l'Administration centrale qui ne sont pas soumis au contrôle du contrôleur financier prévu par la loi du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat.»

3.19 Concernant l'article 19 (article 20 selon la Cour des comptes):

La Cour des comptes n'entend pas formuler d'observations à l'égard de cet article.

3.19 Concernant les articles 20 et 21 (articles 21 et 22 selon la Cour des comptes):

La Cour des comptes n'a pas de remarques particulières à formuler en ce qui concerne le contenu de ces articles.

4.

Texte proposé par la Cour des comptes

Suit le texte du livre Ier du projet de loi sur les marchés publics tel que proposé par la Cour des comptes:

LIVRE I. DISPOSITIONS GENERALES

TITRE I. CHAMP D'APPLICATION ET DEFINITIONS

CHAPITRE I.- CHAMP D'APPLICATION

Art. 1^{er}. Sans préjudice des dispositions spécifiques prévues aux livres II et III, les dispositions du présent livre s'appliquent à tous les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs.

CHAPITRE II.- DEFINITIONS

Art. 2. Par «pouvoir adjudicateur», on entend les pouvoirs publics et les entités assimilées, à savoir:

- 1) les organes, administrations et services de l'Etat;
- 2) les collectivités territoriales;
- 3) les organismes de droit public entendus comme tout organisme
 - créé pour satisfaire spécifiquement aux besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial
 - et
 - doté d'une personnalité juridique
 - et
 - dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.
- 4) les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités territoriales ou de ces organismes de droit public.

Art. 3. On entend par:

- 1) «marchés publics»: des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de services et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur et ayant comme objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation d'un service;
- 2) «marchés publics de travaux»: des marchés publics ayant comme objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux de bâtiment ou de génie civil relatifs à une des activités visées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. Ces marchés peuvent comporter, en outre, les fournitures et les services nécessaires à leur exécution;

- 3) «marchés publics de fournitures»: des marchés publics ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente avec ou sans option d'achat, de produits. La fourniture de produits peut comporter, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation;
- 4) «marchés publics de services»: des marchés ayant tout autre objet que ceux visés aux paragraphes (2) et (3);
- 5) «ouvrage»: le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique;
- 6) «concession de travaux publics»: un contrat présentant les mêmes caractères que ceux visés au point 2), à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix;
- 7) «accord-cadre»: un accord entre un pouvoir adjudicateur et un ou plusieurs fournisseurs, entrepreneurs ou prestataires de services et qui a pour objet de fixer les termes, notamment en matière de prix et, le cas échéant, de quantités envisagées, de marchés à passer au cours d'une période donnée;
- 8) «soumissionnaire»: le fournisseur, l'entrepreneur ou le prestataire de services qui présente une offre;
- 9) «candidat»: celui qui sollicite une invitation à participer à une soumission restreinte avec présélection ou à un marché négocié;
- 10) «prestataire de service»: toute personne physique ou morale, y compris un organisme public, qui offre des services;
- 11) «soumission publique»: la procédure dans laquelle tout entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services peut présenter une offre suite à la publication officielle d'un avis d'adjudication de marché;
- 12) «soumission restreinte avec publication préalable» et «soumission restreinte avec présélection»: la procédure qui consiste à adresser une demande d'offre aux candidats sélectionnés suite à la publication officielle d'un avis d'adjudication de marché qui reprend les critères d'après lesquels les candidats seront sélectionnés;
- 13) «soumission restreinte sans publication préalable»: la procédure dans laquelle seuls les entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre, le nombre minimum de candidats invités à soumissionner devant être de trois;
- 14) «marché négocié avec publication préalable»: la procédure dans laquelle les pouvoirs adjudicateurs consultent, suite à la publication officielle d'un avis d'adjudication de marché, les entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux;
- 15) «marché négocié sans publication préalable»: la procédure dans laquelle les pouvoirs adjudicateurs consultent les entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux;
- 16) «concours»: la procédure qui permet au pouvoir adjudicateur d'acquérir principalement dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, un plan ou un projet qui est choisi par un jury après mise en concurrence avec ou sans attribution de primes;
- 17) «spécifications techniques»: les exigences techniques contenues notamment dans les cahiers des charges, définissant les caractéristiques requises d'un travail, d'un matériau, d'un produit, d'une fourniture ou d'un service et permettant de caractériser objectivement un travail, un matériau, un produit, une fourniture ou un service de manière telle qu'ils répondent à l'usage auquel ils sont destinés par l'entité adjudicatrice. Ces prescriptions techniques incluent les niveaux de qualité ou de propriété d'emploi, la sécurité, les dimensions ainsi que les prescriptions applicables au matériau, au produit, à la fourniture ou au service en ce qui concerne le système d'assurance de la qualité, la terminologie, les symboles, les essais et

méthodes d'essai, l'emballage, le marquage et l'étiquetage. Lorsqu'il s'agit de travaux, elles incluent les règles pour la conception et le calcul des coûts, des conditions d'essais, de contrôle et de réception des ouvrages ainsi que les techniques ou méthodes de construction et toutes les autres conditions de caractère technique que l'entité adjudicatrice est à même de prescrire sur la base d'une réglementation générale ou particulière en ce qui concerne les ouvrages et en ce qui concerne les matériaux ou les éléments constituant ces ouvrages;

18) «norme»: la spécification technique approuvée par un organisme reconnu à activité normative, pour application répétée ou continue, dont le respect n'est, en principe, pas obligatoire;

19) «norme européenne»: la norme approuvée par le Comité européen de normalisation (CEN) ou par le Comité européen de normalisation électrotechnique (Cenelec) en tant que «norme européenne (EN)» ou «document d'harmonisation (HD)», conformément aux règles communes de ces organismes, ou par l'Institut européen de normes de télécommunications (ETSI), conformément à ses propres règles, en tant que norme européenne de télécommunications (ETS);

20) «spécification technique commune»: la spécification technique élaborée selon une procédure qui est reconnue par les Etats membres en vue d'en assurer l'application uniforme dans tous les Etats membres et qui aura fait l'objet d'une publication au Journal officiel des Communautés européennes;

21) «agrément technique européen»: l'appréciation technique favorable de l'aptitude à l'emploi d'un produit, basée sur la satisfaction des exigences essentielles, pour la construction, selon les caractéristiques intrinsèques de ce produit et les conditions établies de mise en œuvre et d'utilisation telles qu'elles sont prévues dans le règlement grand-ducal modifié du 10 août 1992 concernant les produits de construction. L'agrément technique est délivré par l'organisme agréé à cet effet par l'Etat membre;

22) «spécification européenne»: une spécification technique commune, un agrément technique européen ou une norme nationale transposant une norme européenne.

TITRE II. PRINCIPE

Art. 4. Les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre les différents entrepreneurs, les différents fournisseurs ou les différents prestataires.

TITRE III. PROCEDURES

Art. 5. (1) Les procédures applicables en matière de passation de marchés publics sont:

- la soumission publique,
- la soumission restreinte avec ou sans publication préalable,
- le marché négocié avec ou sans publication préalable.

(2) Chaque marché public à passer par soumission publique, par soumission restreinte avec publication préalable ou par marché négocié avec publication préalable est mis en concurrence au moyen d'un avis d'adjudication de marché publié au journal officiel des adjudications.

CHAPITRE I.- SOUMISSION PUBLIQUE

Art. 6. Sans préjudice des dispositions prévues aux livres II et III, les pouvoirs adjudicateurs, en règle générale, passent leurs contrats de travaux, de fournitures et de services par soumission publique.

Ils ne peuvent déroger à la règle générale que dans les cas énumérés aux articles 7 et 8 en recourant à la soumission restreinte avec publication préalable ou au marché négocié avec publication préalable et dans les cas énumérés à l'article 9 en recourant soit à la soumission restreinte sans publication préalable, soit au marché négocié sans publication préalable.

CHAPITRE II.- SOUMISSION RESTREINTE AVEC PUBLICATION PREALABLE ET MARCHE NEGOCIE AVEC PUBLICATION PREALABLE

Art. 7. Il peut être recouru à la procédure de la soumission restreinte avec publication préalable lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux dont, suivant un devis, le montant estimé dépasse la somme de cent vingt-cinq mille euros, valeur au nombre cent de l'indice des prix à la consommation.

En cas de réalisation d'un ouvrage par entreprise générale, ce seuil est de six cent vingt-cinq mille euros, valeur au nombre cent de l'indice des prix à la consommation.

Le montants ci-avant sont à considérer TVA non comprise.

Ces seuils ne sont applicables que pour des travaux relatifs à un ouvrage dont le montant estimé ne dépasse pas le seuil fixé à l'article 23 de la présente loi.

Art. 8. Il peut être recouru soit à la soumission restreinte avec publication préalable, soit au marché négocié avec publication préalable dans les cas suivants:

- 1) pour les travaux et fournitures qui sont réalisés à des fins de recherche, d'expérimentation ou de mise au point;
- 2) dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux ou de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix.

CHAPITRE III.- SOUMISSION RESTREINTE SANS PUBLICATION PREALABLE ET MARCHE NEGOCIE SANS PUBLICATION PREALABLE

Art. 9. Il peut être recouru soit à la soumission restreinte sans publication préalable, soit au marché négocié sans publication préalable dans les cas suivants:

1) a) lorsque le montant total du marché à conclure n'excède pas une somme à déterminer par règlement grand-ducal; cette somme peut varier selon les différents corps de métier en présence, mais sans qu'elle ne puisse dépasser six mille euros, valeur au nombre cent de l'indice des prix à la consommation.

S'il s'agit de dépenses à engager au cours d'une même année et que ces dépenses aient été prévisibles, il devra être tenu compte de l'ensemble des dépenses portant sur des travaux, fournitures et services de nature identique ou similaire commandés à un même entrepreneur, fournisseur ou prestataire;

b) en présence d'offres non conformes ou inacceptables à la suite du recours à une soumission publique ou à une soumission restreinte avec publication préalable ou lorsque aucune offre n'a été déposée, pour autant que la passation du contrat soit urgente; sinon l'exception est applicable sous les mêmes conditions, mais après une seconde soumission publique ou une seconde soumission restreinte avec publication préalable;

c) pour des travaux, fournitures et services dont l'exécution, pour des raisons techniques, artistiques, scientifiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, ne peut être confiée qu'à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire déterminé;

d) dans la mesure du strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles ne permet pas de respecter les délais exigés par les autres procédures. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs;

e) pour les travaux complémentaires ne figurant pas au projet initialement adjudgé et pour les services complémentaires ne figurant pas dans le projet initialement envisagé ou dans le premier contrat conclu, mais qui, à la suite d'une circonstance imprévisible, sont devenus nécessaires à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'entrepreneur qui exécute ledit ouvrage ou au prestataire qui exécute ledit service:

- lorsque ces travaux et services ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénients majeurs pour les pouvoirs adjudicateurs,
- ou lorsque ces travaux et services, quoique séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement,

Toutefois, la valeur cumulée estimée des marchés passés pour les travaux et services complémentaires ne peut pas être supérieure à trente pour cent de la valeur du marché principal;

f) pour les fournitures complémentaires à effectuer par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur d'acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées;

g) lorsque le marché considéré fait suite à un concours et doit, conformément aux règles applicables, être attribué au lauréat ou à un des lauréats de ce concours. Dans ce dernier cas, tous les lauréats doivent être invités à participer aux négociations;

h) pour les marchés de l'Armée:

- si le secret militaire l'exige;
- pour les besoins d'une standardisation des matériels et équipements de campagne;
- pour les travaux, fournitures et services occasionnés par le déplacement et le séjour d'unités militaires à l'étranger;
- pour l'acquisition de denrées alimentaires périssables lors de séjour à l'étranger;
- pour les fournitures d'effets d'habillement et d'équipement militaires destinés à être revendus au cadre.

2) De même, les pouvoirs adjudicateurs compétents pour la Police grand-ducale et les services de secours peuvent procéder par marché négocié pour les besoins de standardisation des équipements et du matériel d'intervention ainsi que des effets personnels de protection et de sécurité des membres des unités d'intervention.

Art. 10. Sauf dans le cas visé sous le point 1) a) de l'article 9, le recours à la soumission restreinte ou au marché négocié est déterminé par une décision motivée de l'organe habilité à engager le pouvoir adjudicateur respectif en vertu de dispositions légales, réglementaires ou statutaires.

CHAPITRE IV.- MODES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS DE TRAVAUX

Art. 11. Les marchés publics de travaux et de fournitures peuvent être conclus, soit par entreprise générale, globale ou partielle, soit par professions ou par lots.

CHAPITRE V.- MODE D'ATTRIBUTION DES MARCHES PUBLICS

Art. 12. Les marchés à conclure par soumission publique ou restreinte sont attribués par décision motivée au concurrent ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, laquelle est choisie parmi les trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas.

CHAPITRE VI.- DUREE DES MARCHES PUBLICS

Art. 13. Les marchés publics ne peuvent être conclus pour un terme dépassant la durée de l'exercice budgétaire, excepté dans l'un ou l'autre des cas suivants:

a) lorsqu'il s'agit de marchés publics relatifs à des baux de location, de location-vente ou de crédit-bail;

b) lorsqu'en raison de l'importance ou de la spécialité des travaux, fournitures ou services, les marchés ne peuvent être réalisés pendant l'exercice où ils sont conclus.

Dans le cas sub b), les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent toutefois contracter pour un terme dépassant trois exercices, y non compris celui au cours duquel les marchés sont passés.

CHAPITRE VII.- SANCTIONS ET PRIMES

Art. 14. (1) Le cahier général des charges à arrêter par règlement grand-ducal peut prévoir des sanctions qui peuvent être prises envers l'adjudicataire qui ne se conformerait pas aux clauses conventionnelles du marché. Ces sanctions consistent en des amendes, des astreintes, la résiliation du marché ainsi qu'en l'exclusion à temps de la participation aux marchés publics. Les sanctions doivent être adaptées à la nature et à l'importance des marchés. L'amende ne peut pas dépasser vingt pour cent du total de l'offre.

(2) Les cahiers des charges peuvent prévoir des primes d'achèvement avant terme pour les marchés publics.

CHAPITRE VIII.- AVANCES

Art. 15. Pour les marchés publics, aucune avance ni aucun acompte à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services ne peut avoir lieu que pour des travaux, fournitures ou services faits et acceptés.

Toutefois, les contrats relatifs à ces marchés peuvent stipuler des avances, à titre de provision, dans les conditions suivantes:

e) dans des cas dûment justifiés, constatés par une décision motivée de l'organe habilité à engager le pouvoir adjudicateur respectif;

f) la valeur totale du contrat doit atteindre ou dépasser une somme à fixer par règlement grand-ducal, sans que cette somme puisse être inférieure à 620.000 euros;

g) le montant de l'avance à concéder pour un même contrat ne peut excéder vingt cinq pour cent de la valeur totale du contrat;

h) le contrat à passer doit fixer des garanties appropriées.

Exceptionnellement, il peut être dérogé aux limites fixées sub b) et c) de l'alinéa précédent par décision motivée du pouvoir adjudicateur, pour les marchés publics de l'Administration centrale, le ministre ayant le Budget dans ses attributions entendu dans son avis, sans que cependant les avances puissent excéder quarante pour cent du montant estimé du marché.

CHAPITRE IX.- DECOMPTES

Art. 16. (1) Pour tous les marchés publics dont la valeur dépasse 6.000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation, le pouvoir adjudicateur établit, après la réception de la totalité du marché, un décompte final, comportant comparaison, le cas échéant par corps de métier, du devis, du prix convenu et du coût final.

(2) En cas de dépassement du devis ou du prix convenu, les hausses légales sont à indiquer séparément.

(3) Une justification est à fournir pour tous les dépassements excédant les hausses légales.

TITRE IV. COMMISSION DES SOUMISSIONS

Art. 17. (1) Il est institué auprès du ministre ayant dans ses attributions les travaux publics une Commission des soumissions.

(2) Cette commission a pour mission:

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

(3) Si un pouvoir adjudicateur se propose de recourir, pour un marché estimé à plus de 25.000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation, à une soumission restreinte sans publication préalable ou à un marché négocié sans publication préalable, il doit au préalable solliciter l'avis de la Commission des soumissions.

(4) Les membres de la commission sont nommés par arrêté du Gouvernement en Conseil.

(5) La commission est assistée d'un service administratif, composé du président de la commission qui en assume la direction, d'un secrétaire général et de secrétaires administratifs.

(6) Les indemnités des membres ainsi que du personnel administratif sont fixées par règlement grand-ducal.

(7) La composition de la commission, son mode de fonctionnement ainsi que celui du service administratif lui joint sont déterminés par règlement grand-ducal.

TITRE V. DISPOSITIONS PARTICULIERES CONCERNANT LES MARCHES PUBLICS CONCLUS PAR LES POUVOIRS ADJUDICATEURS RELEVANT DE L'ETAT OU DES ENTITES ASSIMILEES

CHAPITRE I.- DECOMPTES POUR OUVRAGES IMPORTANTS

Art. 18. Pour tous les marchés publics relevant de l'Administration centrale, relatifs à un ouvrage dont le coût dépasse le montant de 7.500.000 euros, le décompte établi suivant les dispositions de l'article 16, est transmis au ministre ayant dans ses attributions le Budget, ainsi qu'à la Chambre des députés dans un délai ne dépassant pas un an à compter de la réception de la totalité de l'ouvrage.

CHAPITRE II.- DISPOSITION TRANSITOIRE

Art. 19. Doit être visé par le ministre ayant dans ses attributions le Budget le recours à la soumission restreinte sans publication préalable ou au marché négocié sans publication préalable par les pouvoirs adjudicateurs de l'Administration centrale qui ne sont pas soumis au contrôle du contrôleur financier prévu par la loi du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat.

TITRE VI. DISPOSITIONS PARTICULIERES CONCERNANT LES MARCHES PUBLICS DES POUVOIRS ADJUDICATEURS RELEVANT DES COMMUNES OU DES ENTITES ASSIMILEES

CHAPITRE I.- CLAUSE PREFERENTIELLE EN FAVEUR D'UN SOUMISSIONNAIRE LOCAL

Art. 20. Par dérogation aux dispositions prévues à l'article 11, respectivement le collège des bourgmestre et échevins ou l'organe habilité à engager l'établissement public placé sous la surveillance des communes, peut, lorsque le montant total, hors TVA, du marché à conclure n'excède pas douze mille cinq cents euros, valeur au nombre cent de l'indice des prix à la consommation, attribuer le marché à un concurrent résidant dans la commune, même si son offre ne figure pas parmi les trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas, à condition que le prix offert par le concurrent local ne dépasse pas de plus de cinq pour cent celui de l'offre économiquement la plus avantageuse.

CHAPITRE II.- SUSPENSION ET ANNULATION

Art. 21. (1) Le Grand-Duc peut annuler un marché conclu en violation de la présente loi ou de ses règlements d'exécution ou s'il est contraire à l'intérêt général.

L'arrêté d'annulation doit être motivé et indiquer les moyens légaux ou les éléments d'intérêt général qui sont en cause et qu'il s'agit de protéger.

(2) Le ministre de l'Intérieur peut, dans un délai de 8 jours de la communication du dossier, suspendre un marché conclu en violation de la présente loi ou de ses règlements d'exécution ou s'il est contraire à l'intérêt général.

Les motifs de la suspension sont communiqués à l'autorité concernée dans les 5 jours de la suspension.

L'arrêté portant annulation du marché par le Grand-Duc doit intervenir dans les 40 jours à partir de la communication du dossier au ministre de l'Intérieur. Si l'annulation n'intervient pas dans ce délai, la suspension est levée.

TITRE VII. REGLES D'EXECUTION

Art. 22. Les mesures d'exécution du présent livre sont définies par un règlement grand-ducal instituant un cahier général des charges fixant les clauses et conditions générales des marchés publics à conclure par les pouvoirs adjudicateurs.

Des règlements grand-ducaux peuvent instituer des cahiers spéciaux des charges standardisés.

Ainsi délibéré et arrêté par la Cour des comptes en sa séance du 27 octobre 2000.

Le Président de la Cour des comptes

s. Norbert Hiltgen