

Projet de règlement grand-ducal modifiant :

- le règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics modifiant le règlement grand-ducal modifié du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale du 13 décembre 1988,
- le règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988.

Avis du Conseil de la concurrence

N° 2018-AV-06

(14/11/18)

1. Contexte général

Par lettre du 12 septembre 2018, le Conseil de la concurrence (ci-après : « le Conseil ») a été sollicité afin d'émettre un avis sur le projet de règlement grand-ducal modifiant le règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics [...] et le règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics [...] (ci-après « le projet de règlement »).

Aux termes de l'article 29 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après : « la loi du 23 octobre 2011 »), le Conseil détient une mission consultative qui est libellée de la manière suivante :

« Art. 29. Missions consultatives

Le Conseil émet un avis, d'initiative ou à la demande du ministre, sur toute question concernant la concurrence.

Le Conseil est obligatoirement consulté sur tout projet de loi ou de règlement

1) portant modification ou application de la présente loi;

2) instituant un régime nouveau ayant directement pour effet:

a) de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives;

b) d'établir des droits exclusifs dans certaines zones;

c) d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente.

Les dispositions du présent article sont sans préjudice de consultations du Conseil de la concurrence prévue par d'autres lois ou règlements. »

Conformément à sa mission, le Conseil s'en tient à ne soulever que les aspects concernant son champ de compétence.

2. Objet du projet de règlement

Selon l'exposé des motifs, le projet de règlement vise à actualiser le règlement actuel du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics.

En effet, l'adoption par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE et de la directive 2014/25/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE a conduit à la nécessaire réforme de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics et de son règlement grand-ducal d'exécution, aboutissant à la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics et son

règlement grand-ducal d'exécution. Cette loi avait donné lieu à la publication de l'avis 2016-AV-09 du Conseil.¹

L'un des objectifs de ces directives, et de la réforme nationale subséquente, était de simplifier la procédure de passation des marchés publics et d'alléger les contraintes administratives pesant sur les acheteurs publics et les opérateurs économiques. A cette fin, les nouvelles directives comportent un certain nombre de dispositions visant à mettre en place la passation de marchés publics en ligne (*e-procurement*).

Sur le plan national, les moyens électroniques requis par ces nouvelles directives existent déjà à travers le Portail des marchés publics. La dématérialisation de la mise en concurrence et la remise électronique des offres sont actuellement régies par le règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics (« règlement du 27 août 2013 »).

La nouvelle loi sur les marchés publics du 8 avril 2018 et son règlement d'exécution laissent le soin à un règlement grand-ducal de fixer les conditions de l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures de marchés publics. Par ailleurs, l'encadrement de certains aspects de l'utilisation des moyens électroniques dans les marchés publics directement par le nouveau règlement grand-ducal d'exécution de la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics rend nécessaire la suppression de certaines dispositions du règlement grand-ducal du 27 août 2013. Ce règlement doit également être adapté au vu des nouvelles règles posées par le règlement n°910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE (dit « règlement eIDAS »), et le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (dit « règlement général sur la protection des données » ou « GDPR »).

Il doit enfin être adapté aux nouvelles évolutions technologiques du portail des marchés publics afin de couvrir les nouvelles hypothèses rendant nécessaires une inscription préalable au portail par les opérateurs économiques et de viser les registres auxquels ont en conséquence accès les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices. Les autres conditions juridiques, pratiques et techniques de l'utilisation de ce portail sont fixées par voie de règlement ministériel du 2 décembre 2013 instituant les conditions d'utilisation du portail des marchés publics.²

¹ <https://conurrence.public.lu/fr/avis-enquetes/avis/2016/2016-av-09.html>

² <http://data.legilux.public.lu/file/eli-etat-leg-memorial-2013-214-fr-pdf.pdf>

3. Commentaires du Conseil sur le projet de règlement

Recours aux moyens électroniques

Dans son avis 2016-AV-09, le Conseil a souligné la mise en place de mesures liées à l'utilisation de moyens électroniques dans les procédures de passation de marchés publics. Il a noté son approbation pour le recours aux moyens électroniques d'information et de communication notamment dans la mise à disposition des documents de marché, dans les communications entre soumissionnaires et pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices. En particulier, le Conseil approuvait la transmission électronique des offres favorisant la transparence, la sécurité et plus généralement le bon respect des règles d'attribution des marchés. Selon le Conseil, ce recours aux moyens électroniques devrait permettre de prévenir les échanges d'informations entre soumissionnaires.

Le Conseil note que désormais, conformément à l'article 12 du projet de règlement, « [c]n cas de remise électronique des offres ou des demandes de participation, celle-ci est réalisée exclusivement au moyen du portail. Dans ce cas, pour les procédures d'attribution de marchés publics, les dispositions du règlement grand-ducal d'exécution du 8 avril 2018 de la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics s'appliquent à une telle remise, à l'exception des articles relatifs aux modalités de remises des offres sur version papier et aux formalités y relatives à respecter, [...] ». »

Par ailleurs, l'article 14 du projet de règlement dispose que « [l]es offres et les demandes de participation transmises par voie électronique au moyen du portail sont signées par l'opérateur économique, respectivement par son mandataire, conformément aux articles 202 et 247 du règlement grand-ducal d'exécution du 8 avril 2018 de la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics, ainsi qu'au règlement ministériel fixant les conditions d'utilisation du portail des marchés publics, auquel lesdits articles se réfèrent. »

A cet égard, le Conseil constate que l'actuel article 12 du règlement ministériel exige que « L'utilisation du Portail nécessite la possession préalable d'un certificat électronique qualifié, au sens de la loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique. Ce certificat est nécessaire pour vous identifier et signer électroniquement les offres, candidatures et transactions effectuées sur le Portail. Actuellement, pour des raisons techniques, le Portail n'est en mesure d'accepter que les certificats électroniques de type LuxTrust PRIVATE ou LuxTrust PRO. »³

Or, le Conseil ne peut que s'étonner de cette restriction, effective depuis 2013, établie au profit d'un seul opérateur et s'interroge sur sa compatibilité avec les textes applicables.

En effet, conformément au premier paragraphe de l'article 22 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, « [l]es États membres veillent à ce que toutes les communications et tous les échanges d'informations effectués en vertu de la présente directive, et notamment la soumission électronique des offres, soient réalisés par des moyens de communication électroniques, conformément aux exigences du présent article. Les outils et

³ <http://data.legilux.public.lu/file/eli-etat-leg-memorial-2013-214-fr-pdf.pdf>

dispositifs utilisés pour communiquer par des moyens électroniques, ainsi que leurs caractéristiques techniques, ne sont pas discriminatoires, sont communément disponibles et compatibles avec les TIC généralement utilisées, et ne restreignent pas l'accès des opérateurs économiques à la procédure de passation de marché. ».

Par ailleurs, selon l'article 6 du règlement n°910/2014 e-IDAS, relatif à la reconnaissance mutuelle, « [l]orsqu'une identification électronique à l'aide d'un moyen d'identification électronique et d'une authentification est exigée en vertu du droit national ou de pratiques administratives nationales pour accéder à un service en ligne fourni par un organisme du secteur public dans un État membre, le moyen d'identification électronique délivré dans un autre État membre est reconnu dans le premier État membre aux fins de l'authentification transfrontalière pour ce service en ligne, à condition que les conditions suivantes soient remplies ».⁴ En outre, selon l'article 27 du même règlement, relatif aux signatures électroniques dans les services publics, « [s]i un État membre exige une signature électronique avancée pour utiliser un service en ligne offert par un organisme du secteur public ou pour l'utiliser au nom de cet organisme, il reconnaît les signatures électroniques avancées, les signatures électroniques avancées qui reposent sur un certificat qualifié de signature électronique et les signatures électroniques qualifiées au moins dans les formats ou utilisant les méthodes définis dans les actes d'exécution visés au paragraphe 5. » Il convient aussi de relever que le paragraphe 2 de cet article instaure la même exigence de reconnaissance au profit de signature électronique avancée qui repose sur un certificat qualifié pour utiliser un service en ligne proposé par un organisme du secteur public.

Une telle restriction à un seul fournisseur de certificats électroniques qualifiés serait, de l'avis du Conseil, non seulement contraire aux exigences découlant du règlement eIDAS et aux règles du marché intérieur en général, mais pose la question de son impact éventuel sur l'environnement concurrentiel sur le marché de l'offre de certificats électroniques. En effet, une telle restriction réglementaire constitue une forte barrière à l'entrée pour les concurrents de Luxtrust. Étant donné une forte position de Luxtrust sur le marché de fourniture des certificats électroniques au Luxembourg, la restriction en cause est susceptible de réduire davantage l'innovation ainsi que la qualité et le prix de l'offre disponible pour les entreprises et les consommateurs. En l'absence de justification objective, et la seule mention de restrictions techniques mentionnées dans le règlement ministériel n'est pas suffisante de ce point de vue, le Conseil ne peut que recommander au Ministre en charge du Portail des Marchés Publics de prévoir sans délai la possibilité d'utiliser d'autres certificats électroniques qualifiés et d'en terminer ainsi avec le monopole de Luxtrust au regard de fourniture de certificats électroniques qualifiés pour l'utilisation du Portail des marchés publics.

⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0910&from=FR>

4. L'importance du droit de la concurrence dans les marchés publics et les risques de collusion

Dans son avis 2016-AV-09, le Conseil de la Concurrence s'est attardé sur l'importance du respect des règles de concurrence dans les marchés publics et sur les instances de collusion entre les soumissionnaires.

Le Conseil a souligné dans son avis l'importance de la prévention, de la détection et de la répression des violations. A cette fin, le Conseil a exposé des recommandations à mettre en œuvre lors de la conception de la procédure de passation des marchés publics, mais également au stade des soumissions, lors desquelles il convient d'examiner les signaux révélateurs de pratiques collusoires notamment à travers l'analyse des schémas de soumission et de la fréquence à laquelle les entreprises se voient ou non attribuer un marché. Le Conseil a également précisé qu'en cas de suspicion de soumissions concertées, il y a lieu de ne pas s'entretenir avec les soumissionnaires suspectés, de conserver tous les documents liés à la soumission et de contacter le Conseil, autorité compétente en la matière en lui fournissant un dossier détaillé renseignant sur les comportements suspects.

Toutefois, il existe un moyen efficace supplémentaire de lutte contre la collusion dans les marchés publics qui consiste en l'accès des autorités de concurrence au portail des marchés publics qui, désormais, contiennent toutes les soumissions. En effet, le passage à l'e-procurement et au dépôt systématique des soumissions en version électronique permet une vérification efficace des offres déposées sous l'angle d'éventuels indices d'agissements anti-concurrentiels entre les déposants. Les expériences des États membres, dont notamment le Portugal, qui ont mis en place une telle collaboration entre leurs autorités de concurrence et des marchés publics ont vu le nombre de collusions détectées et réprimées s'accroître de manière significative.

Le Conseil estime ainsi, à l'image de la pratique portugaise, qu'une collaboration de ce dernier avec la Commission des soumissions permettrait une meilleure surveillance des soumissions publiques et propose de s'appuyer sur l'article 19 de la loi du 23 octobre 2011 pour accorder au Conseil l'accès aux données du Portail des marchés publics. Subsidiairement, le Conseil propose d'inscrire une telle collaboration dans le projet de loi qui sera déposée pour transposer l'imminente directive du Parlement européen et du Conseil visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.⁵

⁵ http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-18-3996_en.htm

5. Conclusion

Au vu de ce qui précède, le Conseil est en mesure d'approuver le texte présenté pour avis, sous réserve de la prise en compte de ses observations.

Ainsi délibéré et avisé en date du 14 novembre 2018.



Pierre Barthelmé

Président



Mattia Melloni

Conseiller



Jean-Claude Weidert

Conseiller



Grazyna Piesiewicz

Conseiller