

Conseil de la concurrence

Rapport d'enquête dans le secteur de la construction et des marchés publics au Grand-Duché de Luxembourg

Première partie:
la mise en concurrence au sein des procédures de
passation de marchés publics

Octobre 2021

Table des matières

Introduction	4
1. Le secteur de la construction et des marchés publics	7
1.1. Définition et chiffres clés – construction.....	7
1.2. Définition et chiffres clés – marchés publics de travaux.....	9
2. La structure des marchés publics de travaux au Grand-Duché de Luxembourg..	17
2.1. Contexte législatif et informations générales	17
2.2. Les différentes procédures applicables.....	17
2.3. Chiffres clés en termes de procédures applicables	19
2.4. Les différentes étapes de la procédure nationale ouverte d'un marché de travaux	20
3. Les bureaux d'études	27
3.1. Rôle de l'architecte, de l'ingénieur civil et de l'ingénieur technique.....	27
3.2. La mise en concurrence des bureaux d'études	28
3.3. Enquête du Conseil.....	29
3.4. Analyses et propositions du Conseil.....	32
4. Les différents modes de passation (corps de métier, entreprise générale)	39
4.1. Dispositions légales	39
4.2. Enquête du Conseil.....	40
4.3. Analyses et propositions du Conseil.....	41
5. Les variantes dans les marchés publics de travaux.....	43
5.1. Dispositions légales	43
5.2. Enquête du Conseil.....	43
5.3. Analyses et propositions du Conseil.....	44
6. Critères de sélection.....	46
6.1. Les différents types de critères de sélection	46
6.2. La fixation des conditions minima	47
6.3. Enquête du Conseil.....	48
6.4. Analyses et propositions du Conseil.....	50
7. Les Leitfabrikate.....	54
7.1. Définition.....	54
7.2. Enquête du Conseil.....	54
7.3. Analyses et propositions du Conseil.....	56
8. Les bordereaux de soumission.....	59
8.1. Définition.....	59
8.2. Enquête du Conseil.....	60
8.3. Analyses et propositions du Conseil.....	63

9.	Le portail des marchés publics (PMP).....	66
9.1.	Historique	66
9.2.	Enquête du Conseil.....	66
9.3.	Analyses et propositions du Conseil.....	67
10.	Critères d’attribution	70
10.1.	Dispositions légales	70
10.2.	Enquête du Conseil.....	71
10.3.	Analyses et propositions du Conseil.....	73
11.	Contrôle de la conformité des soumissionnaires et de leurs offres	81
11.1.	Dispositions légales	81
11.2.	Enquête du Conseil.....	83
11.3.	Analyses et propositions du Conseil.....	84
12.	La décision d’attribution.....	87
12.1.	Définition.....	87
12.2.	Enquête du Conseil.....	87
12.3.	Analyses et propositions du Conseil.....	88
13.	Les comportements des entreprises lors des procédures de passation de marchés.....	91
13.1.	La collusion dans les marchés publics.....	91
13.2.	La détection des comportements anticoncurrentiels.....	92
14.	Déchets inertes.....	95
15.	Salariés détachés.....	98
16.	Pénurie des matériaux de construction	102
	Conclusion.....	109
	Sigles, acronymes et abréviations.....	113
	Glossaire	114
	Références légales	120
	Bibliographie	123
	Sitographie.....	124
	Annexes	125
	Sommaire des figures	143
	Sommaire des tableaux.....	144

Introduction

Le secteur de la construction est un pilier de l'économie luxembourgeoise. Il est porté par le développement démographique, le dynamisme de la création d'emplois et la vigueur de la recette publique. Au terme d'une croissance soutenue au fil des décennies, il représentait en 2018 8,61 milliards d'euros de chiffre d'affaires, et occupait près de 47.000 personnes soit un emploi sur 10. Il a des retombées qui franchissent aisément les frontières nationales pour laisser son empreinte à la fois sur l'activité économique domestique et la structure économique de la Grande Région. Il se trouve au cœur d'un débat public qui se nourrit des préoccupations concernant la pénurie des logements, l'encombrement des infrastructures publiques et se trouve au centre des efforts de développement durable, en tant que réplique aux défis du changement climatique.

D'autres éléments font en sorte que ce n'est pas un secteur comme les autres : la multitude et la diversité des acteurs impliqués – bureaux d'études, entreprises de construction, entreprises de l'artisanat, fournisseurs de matériaux et multiples organismes publics - le niveau très élevé de réglementation, et, finalement, le poids de la demande du secteur public qui se matérialise à travers les marchés publics. En effet, qui dit secteur de la construction dit marchés publics de travaux.

Comme l'objet des marchés publics est la mise en concurrence des entreprises, ils présentent un intérêt évident pour toute autorité de concurrence. Les procédures d'infraction au droit de la concurrence lancées par des autorités de concurrence dans le contexte des marchés publics font légion en Europe et dans le monde. L'autorité de concurrence a un rôle éminent à jouer pour assurer l'intégrité, mais aussi l'équité des procédures de passation de marchés. C'est pour cela que le présent rapport est à voir en complémentarité avec les guides aux entreprises et aux pouvoirs adjudicateurs que le Conseil de la concurrence (ci-après : le Conseil) a publié ou diffusé récemment¹.

C'est dans ce contexte que le Conseil a décidé, sur base des compétences qui lui sont conférées par l'article 30 de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, de procéder à une enquête sectorielle dans le secteur de la construction et des marchés publics au Grand-Duché de Luxembourg.

Cet article est libellé comme suit :

« Art. 30. -Enquêtes sectorielles ou par type d'accords

Lorsque l'évolution des échanges, la rigidité des prix ou d'autres circonstances font présumer que la concurrence peut être restreinte ou faussée, le Conseil peut mener une enquête sur un secteur particulier de l'économie ou un type particulier d'accords dans différents secteurs. Dans le cadre de cette enquête, le Conseil peut demander aux entreprises ou aux associations d'entreprises concernées les renseignements nécessaires à l'application des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union

¹ Conseil de la concurrence. *L'interdiction de la collusion dans les marchés publics, guide à l'attention des entreprises*. Luxembourg. 2021.

Conseil de la concurrence. *L'interdiction de la collusion dans les marchés publics, guide à l'attention des pouvoirs adjudicateurs*. Luxembourg. 2021.

Conseil de la concurrence. *Les offres communes dans le cadre d'appels d'offres*. Luxembourg. 2021.

européenne [ci-après : « TFUE »] ou des articles 3 à 5 de la présente loi et effectuer les inspections nécessaires à cette fin.

Le Conseil peut notamment demander aux entreprises ou associations d'entreprises concernées de lui communiquer tous accords, décisions et pratiques concertées.

Le Conseil peut publier un rapport sur les résultats de son enquête portant sur des secteurs particuliers de l'économie ou des types particuliers d'accords dans différents secteurs et inviter les parties intéressées à faire part de leurs observations. (...) »

Le but de cette enquête était double : examiner d'un côté si les marchés publics organisés au Luxembourg permettent une mise en concurrence efficace et non-discriminatoire des entreprises, et si, d'un autre côté, les entreprises ne se soustraient pas à la mise en concurrence par des comportements collusoires ou frauduleux. Il va sans dire que cette mise en concurrence est essentielle à une bonne gestion des fonds publics et donc de l'argent du contribuable. Comme ce rapport va le montrer, ceci ne signifie pas pour autant que le prix doit forcément être le seul critère d'attribution d'un marché. L'enquête s'inscrit dans la lignée de trois autres publications récentes du Conseil, dont deux traitent de l'interdiction de la collusion et une troisième des offres communes dans le cadre des marchés publics.

Au-delà de la thématique de la concurrence dans le secteur, l'enquête s'est également intéressée à certains thèmes d'actualité qui préoccupent aussi bien les entreprises que les décideurs politiques et impactent la compétitivité de l'économie nationale : le manque allégué ou réel de décharges de déchets inertes, le problème – toujours allégué ou réel – des salariés détachés et la pénurie des matériaux de construction.

Le Conseil a eu recours à trois moyens d'investigation dans la conduite de cette enquête :

1. L'étude statistique du secteur de la construction et des marchés publics de travaux

Une analyse statistique sommaire du secteur de la construction et de ses acteurs sur base de chiffres publiquement disponibles a été complétée par celle, plus approfondie, de tous les marchés publics de travaux publiés sur le portail des marchés publics entre mai 2020 et avril 2021, ainsi que sur l'analyse détaillée de 100 dossiers de soumission et de leur cahier spécial des charges publiés entre octobre et décembre 2020.

2. Demande de renseignements

Le Conseil a lancé une demande de renseignements auprès de toutes les entreprises membres du Groupement des entrepreneurs du bâtiment et des travaux publics, (ci-après : « Groupement ») en date du 21 décembre 2020 sur base de l'article 14 de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence². Cette demande de renseignements avait le double but de quantifier d'une part le poids des marchés publics au sein des entreprises de construction et, d'autre part, de recueillir les prises de position des entreprises membres sur le fonctionnement général du secteur ainsi que sur l'efficacité et l'équité des procédures de passation de marchés publics.

² Voir Annexe I : demande de renseignements envoyée le 21/12/2020.

3. Entretiens

Sur base des articles 15 et 19 de la loi précitée, le Conseil a mené entre octobre 2020 et mars 2021 des entretiens avec un échantillon de 25 acteurs du secteur de la construction et des marchés publics de travaux : pouvoirs adjudicateurs, entreprises de construction, cabinets d'architectes et d'ingénieurs-conseils, associations professionnelles et fournisseurs locaux de matériaux.

Les résultats de cette enquête seront publiés en deux temps. La présente première partie concerne la mise en concurrence des entreprises organisée au sein des marchés publics. Elle sera suivie par une deuxième partie consacrée à vérifier si le secteur visé fonctionne de manière concurrentielle entre les entreprises qui répondent aux appels d'offres.

Un mot concernant la terminologie utilisée au sein de ce rapport : toutes les définitions et explications utiles à la compréhension des termes techniques ont été rassemblées dans le glossaire à la fin de ce rapport. Le rapport utilise, dans la mesure du possible, la terminologie de la Loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics (ci-après : la « Loi »). Si un terme est défini par cette loi, cette définition est retenue. Parfois, les termes utilisés dans cette loi et repris de la directive européenne qu'elle transpose en droit luxembourgeois ne sont pas forcément ceux qui sont utilisés en droit de la concurrence, ni dans la langue courante. A titre d'exemple, la loi précitée a exclusivement recours à la notion d'« *opérateur économique* », mais il aurait été aussi bien de parler d'« *entreprise* », un terme bien compris dans la vie de tous les jours, mais également bien encadré en droit de la concurrence.

Enfin, le Conseil tient à remercier toutes les personnes qu'il a contactées pour les besoins de cette enquête, qui par leur disponibilité et leur expertise ont largement contribué à l'accomplissement de cette mission.

1. Le secteur de la construction et des marchés publics

1.1. Définition et chiffres clés – construction

Le secteur de la construction est un pilier de l'économie luxembourgeoise. D'après l'Institut national de la statistique et des études économiques du Grand-Duché de Luxembourg (ci-après : « STATEC »), il représentait 8,61 milliards d'euros de chiffre d'affaires (ci-après : « CA ») en 2018. Le secteur occupait près de 47.000 personnes, ce qui représente environ un emploi sur dix³.

D'après la version luxembourgeoise de la nomenclature statistique des activités économiques dans la Communauté européenne (ci-après : « NACELUX »), le secteur de la construction est composé de trois grands groupes :

La construction de bâtiments (NACELUX 41)

Ce groupe inclut les activités de la promotion immobilière ainsi que de la construction de bâtiments résidentiels et non résidentiels. En 2018, le STATEC dénombrait 1.567 sociétés appartenant à ce groupe.

Près de deux sociétés sur trois (61%) ont pour objet principal la promotion immobilière⁴. La promotion immobilière n'est pas couverte par la présente enquête, dont l'objet est la construction et les marchés publics de travaux.

Plus de 40% des sociétés ont pour objet principal la construction de bâtiments résidentiels et non résidentiels. Les entreprises de construction de bâtiments réalisaient en 2018 un CA de plus de 4 milliards d'euros selon le STATEC. Elles occupaient 13.585 salariés.

Tableau 1 : Répartition des entreprises – NACELUX 41

NACELUX	Sous-branche	Nombre d'entreprises	CA (en 1.000 €)	Personnes occupées
41.100	Promotion immobilière	963	1.773.870	1.359
41.200	Construction de bâtiments résidentiels et non résidentiels	604	2.259.854	12.226
	TOTAL	1.567	4.033.724	13.585

Source : STATEC ; Production : Conseil

Le génie civil (NACELUX 42)

Le génie civil regroupe les activités de construction de routes, autoroutes, voies ferrées, ponts, tunnels, réseaux pour fluides, réseaux électriques et de télécommunications. D'après le STATEC, 73 sociétés sont actives dans cette branche d'activités. La répartition par spécialité des entreprises est la suivante :

³ « Démographie et structure des entreprises 2004-2018 » - STATEC - https://statistiques.public.lu/stat/ReportFolders/ReportFolder.aspx?IF_Language=fra&MainTheme=4&FldrName=1&RFPPath=9796.

⁴ Pour toutes les définitions, voir Glossaire.

Tableau 2 : Répartition des entreprises – NACELUX 42

NACELUX	Sous-branche	Nombre d'entreprises	CA (en 1.000 €)	Personnes occupées
42.110	Construction de routes et autoroutes	44	955.817 ⁵	4.455
42.120	Construction de voies ferrées de surfaces et souterraines	3		
42.130	Construction de ponts et tunnels	2		
42.210	Construction de réseaux pour fluides	16	60.073	268
42.220	Construction de réseaux électriques et de télécommunications	8		
	TOTAL	73	1.015.890	4.723

Source : STATEC ; Production : Conseil

Toujours d'après le STATEC, les entreprises du génie civil réalisaient en 2018 un CA de plus d'1 milliard d'euros. Elles occupaient 4.723 personnes.

Les travaux de construction spécialisés (NACELUX 43)

Ils incluent les activités de démolition et préparations de sites, forage, sondage, et parachèvement. Le parachèvement regroupe tous les travaux de finition dans un bâtiment. D'après le STATEC, 2.437 entreprises évoluaient en 2018 dans le secteur des travaux de construction spécialisés. Elles réalisaient un CA à hauteur de 3,56 milliards d'euros et occupaient 28.627 personnes.

La répartition par spécialité des entreprises est la suivante :

Tableau 3 : Répartition des entreprises – NACELUX 43

NACELUX	Sous-branche	Nombre	CA (en 1.000 €)	Personnes occupées
43.110	Travaux de démolition	12	51.399	450
43.120	Travaux de préparation des sites	67	87.906	658
43.130	Forages et sondages	4	5.874	66
43.210	Installation électrique	477	668.811	5.344
43.220	Travaux de plomberie et installation de chauffage et conditionnement d'air	299	838.786	6.369
43.290	Autres travaux d'installation	122	214.941	1.448
43.310	Travaux de plâtrerie	61	c- ⁶	c-
43.320	Travaux de menuiserie	396	519.612	3.375
43.330	Travaux de revêtements des sols et des murs	179	212.487	1.829
43.340	Travaux de peinture et vitrerie	284	204.271	2.662
43.390	Autres travaux de finition	51	c-	c-
43.910	Travaux de couverture	204	255.854	2.280
43.990	Autres travaux de construction spécialisés n.c.a.	281	402.757	3.222
	TOTAL	2.437	3.560.722	28.627

Source : STATEC ; Production : Conseil

⁵ Certains niveaux de détails ne sont pas communiqués par le STATEC pour raison de confidentialité.

⁶ c- = confidentiel selon le STATEC.

Tableau 4 : Chiffres clés - construction

NACELUX	Nombre d'entreprises (2018)	Nombre de salariés (2018)	CA (en 1.000 €, 2018)
Construction de bâtiments (41)	1.567	13.585	4.033.724
Génie civil (42)	73	4.723	1.015.890
Construction spécialisée (43)	2.437	28.627	3.560.722
TOTAL	4.077	46.935	8.610.336

Source : STATEC ; Production : Conseil

1.2. Définition et chiffres clés – marchés publics de travaux

La Loi définit en son article 3 les « *marchés publics* » par « *des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services.* ».

Cet article subdivise par la suite les marchés publics en trois catégories :

- les marchés de fourniture ;
- les marchés de services ;
- les marchés de travaux, sur lesquels l'enquête du Conseil portera principalement.

L'article 3 (1) de la Loi définit les marchés publics de travaux de la manière suivante :

« *des marchés publics ayant l'un des objets suivants :*

- i. soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution de travaux [...];*
- ii. soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution d'un ouvrage ;*
- iii. la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur⁷ qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception ; »*

Données statistiques de l'Organisation de coopération et de développement économiques

Concernant les marchés publics, l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après : « OCDE ») estime qu'ils représentaient pour l'année 2015 en moyenne 12% du PIB des pays de la zone OCDE. Leur poids dans les dépenses publiques est d'autant plus important, il est estimé à 29%. Le Luxembourg se situe exactement au niveau de cette moyenne⁸. Comme le PIB par habitant du Luxembourg est de loin le plus élevé des pays de l'OCDE, il en va de même pour la valeur des marchés publics par habitant.

En se basant sur les chiffres du STATEC, qui a calculé en 2015 un PIB de 52,1 milliards d'euros pour le Luxembourg, on peut donc estimer que les marchés publics représentaient en 2015 plus de 6,2 milliards d'euros.

⁷ Pour rappel, pour toutes les définitions voir Glossaire.

⁸ Organisation de Coopération et de Développement Economiques. *Panorama des administrations publiques 2017*. Éditions OCDE Paris 2017.

Figure 1 : Poids des marchés publics dans le PIB (en %, en 2007, 2009 et 2015)



Source : OCDE

Données statistiques du Ministère de la Mobilité et des Travaux publics

Le Ministère de la Mobilité et des Travaux publics (ci-après : « MMTP ») publie certaines données statistiques extraites du portail électronique des marchés publics (www.pmp.lu, ci-après : « PMP ») qui publie les dossiers de soumission de certains marchés publics lancés par les pouvoirs adjudicateurs au Luxembourg⁹ et procédures qui fournissent une idée sur certains aspects des marchés publics au Luxembourg¹⁰ :

Tableau 5 : Chiffres clés du PMP pour l'année 2020

Rubrique	Nombre
Avis mis en ligne	1.836
Retraits électroniques des dossiers de soumission	25.856 par les entreprises, 26.593 anonymement
Questions posées par voie électronique	4.347
Offres déposées par voie électronique	5.560
Pouvoirs adjudicateurs inscrits ¹¹	548
Bureaux d'études et d'architecture inscrits	71

Source : MMTP 2021 ; Production : Conseil

Par ailleurs, dans le cadre d'un rapport de contrôle à l'attention de la Commission européenne sur les marchés publics et les contrats de concession pour 2017¹², le MMTP a sollicité 19 ministères afin de fournir les statistiques disponibles en matière de marchés publics. Il a collecté pour 2017 les données suivantes:

⁹ Voir section 9 p. 66 pour les détails concernant les publications électroniques.

¹⁰ Ministère de la Mobilité et des Travaux publics, Département des Travaux publics. *Rapport d'activité 2020*. Luxembourg. 2021.

¹¹ Ministères, administrations, communes, syndicats intercommunaux, établissements publics, autres personnes de droit public.

¹² Ministère de la Mobilité et des Travaux publics. *Rapport de contrôle à l'attention de la Commission européenne sur les marchés publics et les contrats de concession (Année : 2017)*. Luxembourg. 2019.

Tableau 6 : Montants collectés par le MMTP dans le cadre du rapport de contrôle (2017)

Type de marché	Valeur (€) Livre Ier
Travaux	175.155.255,18€
Fournitures	26.769.582,60€
Services	49.914.394,70€
TOTAL	251.839.232,48€

Source : MMTP ; Production : Conseil

Ce chiffre est anormalement bas comparé aux 6,2 milliards issus de l'estimation de l'OCDE pour l'année 2015 (voir supra). La différence entre les statistiques de l'OCDE et du MMTP s'explique par le fait que l'enquête du MMTP ne couvre qu'une partie des marchés publics (19 ministères) sans tenir compte des communes, ni des autres organismes publics, ni, surtout, des marchés d'envergure (ou marchés européens) relevant des Livres II et III¹³ de la Loi.

Données statistiques constituées par le Conseil via le PMP

Dans le cadre d'une veille de marché, le Conseil a réalisé entre mai 2020 et avril 2021 un suivi du PMP qui consiste en la compilation des données disponibles sur les avis de marché¹⁴. Au cours de cet exercice, le Conseil a exploité 1.742 avis de marché. Cette analyse fournit les résultats suivants :

La grande majorité des marchés publiés sur le PMP sont des marchés publics de travaux (69%), suivis des marchés de services (19%) et de fournitures (12%).

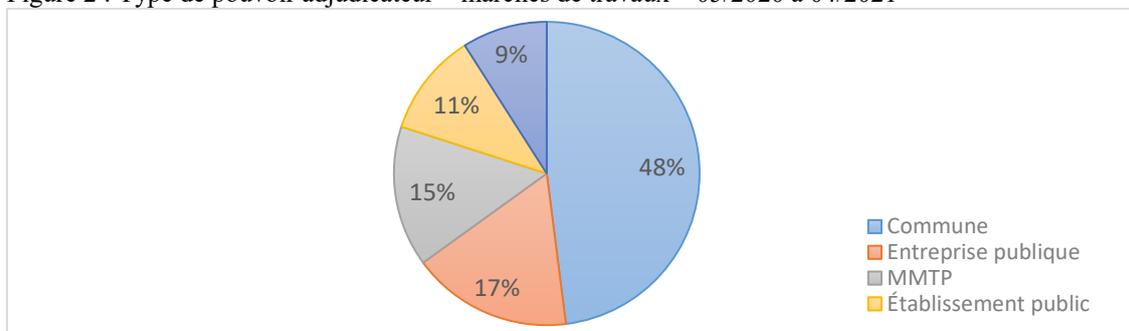
Tableau 7 : Répartition des marchés par type – 05/2020 à 04/2021

Type de marché	Nombre	%
Travaux	1.203	69%
Services	327	19%
Fournitures	212	12%
TOTAL	1.742	100%

Source : PMP ; Production : Conseil

Les avis des marchés publics de travaux montrent que la plus grande partie des marchés sont initiés par les communes (48%), suivies par les entreprises publiques (17%), et par le MMTP :

Figure 2 : Type de pouvoir adjudicateur – marchés de travaux – 05/2020 à 04/2021



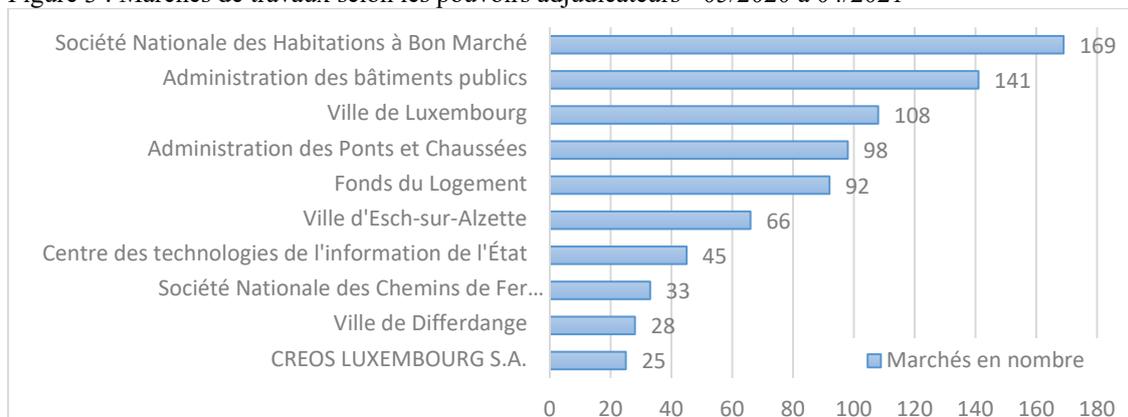
Source : PMP ; Production : Conseil

¹³ Voir chapitre 2.2 pour une définition des différents types de marché et des différents livres de la loi.

¹⁴ Pour la définition, voir Glossaire.

Sur cette même base et pour la même période, la liste des pouvoirs adjudicateurs les plus actifs est la suivante :

Figure 3 : Marchés de travaux selon les pouvoirs adjudicateurs - 05/2020 à 04/2021



Source : PMP ; Production : Conseil

Il a également été établi une statistique sur les dates des publications d'avis. Le Conseil remarque que mars 2021 (126 avis) était le mois où le plus de marchés ont été publiés, suivi de janvier 2021 (123 avis) et d'octobre 2020 (121 avis). Le mois d'août, durant lequel ont lieu les congés collectifs est le mois avec le moins de publications (54 avis). Le Conseil constate que de nombreux marchés sont également lancés en juillet avant les congés collectifs des entreprises de construction, ce qui rend la préparation des offres plus compliquée pour ces dernières. La moyenne est de 100 publications par mois.

Figure 4 : Marchés de travaux - nombre de publications par mois – 05/2020 à 04/2021



Source : PMP ; Production : Conseil

Le Conseil a finalement étudié la distribution de fréquence des marchés en matière de délai de soumission, c'est-à-dire le délai entre la publication de l'avis et la date d'ouverture des offres. Le règlement grand-ducal du 8 avril 2018, (ci-après : « Règlement »¹⁵), prévoit en son article 48 plusieurs délais de soumission selon les caractères d'urgence ou d'importance :

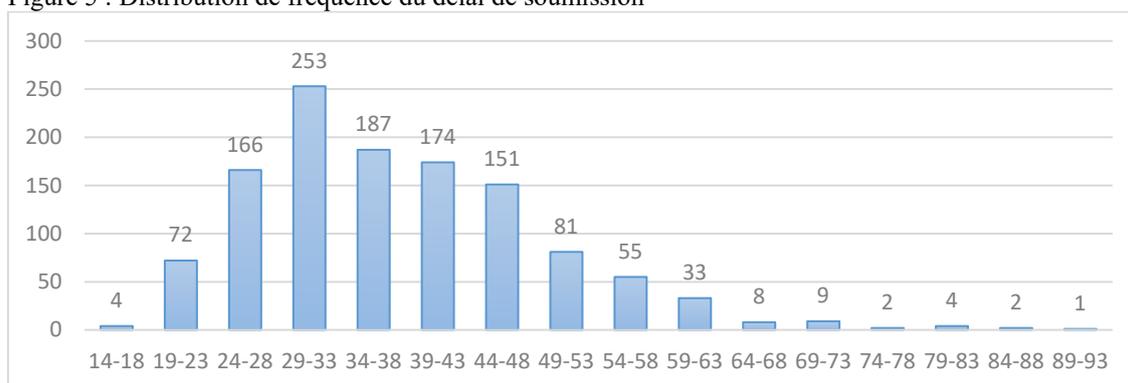
- 42 jours au moins pour des « travaux, fournitures ou services importants » ;

¹⁵ Règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi 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.

- 27 jours au moins pour des « travaux, fournitures ou services de moindre importance ou en cas d'urgence » ;
- 15 jours au moins en cas de « situation d'urgence, dûment justifiée par le pouvoir adjudicateur. »

Il ressort de l'étude du Conseil que la majorité des marchés de travaux, à savoir 684 sur 1203, prévoient un délai de soumission inférieur à 39 jours et donc inférieur à ce que prévoit la Loi pour des travaux importants. La Loi ne précise pas ce qu'il faut entendre par « travaux importants ». Toutefois, le Conseil n'a pas relevé de plaintes de la part des entreprises interrogées concernant la longueur du délai de soumission. La moyenne constatée sur l'échantillon de 1203 marchés est de 38 jours.

Figure 5 : Distribution de fréquence du délai de soumission



Source : PMP ; Production : Conseil

Tous ces chiffres ne concernent que les marchés publiés sur le PMP, c'est-à-dire les procédures dites « ouvertes » qui sont communiqués au public par un avis de marché¹⁶. Les chiffres concernant les marchés non-publiés ne sont disponibles que de façon décentralisée auprès des différents pouvoirs adjudicateurs. Il s'avère donc que ces statistiques restent fragmentaires et incomplètes.

Données statistiques constituées par le Conseil auprès des entreprises

Grâce à une demande de renseignements adressée le 21 décembre 2020 aux entreprises membres du Groupement, le Conseil a voulu estimer, entre autres, le poids des marchés publics au sein des entreprises de construction. Parmi les entreprises consultées, 20 se déclarent être des entreprises de génie civil (NACELUX 42), 13 des entreprises de construction (NACELUX 41) et 2 des entreprises de travaux spécialisés (NACELUX 43).

Alors que la majorité des entreprises interrogées sont actives dans le secteur du génie civil, la plus grande partie du CA des entreprises du Groupement est réalisée dans la construction de bâtiment. Seulement deux entreprises du Groupement se déclarent comme actives dans des travaux spécialisés.

¹⁶ Pour les différents types de procédures, voir section 2.2. page 17.

Figure 6 : CA en millions d'€ par NACELUX

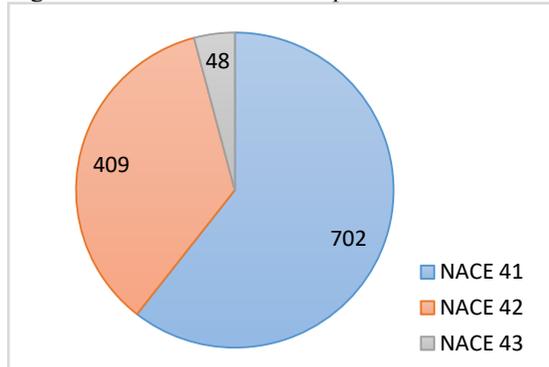
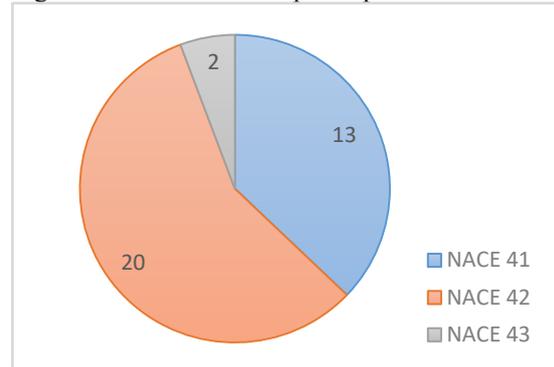


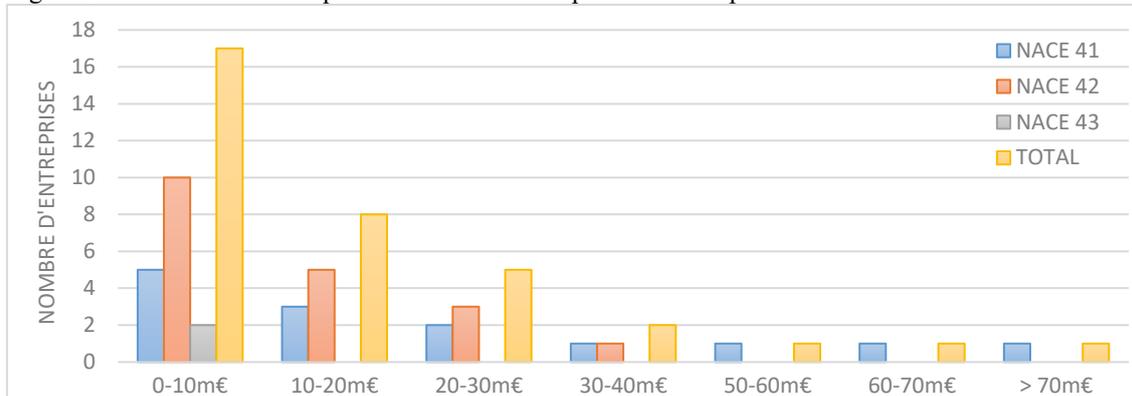
Figure 7 : Nombre d'entreprises par NACELUX



Source : Demande de renseignements du Conseil ; Production : Conseil

Les disparités entre les entreprises membres du Groupement en termes de CA sont très prononcées, comme le montre la distribution de fréquence ci-dessous. La majorité des entreprises (25 sur 35) réalisent un CA inférieur à 20 millions d'euros par an ; 5 entreprises seulement se situent au-dessus de 30 millions par an.

Figure 8 : Distribution de fréquence du CA des entreprises du Groupement



Source : Demande de renseignements du Conseil ; Production : Conseil

Concernant le CA réalisé dans le secteur des marchés publics, l'enquête a relevé les éléments suivants :

- les *entreprises de construction* (NACELUX 41) réalisent en tout près d'un tiers de leur CA grâce aux marchés publics ;
- les *entreprises en génie civil* (NACELUX 42) réalisent près de deux tiers de leur CA via des commandes résultant d'une attribution d'un marché public. Ceci semble peu au premier abord étant donné que l'Etat et les organismes publics, sont les seuls commanditaires de travaux de génie civil. L'explication réside dans le fait que ces entreprises déploient également d'autres activités et peuvent avoir à ce titre des clients du secteur privé ;
- sur l'ensemble de l'échantillon, la moitié des entreprises réalise un CA de moins de 10 millions d'euros sur les commandes résultant de marchés publics. Au total, le CA généré à travers les marchés publics s'élèverait à 550 millions ;
- sur base de l'échantillon, près de la moitié (45%) du CA est généré grâce à la commande publique.

Tableau 8 : CA des entreprises de construction

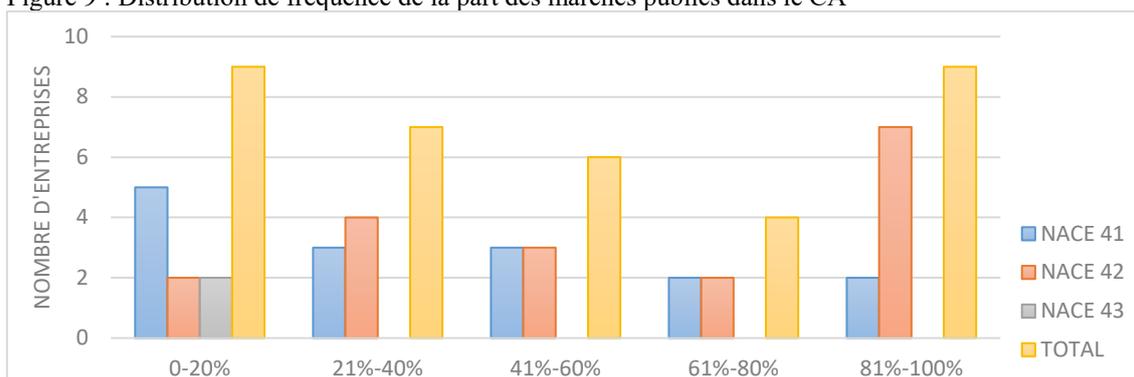
	Construction NACE LUX 41		Génie civil NACE LUX 42		Travaux spécialisés NACE LUX 43		TOTAL	
	Total	Médiane	Total	Médiane	Total	Médiane	Total	Médiane
CA total ¹⁷	702	63	459	15	48	24	1.210	19
CA marchés publics	247	11	299	10	4	2	550	10
Part des marchés p.	35%	28%	65%	66%	8%	5%	45%	45%

Source : Demande de renseignements du Conseil ; Production : Conseil

Le graphique ci-dessous montre la distribution de fréquence des entreprises en termes de CA généré via les marchés publics :

- certaines entreprises (6) déclarent ne réaliser aucun CA dans le secteur des marchés publics ;
- plusieurs entreprises (7) déclarent au contraire, réaliser 100% de leur CA par le biais des marchés publics. Il s'agit surtout d'entreprises actives dans le secteur du génie civil.

Figure 9 : Distribution de fréquence de la part des marchés publics dans le CA



Source : Demande de renseignements du Conseil ; Production : Conseil

En conclusion, en dépit de la rareté des chiffres disponibles sur les marchés publics, il ressort que près de la moitié du CA du secteur de la construction est générée par la commande publique, ce qui souligne l'importance de cette dernière pour les entreprises du secteur.

¹⁷ en millions d'euros.

En résumé

- Le secteur de la construction est un pilier de l'économie luxembourgeoise : 47.000 personnes occupées ; 4.077 sociétés ; 8,6 milliards de CA.
- Le secteur de la construction est composé de trois sous-secteurs :
construction de bâtiments ;
génie civil ;
et travaux de construction spécialisés.

Le présent rapport se concentre sur les marchés publics de travaux qui génèrent près de la moitié du CA dans le secteur de la construction.

- Les marchés publics de travaux représentent près de 70% des marchés publics. Ils sont initiés en priorité par les communes (48%), suivies par les entreprises publiques (17%) et par le MMTP.
La Société Nationale des Habitations à Bon Marché (ci-après : « SNHBM ») est le pouvoir adjudicateur le plus actif sur la période analysée par le Conseil (mai 2020 à avril 2021).
- La majeure partie du CA des entreprises du Groupement est réalisée dans la construction de bâtiments. Les marchés publics représentent 45% du CA des entreprises étudiées.
Sur base de l'échantillon, la moitié du CA est générée par la commande publique, ce qui souligne l'importance de cette dernière pour les entreprises du secteur.

2. La structure des marchés publics de travaux au Grand-Duché de Luxembourg

2.1. Contexte législatif et informations générales

Les marchés publics au Grand-Duché de Luxembourg sont régis par la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics ainsi que par son règlement grand-ducal d'exécution du même jour, précités.

La Loi et le Règlement sont issus d'une réforme législative des marchés publics de 2018 dans le cadre de la transposition de la directive 2014/24/UE du parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (ci-après : « la directive »), ainsi que de la directive 2014/25/UE du parlement et du conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés par des organismes travaillant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

La directive de 2014 qui vient abroger la directive 2004/18/CE, pose un certain nombre d'objectifs à atteindre pour les États membres dont trois sont majeurs :

- la dématérialisation des marchés publics, avec l'obligation générale d'utiliser des moyens de communication électronique dans toutes les procédures de passation de marchés à l'issue d'une période de trente mois ;
- la meilleure prise en charge des risques de collusion, de conflits d'intérêts et de corruption ;
- la facilitation de l'accès aux marchés publics en faveur des micro, petites et moyennes entreprises¹⁸ (ci-après : « PME ») par la simplification des procédures administratives.

La présente enquête tâchera de trouver une réponse à la question de savoir si et dans quelle mesure ces objectifs louables ont été atteints par le législateur.

La nouvelle législation en vigueur a introduit de nombreux changements en matière de marchés publics. Un tableau comparatif se trouve en Annexe II de ce rapport.

2.2. Les différentes procédures applicables

Un élément fondamental de la législation sur les marchés publics à l'égard de la mise en concurrence des entreprises est la définition des différentes procédures applicables. A cet égard, la Loi et le Règlement sont divisés en trois Livres¹⁹ :

- le Livre Ier contient les dispositions applicables à tous les marchés publics ;
- le Livre II énumère les dispositions qui s'appliquent aux marchés publics qui tombent sous le champ de la directive de 2014, car leur montant dépasse un certain seuil. Il est ici question de marchés d'envergure ou marchés européens ;

¹⁸ Pour la définition, voir Glossaire.

¹⁹ La loi inclut encore un Livre IV et un Livre V, qui toutefois ne régissent pas les procédures mais ne contiennent que certaines dispositions communes et finales.

- le Livre III renferme les dispositions applicables aux marchés spécifiques dans les secteurs dits spéciaux, c'est-à-dire ceux de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Les seuils européens applicables sont actuellement les suivants :

Tableau 9 : Seuils applicables aux marchés d'envergure/européens

Marchés considérés	Seuils
Marchés publics - secteurs classiques directive 2014/24/UE (Livre II de la Loi)	
Travaux Article 4 de la directive / Article 52 de la Loi	➤ ≥5.350.000€
Fourniture et services Article 4 de la directive / Article 52 de la Loi	➤ 139.000€, marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs centraux, ou ➤ 214.000€, marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs sous-centraux.
Services sociaux et spécifiques Article 4 de la directive / Article 52 de la Loi	➤ 750.000€
Concours Article 4 de la directive / Article 52 de la Loi	➤ 134.000€, marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs centraux, ou ➤ 207.000€, marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs sous-centraux.
Marchés publics – secteurs spéciaux directive 2014/25/UE (Livre III de la loi)	
Travaux Article 15 de la directive / Article 98 de la Loi	➤ 5.350.000€
Fournitures et services Article 15 de la directive / Article 98 de la Loi	➤ 428.000€
Services sociaux et spécifiques Article 15 de la directive / Article 98 de la Loi	➤ 1.000.000€

Source : Loi ; Production : Conseil

Les marchés dont la valeur estimée est située sous ces seuils seront des marchés dits nationaux, et tombent sous l'égide du Livre Ier. Les marchés situés au-dessus de ces seuils seront dits d'envergure ou européens et seront régis par les Livres II et III de la Loi.

Les marchés d'envergure ou européens sont publiés sur la plateforme Tenders Electronic Daily (ci-après : « TED »)²⁰, le Supplément (en ligne) au Journal officiel de l'Union européenne en vue de leur diffusion dans toute l'Union européenne.

A l'instar de la directive, la Loi prévoit plusieurs types de procédures de passation de marchés. Le choix de la procédure adéquate se fait en fonction de la valeur du marché, de son objet ou des circonstances. Les procédures suivantes, définies au sein de l'article 3 de la Loi, sont les plus répandues pour les marchés publics de travaux :

- les procédures négociées ;
- les procédures restreintes avec ou sans publication d'avis ;
- les procédures ouvertes.

²⁰ « Tenders Electronic Daily » - <https://ted.europa.eu/>.

Les procédures négociées et restreintes ne peuvent être appliquées que dans certains cas, spécifiés à l'article 20 de la Loi²¹, ainsi que sous certains seuils. Elles font figure d'exception. Les procédures ouvertes sont considérées comme les procédures standards. C'est principalement ce type de procédure qui est appliqué lors des marchés de travaux et que le Conseil a par conséquent été amené à analyser tout au long de son enquête.

D'après l'article précité, les procédures ouvertes « *sont, au sens des Livres Ier et II, les procédures dans lesquelles tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre en réponse à un appel à concurrence* ».

Les seuils applicables aux procédures dites nationales, si la valeur estimée totale du marché est inférieure à 5.350.000€, sont les suivants :

Tableau 10 : Seuils applicables aux procédures dites nationales

Procédure standard	
Procédure ouverte publiée au niveau national (PMP)	< 5.350.000€ - Seuil du marché d'envergure
Procédure d'exception	
Procédure restreinte avec publication d'avis	<ul style="list-style-type: none"> ➤ valeur estimée totale du marché par corps de métier > 125.000 €²² ➤ valeur estimée totale du marché d'entreprise générale > 625.000 € (art 19 de la Loi)²³
Procédure restreinte sans publication d'avis ou Procédure négociée sans publication	<ul style="list-style-type: none"> ➤ valeur estimée totale par corps de métier < 60.000 € (art 151 du Règlement) ➤ si la valeur estimée totale par corps de métier entre 60.000€ et 14.000€²⁴, il faut un minimum de 3 candidats (art 20 de la Loi)

Source : Loi ; Production : Conseil

Indépendamment de la procédure appliquée par le pouvoir adjudicateur, le marché doit être attribué à l'entreprise ayant soumis « *l'offre économiquement la plus avantageuse* ». Selon l'article 35 de la Loi, cette offre économiquement la plus avantageuse est déterminée sur la base du prix (la moins chère), sur la base du coût (le moindre coût pour le pouvoir adjudicateur sur une période à fixer) ou sur la base du meilleur rapport qualité/prix (qui fait intervenir des critères qualitatifs).

Ces critères d'attribution seront analysés en détail au chapitre 10 du présent rapport.

2.3. Chiffres clés en termes de procédures applicables

Dans le cadre de son suivi des marchés publiés au PMP, le Conseil a rassemblé les chiffres suivants sur les différentes procédures applicables. La majorité des marchés publics de

²¹ Voir Annexe III de ce rapport.

²² Valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

travaux publiés sur la période concernée ont été passés sous la procédure nationale ouverte (54,7%), suivie par la procédure européenne (43,3%).

Tableau 11 : Marchés publics de travaux par type de procédure – 05/2020 à 04/2021

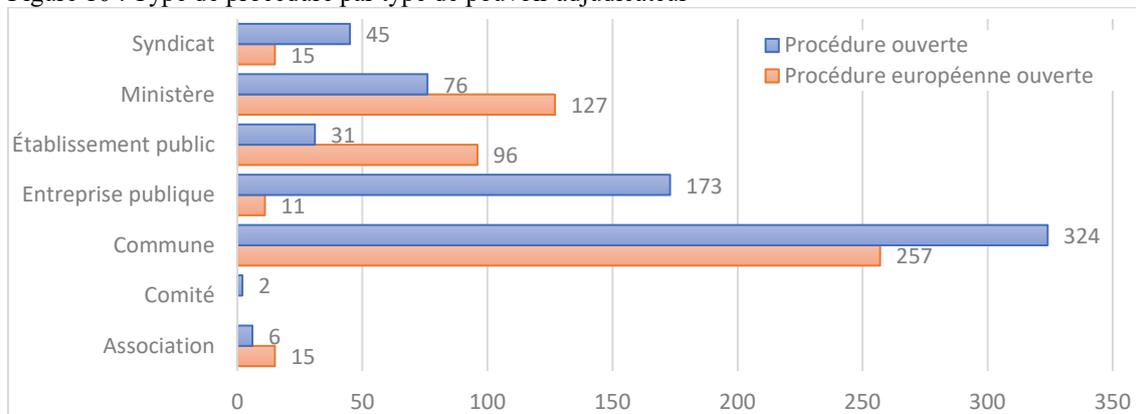
Type de procédure	Nombre	%
Procédure (nationale) ouverte	657	54,7%
Procédure européenne ouverte	521	43,3%
Procédure européenne restreinte	15	1,2%
Procédure européenne négociée	8	0,7%
Procédure négociée	1	0,1%
TOTAL	1.202	100%

Source : PMP ; Production : Conseil

Étant donné que les procédures négociées et restreintes sans publication d’avis ne sont pas obligatoirement publiées sur le PMP, ce résultat ne signifie pas forcément que ces procédures ne sont que marginalement appliquées, mais plutôt qu’il n’existe pas de données chiffrées fiables sur ce type de procédures.

Le Conseil constate que les communes et les entreprises publiques utilisent majoritairement des procédures ouvertes nationales, tandis que les ministères et les établissements publics utilisent prioritairement des procédures ouvertes européennes. Il en découle que les marchés de travaux émanant des autorités centrales sont de plus grande envergure que les marchés de travaux émanant des autorités locales, mais aussi des entreprises publiques.

Figure 10 : Type de procédure par type de pouvoir adjudicateur



Source : PMP ; Production : Conseil

2.4. Les différentes étapes de la procédure nationale ouverte d’un marché de travaux

Afin de mieux analyser par la suite les problèmes de concurrence qui peuvent être rencontrés lors de la passation d’un marché de travaux, le Conseil a divisé²⁵ la vie d’une procédure nationale ouverte en neuf étapes différentes, séparées en quatre phases (préparation, soumission, attribution et exécution).

²⁵ Démarche basée d’une part sur la Loi et le Règlement et d’autre part suite aux entretiens avec les pouvoirs adjudicateurs.

1^{ère} étape : Définition du besoin du pouvoir adjudicateur et obtention des autorisations (phase de préparation)

Le pouvoir adjudicateur définit l'objet du marché public. La phase de préparation du marché permet de répondre à des questions simples mais essentielles qui auront une influence, d'une part, sur le choix de la procédure et, d'autre part, sur le succès du marché. Elle doit délimiter au minimum les éléments suivants :

- l'objet précis du marché ;
- le lieu d'implantation ;
- la durée estimée des travaux ;
- le coût estimé et donc le budget des travaux.

Lors de la phase de préparation du marché, le pouvoir adjudicateur sélectionne un bureau d'études²⁶, qui l'accompagnera dans la conception et la réalisation du projet. Une fois le besoin clairement défini au sein de l'avant-projet, le pouvoir adjudicateur, respectivement son bureau d'études, met au point les dossiers d'autorisations et d'approbations nécessaires au lancement du projet (par exemple : études de sol, permis de construire).

La Loi prévoit par son article 27 que lorsqu'un « *candidat [...] a participé d'une autre façon à la préparation de la procédure de passation de marché, le pouvoir adjudicateur prend des mesures appropriées pour veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée par la participation de ce candidat [...]* »

2^{ème} étape : La rédaction et l'élaboration du dossier de soumission (phase de préparation)

Au cours de cette étape, le pouvoir adjudicateur devra rédiger ou faire rédiger par le bureau sélectionné l'avis de marché et mettre en place le dossier de soumission qui permettront de donner une vue complète sur le projet aux soumissionnaires potentiels. Le dossier de soumission inclut le cahier spécial des charges ainsi que le bordereau des prix, ainsi qu'éventuellement d'autres documents optionnels.

L'avis de marché est publié par le pouvoir adjudicateur sur le PMP pour les procédures ouvertes et restreintes avec publication d'avis, ainsi que dans la presse écrite. Il récapitule les informations qui permettent au candidat potentiel de savoir s'il est intéressé ou non par le marché. Il doit contenir obligatoirement les informations suivantes:

- nature et quantité des travaux ;
- identité du pouvoir adjudicateur ;
- type de procédure ;
- début et durée prévisible des travaux ;
- référence de l'autorisation de l'autorité supérieure investie du pouvoir de décision (pour les marchés autres que pour le compte de l'État) ;
- lieu de retrait de l'offre ;
- lieu, date et heure prévus pour la remise des offres ainsi que pour leur ouverture.

Le cahier spécial des charges, d'après l'article 13 du Règlement, « *doit être rédigé de façon suffisamment claire et détaillée, afin qu'il ne puisse subsister de doute sur la nature et l'exécution du marché.* ». En d'autres termes, le cahier des charges décrit précisément

²⁶ Ou, dans une première étape, un consultant externe ; voir chapitre 3 pour plus de détails.

les besoins auxquels le soumissionnaire doit répondre, et organise la relation avec le pouvoir adjudicateur tout au long d'un projet. Il forme la base du marché et fait partie intégrante du dossier de soumission.

Le règlement grand-ducal du 24 mars 2014²⁷ instaure plusieurs cahiers spéciaux des charges standardisés :

- le cahier spécial des charges standardisé relatif aux clauses contractuelles générales, qui sont à intégrer dans les dossiers de soumission ;
- le cahier spécial des charges standardisé relatif aux clauses techniques générales, qui s'appliquent à tous les marchés publics de travaux. Elles n'ont plus besoin d'être intégrées dans les dossiers de soumission et sont disponibles sur le site du CRTI-B²⁸ ;
- les cahiers spéciaux des charges standardisés relatifs à différents corps de métiers, qui n'ont plus besoin d'être intégrés dans les dossiers de soumissions.

Des clauses particulières peuvent compléter les dispositions de ces cahiers spéciaux des charges sans cependant pouvoir y déroger.

Le cahier spécial des charges standardisé prévoit certains choix qui devront être faits par le pouvoir adjudicateur. Il s'agit des « *choix prévus au règlement grand-ducal d'exécution du 8 avril 2018* », dont notamment, pour les besoins de la présente enquête :

- la division du marché en lots ou corps de métier (décrit en détail au chapitre 4) ;
- l'instauration de variantes (décrit en détail au chapitre 0) ;
- les critères de sélection du marché (décrit en détail au point 6) ;
- les critères d'attribution du marché (décrit en détail au chapitre 9).

Un bordereau de soumission accompagne obligatoirement le cahier spécial des charges en cas d'offre au prix de revient et en cas d'offre à prix unitaires. Le bordereau de soumission décrit de façon très détaillée le volume, la quantité et la nature de toutes les prestations. Il s'agit d'un tableau des prix sur lequel les travaux sont subdivisés en « *positions* » ou en « *prestations* » et pour lesquels le soumissionnaire est obligé d'inscrire un prix unitaire.

Contrairement au cahier des charges, il n'existe pas de bordereau de soumission standardisé²⁹. Son contenu et sa forme dépendront du projet et du maître d'ouvrage.

3^{ème} étape : Publication de l'avis et mise à disposition du dossier de soumission (phase de soumission)

Une fois le dossier de soumission et l'avis rédigés, le pouvoir adjudicateur procède et à la publication avec mise à disposition de ceux-ci.

²⁷ Règlement grand-ducal du 24 mars 2014 portant institution de cahiers spéciaux des charges standardisés en matière de marchés publics et portant modification de l'article 103 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

²⁸ Centre de Ressources des Technologies et de l'Innovation pour le Bâtiment <http://www.crtib.lu/fr/crtib/qui-sommes-nous>.

²⁹ Voir chapitre 0 pour plus de détails.

L'avis de marché est à publier par voie électronique sur le PMP et est annoncé par voie de la presse luxembourgeoise. « *En règle générale* »³⁰, les pouvoirs adjudicateurs mettent à disposition une version électronique du dossier de soumission sur le portail des marchés publics. Le Conseil n'a pas constaté d'avis publié sur le PMP sans mise à disposition du dossier de soumission.

4^{ème} étape : Échanges entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires (phase de soumission)

À partir du moment où le dossier de soumission est accessible au grand public, les soumissionnaires ont la possibilité d'entrer en contact avec le pouvoir adjudicateur. Cette mise en contact permettra aux entreprises de poser des questions afin de clarifier les incompréhensions éventuelles et aux pouvoirs adjudicateurs de corriger les erreurs éventuelles dans le dossier de soumission. Tout point clarifié sera par la suite publié sur le PMP et notifié aux entreprises intéressées par le marché.

En cas de modification du dossier de soumission, le délai de soumission doit être prolongé, selon l'article 38 du Règlement, « *de façon adéquate* ». Si la modification concerne les critères de sélection ou les critères d'attribution, le pouvoir adjudicateur doit procéder à une nouvelle publication de l'avis de marché.

Cet échange a lieu via le PMP, ou bien par une visite des lieux du chantier. Durant cette phase, les soumissionnaires analysent le dossier de soumission et préparent leurs offres.

5^{ème} étape : Dépôt des offres (phase de soumission)

Lors de cette étape, les soumissionnaires déposent leur offre respective auprès du pouvoir adjudicateur. Ce dépôt se fait normalement sous forme électronique via le PMP pour les procédures ouvertes. Certaines entreprises préfèrent une remise physique des offres, soit par courrier recommandé, soit en mains propres dans les locaux du pouvoir adjudicateur. En cas de marché européen, la remise électronique de l'offre est obligatoire.

Afin d'être considérée comme complète, l'offre doit contenir les prix et explications exigés dans le dossier de soumission. Toutes les positions du bordereau doivent être remplies. En cas de remise d'offre sous forme physique, l'enveloppe contenant l'offre doit être fermée de façon à ce que l'intégrité du contenu soit préservée jusqu'à l'ouverture des offres.

6^{ème} étape : Ouverture des offres (phase d'attribution)

Les offres sont ouvertes par le pouvoir adjudicateur en séance non publique, en présence éventuelle des soumissionnaires. Le montant final de chaque offre est lu à voix haute et est retenu dans un procès-verbal. Lors de la séance d'ouverture des offres, aucun contrôle de la conformité de l'offre n'est permis. Suite à la séance d'ouverture des offres, le pouvoir adjudicateur établit un classement provisoire qu'il communique aux soumissionnaires.

³⁰ Article 44 du Règlement.

7^{ème} étape : Examen des offres (phase d'attribution)

Le pouvoir adjudicateur entre dans la phase d'attribution du marché. Il dispose d'un délai de deux mois pour attribuer le marché. Lors de cette étape il procède au contrôle de la conformité des offres. Il procède aux étapes suivantes (décrites en détail au chapitre 10) :

- le contrôle technique des offres ;
- le contrôle arithmétique des offres ;
- le contrôle de la conformité administrative et des critères de sélection.

Lors de la phase d'attribution, les pouvoirs adjudicateurs peuvent également se faire assister par le bureau d'études.

8^{ème} étape : Attribution et conclusion du marché (phase d'attribution)

À l'issue de ce contrôle, le pouvoir adjudicateur établit un classement provisoirement définitif en fonction de son mode d'attribution et notifie les soumissionnaires de sa décision d'attribution. La phase d'attribution sera traitée en détail au chapitre 10. Ce classement est provisoire dans le sens où il peut arriver que le soumissionnaire gagnant n'est pas en possession de tous les certificats, attestations et autorisations requises. Ce sujet sera approfondi au chapitre 11. Le pouvoir adjudicateur doit communiquer aux soumissionnaires les motifs du rejet de leur offre et informer les soumissionnaires des voies de recours (nationales et européennes). Si le pouvoir adjudicateur omet de motiver sa décision et d'indiquer les voies de recours ouvertes contre elle, le délai de recours ne court pas ; l'opérateur économique peut intenter un recours à tout moment.

Selon l'article 98 du Règlement, le contrat avec l'adjudicataire (le soumissionnaire gagnant) ne peut être conclu qu'après un délai d'au moins quinze jours suivant la notification de rejet aux autres soumissionnaires. Le contrat est formalisé par la signature du pouvoir adjudicateur du document de soumission remis par l'adjudicataire.

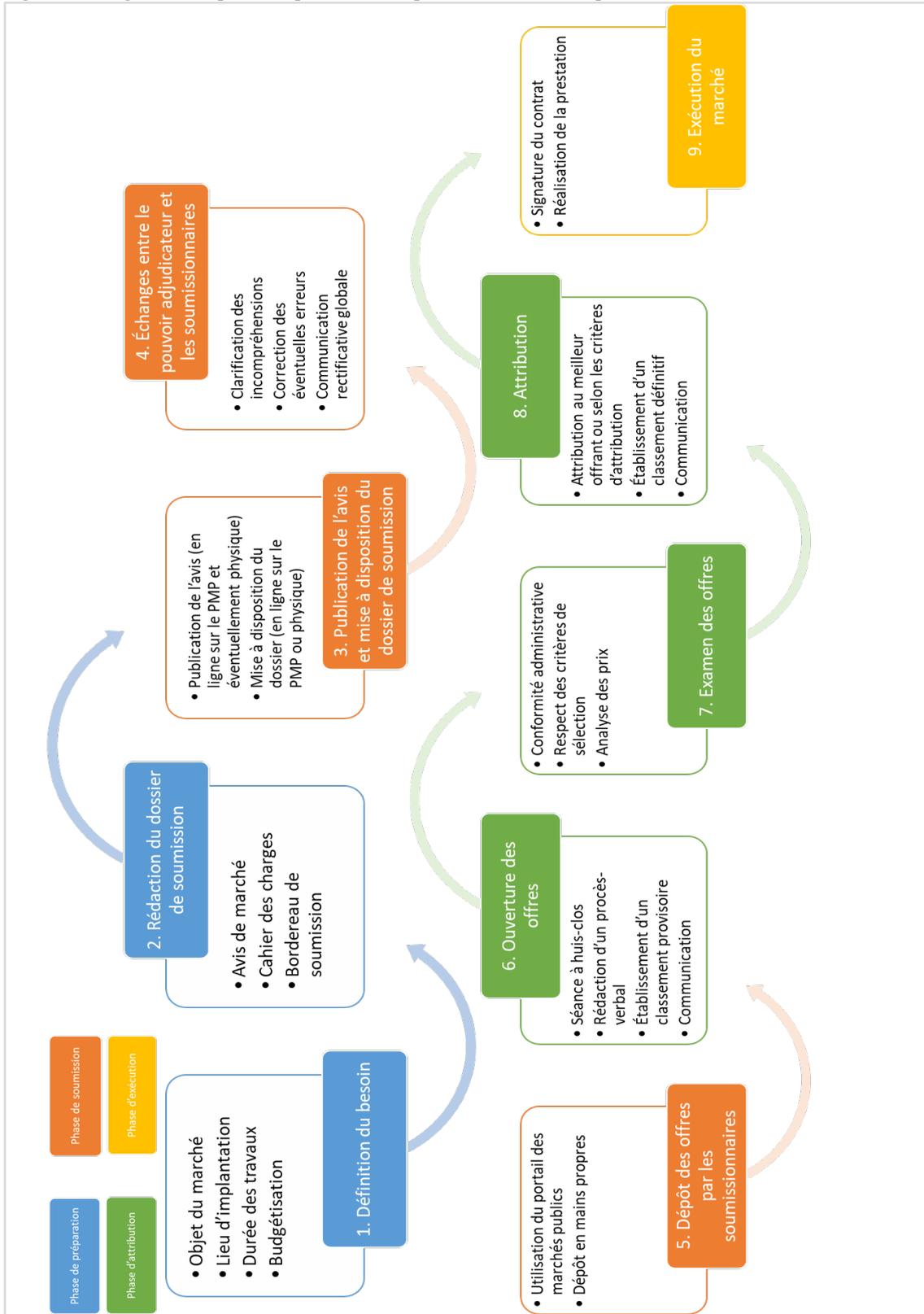
9^{ème} étape : Exécution du marché (phase d'exécution)

Généralement, le début exact des travaux se situe dans un délai d'au moins vingt-et-un jours entre l'indication par écrit à l'adjudicataire de la date exacte du début des travaux et le début effectif des travaux. Les travaux sont à exécuter dans les délais fixés par le planning d'exécution repris aux clauses contractuelles³¹.

La phase d'exécution est supervisée soit directement par le pouvoir adjudicateur, soit, le plus souvent, en collaboration avec un bureau d'études.

³¹ Ce délai de 21 jours est prévu par les clauses contractuelles générales standardisées publiées sur le PMP. Il est majoritairement repris dans les cahiers des charges concernant des marchés de travaux passés sous forme de procédure ouverte.

Figure 11 : Ligne de temps d'une procédure de passation de marché public de travaux



Source : Loi ; Production : Conseil

En résumé

- Les marchés publics au Grand-Duché de Luxembourg sont régis par la Loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics ainsi que son règlement grand-ducal d'exécution du même jour. Ils sont issus de la transposition de directives européennes.
- La loi précitée est divisée en trois livres en ce qui concerne les procédures applicables. Le Livre Ier contient les dispositions applicables à tous les marchés, le Livre II s'applique aux marchés européens, aussi appelés marchés d'envergure, qui tombent sous le champ de la directive 2014/24/UE. Le Livre III s'applique aux marchés spécifiques de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.
- La Loi prévoit plusieurs types de procédures de passation de marchés, en fonction de la valeur ou de l'objet du marché. Les procédures les plus répandues sont les procédures négociées, les procédures restreintes (avec ou sans publication d'avis) et les procédures ouvertes.
- Le seuil des marchés d'envergure se situe à 5.350.000€. En dessous de ce seuil, on parle de procédure nationale. D'après l'enquête du Conseil, les procédures nationales ouvertes représentent la majorité des marchés de travaux (54,7%). Il n'existe pas de chiffres publics quant aux procédures négociées et restreintes.
- Le Conseil a divisé la vie d'une procédure nationale ouverte en neuf étapes différentes, de la définition du besoin jusqu'à l'exécution du marché (sur base de la Loi et des entretiens réalisés). Cette démarche permettra de mieux analyser les problèmes de concurrence qui peuvent être rencontrés lors de la passation d'un marché de travaux.

3. Les bureaux d'études

3.1. Rôle de l'architecte, de l'ingénieur civil et de l'ingénieur technique

Comme mentionné au chapitre 2.4, le pouvoir adjudicateur a quasiment toujours recours à un ou plusieurs bureaux d'architectes ou d'ingénieurs-conseils³² afin de mettre en place la procédure de passation de marché et de l'accompagner, le plus souvent, dans toutes les étapes de préparation et de réalisation d'un projet de construction. Ceci lui permet de s'assurer les services de personnes spécialisées et expérimentées dans une matière d'une complexité très élevée sans avoir à se doter lui-même des ressources et compétences requises au sein de ses services.

Il existe trois professions amenées à soutenir le pouvoir adjudicateur lors de la préparation et de la réalisation d'un projet de construction :

- les architectes ;
- les ingénieurs-conseils en génie civil ;
- les ingénieurs-conseils en génie technique.

Ces trois professions sont réglementées par la loi du 13 décembre 1989 portant organisation des professions d'architecte et d'ingénieur-conseil. L'article 1^{er} de cette loi définit les métiers d'architecte et d'ingénieur-conseil de la façon suivante :

« Est un architecte au sens de la présente loi celui qui fait profession habituelle de la création et de la composition d'une œuvre de construction, d'urbanisme ou d'aménagement [...] »

Est un ingénieur de construction, au sens de la présente loi, celui qui fait profession habituelle de la conception d'une œuvre de construction à caractère technique, d'urbanisme ou d'aménagement du territoire [...].

Est un ingénieur des autres disciplines au sens de la présente loi, celui qui fait profession habituelle de la conception d'une œuvre dans le domaine technique ou scientifique [...]. »

Selon l'article 4 de cette même loi, *« quiconque désire entreprendre des travaux soumis à une autorisation de bâtir, des plans ou des travaux d'urbanisme et d'aménagement du territoire, doit, pour établir un projet à caractère architectural, faire appel à un architecte et, pour établir un projet à caractère technique, à un ingénieur de construction »*. L'objectif de cette disposition résiderait dans la volonté de garantir la qualité esthétique et technique de la construction en prévenant une intervention de personnes non qualifiées.

Les services d'architectes et d'ingénieurs-conseils pour le secteur public sont encadrés par des contrats-type mis en place entre l'Administration des Bâtiments publics (ci-après : « ABP ») et l'Ordre des architectes et ingénieurs-conseils (ci-après : « OAI ») il y a plus de trente ans. Ils ont pour but de standardiser les prestations des architectes et des ingénieurs conseils et leur existence est appréciée par tous les acteurs.

³² Ce rapport utilise le terme bureau d'études pour désigner, indifféremment, les bureaux d'architectes et les bureaux d'ingénieurs-conseils.

Les contrats-type existent en des versions spécifiques pour les trois professions susmentionnées. Il existe d'un autre côté des versions différentes pour l'ABP, le secteur communal et l'Administration des Ponts et Chaussées. Ils ne sont en revanche pas appliqués par tous les autres organismes publics soumis à la législation sur les marchés publics, tels que les établissements publics ou les entreprises publiques de droit privé.

Le contrat-type est structuré en 15 articles distincts qui couvrent tous les aspects de la relation entre les bureaux d'études et les adjudicateurs publics. Il définit notamment toutes les missions pouvant être attribuées à un bureau d'études, de l'avant-projet à la constitution d'un « *dossier final* » après la réception de l'ouvrage (article 3). Il inclut également depuis mai 2020, un « *barème indicatif de référence des honoraires* » d'architecte ou d'ingénieur (article 6). Avant cette date, le contrat-type incluait un « *barème des honoraires* » supposé être appliqué à chaque contrat.

Les missions assignées par les pouvoirs adjudicateurs aux bureaux d'études sont généralement des missions complètes qui englobent toutes ou la plupart des prestations couvertes par les contrats-types. Ces missions peuvent porter sur la conception architecturale et technique ainsi que la direction et le contrôle des travaux. Selon les témoignages recueillis par le Conseil, elles peuvent inclure un service complet lié à la mise en place de la procédure de passation de marchés :

- l'aide à la budgétisation et à la mise en route du projet ;
- la rédaction et l'élaboration du cahier spécial des charges et du bordereau des prix ;
- l'examen de conformité des offres ;
- l'analyse des prix ;
- l'établissement d'un classement des offres ;
- le suivi et la coordination des travaux.

3.2. La mise en concurrence des bureaux d'études

Comme expliqué au point 2.4, l'un des premiers actes du pouvoir adjudicateur lors de la phase préparatoire du projet consistera en la sélection d'un ou de plusieurs bureaux d'études. Cette sélection devra aboutir à l'attribution d'une mission d'architecte ou d'ingénieur par la voie d'une procédure de passation d'un marché public de services³³. Selon les informations recueillies et les analyses statistiques faites par le Conseil, la mise en concurrence des bureaux d'études prend en règle générale les formes suivantes :

- les procédures négociées en leurs différentes variantes ;
- les concours.

³³ Il n'est pas clair si les marchés d'architecture sont en toute circonstance à considérer comme des marchés de services. Alors que l'ancienne loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics excluait expressément les activités d'architecture et d'ingénierie des marchés de travaux, l'article 3 (1) b en combinaison avec l'annexe II de la Loi de 2018 pourrait suggérer que les services d'architecture seraient à assimiler à des travaux de construction. Par exemple, le Service Voirie de la Ville de Luxembourg avait publié en 2020 un marché d'architecture comme marché de travaux : <https://pmp.b2g.etat.lu/app.php/consultation/519118?orgAcronyme=t5y>.

Lors d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec une ou plusieurs entreprises de son choix. Les concours, souvent appelés concours d'architecture, sont des procédures spécifiquement conçues pour attribuer des marchés d'architecture. Ce sont des procédures du Livre II qui « *permettent 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 du traitement de données, un plan ou un projet qui est choisi par un jury après mise en concurrence avec ou sans attribution de primes* »³⁴.

L'organisation d'un concours est régie par le règlement grand-ducal du 10 juillet 2011 fixant les règles relatives au déroulement des concours d'aménagement du territoire, d'urbanisme, d'architecture et d'ingénierie.

Le pouvoir adjudicateur peut attribuer une mission à différents bureaux d'études relevant de différentes professions, ou alors s'adresser à un groupement de bureaux qui regroupe les différentes professions requises par le projet, dans le cadre d'une mission dite de maîtrise d'œuvre. L'OAI a récapitulé au sein d'une publication les bonnes pratiques et règles en vigueur en matière de maîtrise d'œuvre³⁵.

Selon les acteurs entendus par le Conseil, le type de procédure retenue par le pouvoir adjudicateur pour attribuer une mission à un bureau d'études sera déterminé, logiquement, par le respect des seuils qui sont d'application pour les marchés de services au sens de l'article 3 (1), ou, dans le cas d'un concours, relève d'une décision politique³⁶.

Les pouvoirs adjudicateurs, notamment ceux qui ne disposent pas d'une expérience approfondie en matière de marchés publics, ni de ressources internes importantes, peuvent être assistés dans la pratique par des consultants externes, qui peuvent ou non être inscrits à l'OAI, qui exerceraient un rôle de gestionnaire de projet pour la sélection du ou des bureaux d'études.

3.3. Enquête du Conseil

Étude statistique du Conseil

Le cahier spécial des charges standardisé, édité par le CRTI-B, indique généralement dans la rubrique « *1.11. Exécution du marché* » les « *personnes assistant le pouvoir adjudicateur* ». Sur cette base, le Conseil a constaté dans son étude de 100 dossiers de soumission que la grande majorité des pouvoirs adjudicateurs font appel à un architecte ou à un ingénieur externe :

³⁴ Loi du 8 avril 2018, article 3 paragraphe 2.

³⁵ « MOAI » - OAI - <https://www.oai.lu/fr/14/accueil/pour-maitres-d-ouvrage/moai.lu-maitrise-d-oeuvre-oai/>

³⁶ Pour les seuils applicables aux différents types de procédures, voir chapitre 2.2.

Figure 12 : Extrait d'un cahier spécial des charges

<p>1.11. EXECUTION DU MARCHÉ</p> <p>➤ 1.11.1 Personnes assistant le pouvoir adjudicateur</p> <p>Le pouvoir adjudicateur est assisté par la/les personne(s) suivante(s), chacune étant responsable dans son domaine.</p> <p>Architecte(s): Morphe4 architecture</p> <p>Ingénieur(s) en génie civil: TR-ENGINEERING S.A. – Ingénieurs-Conseils</p> <p>Ingénieur(s) en génie électrique : Goblet Lavandier</p> <p>Ingénieur(s) en génie climatique : Goblet Lavandier</p> <p>Ingénieur(s) en génie sanitaire : Goblet Lavandier</p>

Source : PMP

Tableau 12 : Pourcentage des marchés qui font recours à un bureau d'études

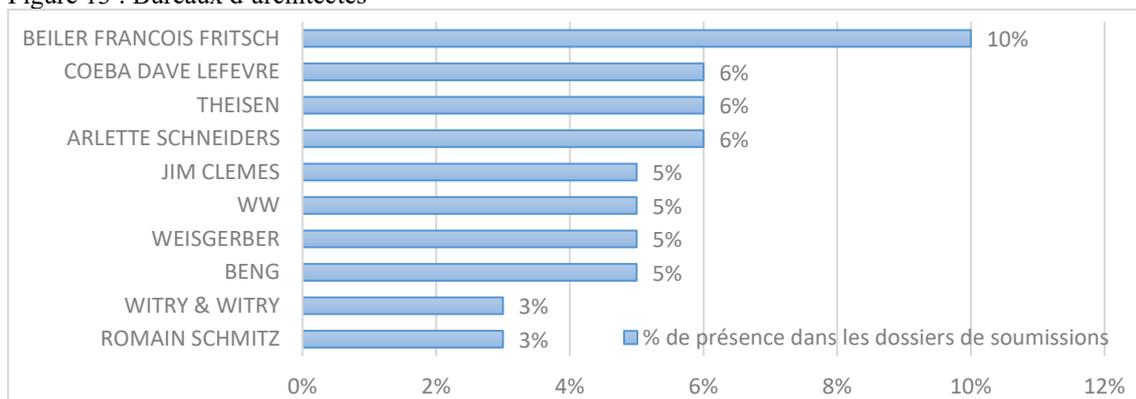
	Recours à un architecte externe		Recours à un ingénieur civil externe		Recours à un ingénieur technique externe	
		(1)		(1)		(1)
Oui	62%	84%	78%	100%	68%	85%
Non communiqué	26%	-	22%	-	20%	-
Non (services internes)	12%	16%	0%	0%	12%	15%
TOTAL	100%		100%		100%	

(1) Sans prise en compte des cas dans lesquels l'information est manquante.

Source : PMP ; Production : Conseil

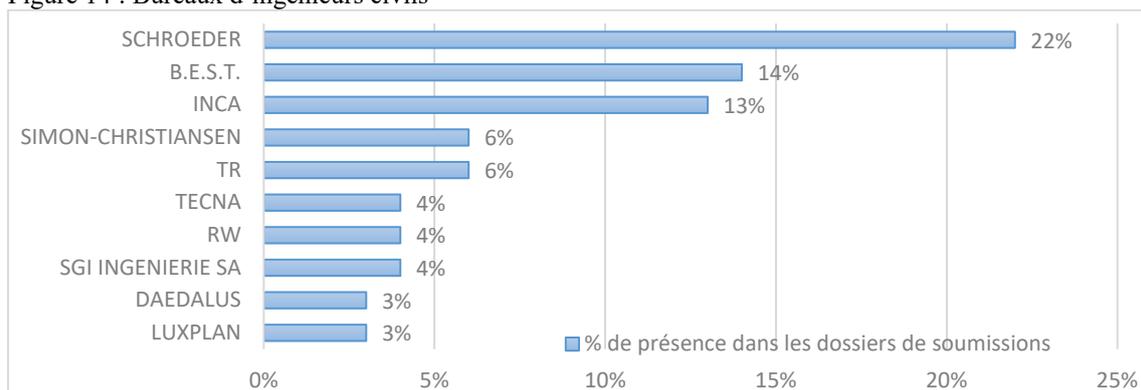
Grâce aux données collectées, le Conseil est en mesure d'établir la liste des bureaux d'études ayant été les plus sollicités au sein des dossiers de soumission étudiés. Le Conseil constate une grande variété d'intervenants, sauf peut-être en matière d'ingénierie technique où une entreprise est particulièrement sollicitée, à savoir dans 40% des cas.

Figure 13 : Bureaux d'architectes



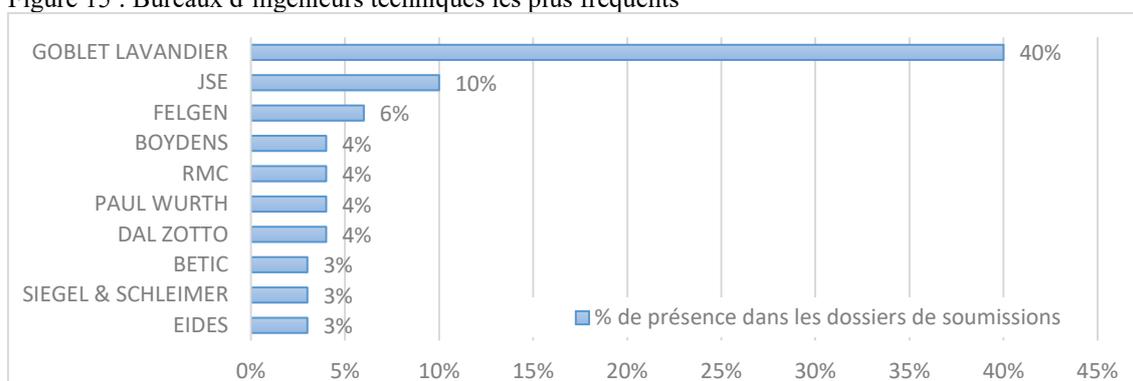
Source : PMP ; Production : Conseil

Figure 14 : Bureaux d'ingénieurs civils



Source : PMP ; Production : Conseil

Figure 15 : Bureaux d'ingénieurs techniques les plus fréquents



Source : PMP ; Production : Conseil

Entretiens

Il ressort des entretiens avec les pouvoirs adjudicateurs que l'appel à un bureau d'études et la mission qui lui est confiée dépendent en premier lieu des ressources internes et de l'expérience du pouvoir adjudicateur en matière de gestion des projets de construction. Plus l'adjudicateur est important, moins il aura tendance à se tourner vers un bureau d'études pour l'entièreté des prestations d'une mission, car il disposera des ressources, de l'expérience et du savoir-faire au sein de ses services³⁷. Toutefois, selon l'OAI, les missions d'architecture et d'ingénierie confiées ne se limitent généralement pas à une simple assistance lors de la phase de préparation d'un projet de construction, mais couvrent également toutes les étapes de préparation et de réalisation du projet, telles qu'elles sont décrites dans les contrats-type.

Les bureaux d'études ont mis en avant lors des entretiens la longueur des procédures de sélection des cabinets. Elles peuvent durer plusieurs mois, ce qui aura tendance à monopoliser de nombreuses ressources pendant une longue période et de générer ainsi un surcoût évitable. Aussi, il s'avère que les pouvoirs adjudicateurs n'utilisent pas de canevas commun lors de ces procédures. Chaque projet demande des entrants et des formats spécifiques, ce qui complique évidemment la tâche pour les bureaux³⁸.

³⁷ Entretien avec Ville de Luxembourg, ABP, Administration ponts et chaussées

³⁸ Selon les indications d'un bureau d'architecte une participation à un concours coûterait jusqu'à 80.000€.

Ainsi, du point de vue de l'OAI, il serait intéressant de mettre en place un « *dossier de candidature type, notamment en ce qui concerne la partie administrative en collaboration avec le CRTI-B.* »³⁹. Par ailleurs, l'OAI plaide de façon générale pour une application des procédures négociées plutôt que des procédures ouvertes, et de la prise en compte de critères qualitatifs plutôt que des critères de prix.

Les entreprises de construction interrogées estiment que la collaboration avec les bureaux d'études est bonne. Néanmoins, elles constatent qu'au fil des années la qualité technique des documents de marché qui constituent le dossier de soumission est en baisse. Elles attribuent cette détérioration à deux facteurs : d'une part le manque de personnel qualifié au sein des bureaux d'études et d'autre part les courts délais imposés par les pouvoirs adjudicateurs pour l'élaboration des dossiers de soumission⁴⁰.

3.4. Analyses et propositions du Conseil

Lors de son enquête, le Conseil a relevé plusieurs points concernant l'attribution des marchés d'architecture ou d'ingénierie problématiques du point de vue de la mise en concurrence.

Le choix de la procédure

Les marchés d'attribution de missions d'architecture ou d'ingénierie sont régis par les dispositions qui s'appliquent aux marchés de services, mis à part les concours qui sont encadrés par des dispositions propres. Selon l'OAI, les procédures les plus appropriées pour ce type de marché sont celles du type « *procédures négociées* »⁴¹. Il s'agit de la procédure négociée pour les marchés nationaux et de la procédure concurrentielle avec négociation pour les marchés d'envergure (européens).

Toujours selon l'OAI, seules les procédures négociées permettent « *d'analyser les offres de façon interactive avec chaque candidat autorisé à participer* », ce qui serait rigoureusement impossible dans le cadre des autres types de procédures⁴². Par ailleurs, l'OAI s'oppose par principe à ce que les attributions des marchés d'architecture et d'ingénierie se fassent sur base du prix plutôt que sur la base de la qualité conceptuelle et technique d'une offre (voir infra la section « *code de déontologie* »). Une telle démarche est en effet prévue à l'article 35 de la Loi qui dispose que « *[l]e facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité* ». Elle est, pour l'instant du moins, certainement plus facile à mettre en œuvre au sein d'une procédure négociée que lors d'une procédure ouverte⁴³.

³⁹ Circulaire OAI n°34 - *Attribution aux membres OAI de missions dans le cadre des marchés publics*, point 8.2. Luxembourg 2020

⁴⁰ Les fournisseurs de matériaux, quant à eux, ont indiqué au Conseil que les bureaux d'études pouvaient être en partie responsables de l'utilisation de *Leitfabrikate*. Cette question sera abordée au point 7.2 du présent rapport.

⁴¹ Entretien avec l'OAI.

⁴² Circulaire OAI n°34. *Attribution aux membres OAI de missions dans le cadre des marchés publics*, point 1.8, Luxembourg. 2020.

⁴³ Voir à ce sujet le chapitre 9.

L'article 20 (1) de la Loi dispose qu'« *Il peut être recouru soit à la procédure restreinte sans publication d'avis, soit à la procédure négociée dans les cas suivants : (...)*

j) lorsqu'il s'agit de travaux, fournitures et services dont les prix sont en fait soustraits au jeu normal de la concurrence ou s'il s'agit de services rémunérés suivant un barème officiel ». L'article 20 (1) j) se lit comme fait sur mesure pour les marchés d'architecture et d'ingénierie, car les barèmes d'honoraires des architectes et ingénieurs-conseils étaient pendant des décennies fixés au sein des contrats-type d'architecte et d'ingénieur de l'Administration des bâtiments publics, du Ministère de l'Intérieur pour le secteur communal et de l'Administration des Ponts et Chaussées pour les travaux de voirie et d'ouvrages d'art⁴⁴. Or, l'OAI a clarifié qu'elle n'estime pas que les procédures négociées soient toujours applicables à chaque marché d'architecture et d'ingénierie en vertu de cette disposition.

L'enquête du Conseil montre que les procédures négociées sont de loin celles préférées par les pouvoirs adjudicateurs de toute taille. Elles sont plus faciles à mettre en place et peuvent être moins longues que les procédures ouvertes (toutefois, selon les témoignages recueillis par le Conseil, les négociations peuvent devenir tout aussi longues).

L'analyse du Conseil des avis publiés sur le PMP de mai 2020 à avril 2021 montre qu'une trentaine de procédures d'attribution de missions d'architecte ou d'ingénieur ont fait l'objet d'une publication sur le portail. Presque toutes ces procédures étaient des procédures concurrentielles avec négociation au sens du Livre II. Le Conseil est d'avis que ce chiffre est dérisoire par rapport aux 1.203 marchés de travaux publiés en tout durant cette période, même en tenant compte du fait qu'un même projet peut donner lieu à plusieurs procédures de passation de marché si le marché est divisé en lots et une procédure est lancée pour chaque lot. La raison principale de cette carence est la prépondérance des procédures négociées du Livre I pour les marchés d'architectures et d'ingénierie, qui ne sont pas soumises à une obligation de publicité.

Or, il ressort de l'enquête que le choix du bureau d'études par le biais d'une procédure négociée ne se fait pas toujours sur base de critères objectifs. Par exemple, les procédures négociées peuvent donner lieu à l'attribution d'une mission sur proposition du collègue échevinal ou du conseil communal, ou peuvent résulter d'un système informel de rotation⁴⁵, sans mise en concurrence.

Par ailleurs, de l'avis du Conseil, la question de l'objectivité se pose également par rapport aux procédures restreintes au sein desquelles uniquement les bureaux d'études retenus par le pouvoir adjudicateur sont invités à remettre une offre. Selon l'OAI « *Cette manière de procéder est non discriminatoire et n'attribue aucun avantage aux candidats expressément invités à candidater dans l'avis de marché, alors que ces derniers sont informés du marché au jour de la publication, en même temps que les autres candidats potentiels qui peuvent tous soumettre une demande de participation en réponse à l'avis de mise en concurrence publié.* »⁴⁶.

Comme expliqué supra, les contrats-type d'architecte et d'ingénieurs incluaient jusqu'en mai 2020, à l'article 6 « *Honoraires* », le barème d'honoraires. Depuis mai 2020, ils incluent le « *barème indicatif de référence des honoraires* » d'architecte ou d'ingénieur.

⁴⁵ Pour la définition, voir Glossaire.

⁴⁶ Circulaire OAI no. 34, précitée, point 5.3.

Or, lors des procédures restreintes et négociées, le pouvoir adjudicataire invite, parmi toutes les entreprises qui ont posé une candidature si un avis de marché a été publié, un ou plusieurs candidats aux négociations, sur base de critères qui peuvent être inconnus et non-transparents, ou encore taillés sur mesure. Dans un tel cas, il est difficile d'affirmer que la sélection est forcément et toujours non-discriminatoire.

Le Conseil comprend que l'OAI préfère les procédures négociées aux procédures ouvertes, car la concurrence sur les prix a tendance à réduire les marges. Toutes ces considérations amènent le Conseil à rappeler que les procédures ouvertes constituent le standard en matière de procédures de passation de marchés publics, et que tous les autres types de procédures sont soumis à des conditions restrictives variées et uniquement applicables dans des circonstances particulières. La raison est que seules les procédures ouvertes permettent la mise en concurrence de toutes les entreprises intéressées à soumettre une offre. L'attribution de marché peut se faire soit sur la base du prix, soit sur base de critères qualitatifs à arrêter par le maître d'ouvrage. Les procédures négociées en revanche n'impliquent pas forcément une mise en concurrence et se prêtent à être appliquées même si l'attributaire de la mission d'architecture ou d'ingénierie a en réalité déjà été choisi.

Le Conseil ne s'oppose pas à ce que l'attribution d'une mission d'architecture ou d'ingénierie fasse intervenir d'autres critères que le seul prix, tel qu'il est prévu à bon escient par l'article 35 de la Loi⁴⁷. Toutefois, les procédures ouvertes, en ce qu'elles ne limitent pas le nombre d'offres, maximisent la mise en concurrence, et, en ce qu'elles imposent notamment la publicité des avis, offrent des garde-fous procéduraux que les procédures négociées, par manque de transparence, n'offrent pas.

C'est pourquoi le Conseil préconise un recours accru aux procédures ouvertes pour les marchés d'attribution de missions d'architecte et d'ingénieur.

Pour le moins, le Conseil recommande la rédaction, par un groupe de travail composé d'acteurs concernés d'horizons divers, d'un « *Manuel d'attribution des missions d'architecte et d'ingénierie* » à destination des pouvoirs adjudicateurs qui devra contenir :

- un arbre de décision guidant le choix de la procédure la plus adaptée ;
- un code de bonne gouvernance régissant l'attribution de ces missions ;
- un guide d'estimation de la valeur d'un marché.

Par ailleurs, le Conseil soutient la revendication de l'OAI que, pour des raisons de simplification et d'efficacité évidentes, les contrats-type soient d'usage obligatoire pour tous les pouvoirs adjudicateurs et non seulement pour les trois organismes précités qui les utilisent actuellement.⁴⁸

Le respect de seuils délimitant les procédures

Comme expliqué supra (page 28), les relations entre bureaux d'études et pouvoirs adjudicateurs sont en principe régies par une série de contrats-type. Ils incluent un « *barème indicatif de référence des honoraires* » qui propose un calcul des honoraires

⁴⁷ Pour une discussion des critères d'attribution, voir chapitre 9.

⁴⁸ Administration des bâtiments publics, Ministère de l'Intérieur pour le secteur communal et Administration des Ponts et Chaussées pour les travaux de voirie et d'ouvrages d'art.

basé sur les types des prestations qui font partie de la mission et le coût estimé des travaux de construction à réaliser, calculé selon la nature des travaux et la complexité de l'ouvrage.

Les honoraires dépendent alors de la valeur des travaux, dont l'estimation incombe toutefois au bureau d'études, comme prévu dans les contrats-type⁴⁹. Dès lors, l'estimation qui a pu être effectuée par le pouvoir adjudicateur du montant de ces barèmes ne peut avoir qu'un caractère provisoire, une estimation plus détaillée ne pouvant être effectuée qu'après l'établissement d'un avant-projet détaillé. Or, c'est cette estimation provisoire qui détermine quel type de procédure de passation pourra être d'application. Les pouvoirs adjudicateurs, en particulier ceux qui ne disposent pas d'une expérience confirmée en matière de marchés publics, se trouvent confrontés au paradoxe de l'œuf et de la poule.

C'est pourquoi le Conseil recommande, pour le moins, la rédaction d'un guide pour l'estimation de la valeur d'un projet de construction, qui pourra faire partie du manuel de la section précédente.

Le code de déontologie des architectes et des ingénieurs-conseils

Le Conseil a observé lors de son enquête que les bureaux d'études sont organisés en trois catégories rigoureusement séparées (architectes, ingénieurs-conseils en génie civil et ingénieurs-conseils en génie technique). Il n'existe pas au Luxembourg de bureaux d'études multidisciplinaires qui regrouperaient les trois professions concernées au sein d'un même partenariat ou d'une même société.

Les bureaux interrogés à ce sujet ont tous déclaré vouloir se concentrer sur leur métier de base. Ils estiment que les fonctions d'architecte, d'ingénieur statique et d'ingénieur technique sont trop éloignées les unes des autres pour concevoir un bureau *tous métiers*. Aussi, certains bureaux interrogés ont avancé que le cumul de ces activités ne serait pas conforme avec la législation en vigueur, plus précisément l'article 4 du règlement grand-ducal du 17 juin 1992 déterminant la déontologie des architectes et des ingénieurs-conseils :

« L'exercice de la profession d'architecte et d'ingénieur-conseil à titre indépendant est incompatible avec toute activité commerciale. Toute collaboration, participation sous quelque forme que ce soit, à une autre activité dans les secteurs d'activités connexes exige l'autorisation écrite du Conseil de l'Ordre qui ne peut être accordée qu'à la condition que l'indépendance professionnelle soit sauvegardée. ».

Cette organisation très corporatiste semble aussi être culturelle. Les bureaux d'études en France paraissent plus intégrés et pluridisciplinaires⁵⁰. Aussi, il existe de plus en plus de formations universitaires qui délivrent un double diplôme d'ingénieur-architecte⁵¹.

⁴⁹ Par exemple à l'article 3.1.2.f) du Contrat-type d'architecte – Ministère de la Mobilité et des Travaux publics du 01/05/2020.

⁵⁰ A titre d'exemple : « DVVD » - <https://www.dvvd.fr/>; « GEC Ingénierie » - <https://gec-ingenierie.fr/>

⁵¹ « Ingénieur-architecte : un atout culturel et professionnel » - Le Monde du 30 octobre 2018 - - https://www.lemonde.fr/campus/article/2018/10/30/ingenieur-architecte-un-atout-culturel-et-professionnel_5376613_4401467.html

Si l'article 4 précité empêche réellement la constitution de bureaux « tous métiers », le Conseil ne comprend pas sa raison d'être. En effet, la collaboration de personnes en provenance d'horizons variés et dont les compétences sont en plus complémentaires, loin d'être déontologiquement critiquable, est au contraire recherchée et encouragée dans toutes les autres entreprises et dans tous les pans de l'économie de marché. Du point de vue du Conseil, le regroupement au sein d'un même bureau d'études de différentes professions, qui de toute façon seront amenées à collaborer au sein de tout projet, présenterait de nombreux avantages :

- une baisse du besoin de coordination entre les différents bureaux et une coordination plus simple entre différents métiers indispensables à la réalisation d'un projet de construction. Il en résulte des gains de temps, d'efficacité et de qualité ;
- un gain de temps pour les pouvoirs adjudicateurs, qui n'auront à faire face qu'à un seul interlocuteur, tant au niveau des procédures de sélection des bureaux qu'au niveau de la coordination ;
- des économies d'échelle diverses, allant de la rationalisation des tâches administratives à la mutualisation des bureaux et de certains postes de travail.

Toutes ces économies d'échelle se traduiraient dans une baisse des coûts de la construction publique, au bénéfice des adjudicateurs publics et donc des contribuables.

Nonobstant la question de savoir si l'article 4 du règlement précité est vraiment de nature à s'opposer à la création de cabinets multi-disciplines, le Conseil, afin de mettre fin à toute ambiguïté, recommande de supprimer cette disposition et de s'inspirer, par exemple, des dispositions légales françaises en vigueur. L'article 8 du code de déontologie des architectes français prévoit que :

« Lorsqu'un architecte est amené à pratiquer plusieurs activités de nature différente, celles-ci doivent être parfaitement distinctes, indépendantes et de notoriété publique. Toute confusion d'activités, de fonctions, de responsabilités dont l'ambiguïté pourrait entraîner méprise ou tromperie, ou procurer à l'architecte des avantages matériels à l'insu du client ou de l'employeur est interdite. Tout compérage entre architectes et toutes autres personnes est interdit. » (nous soulignons).

Le Conseil souligne l'importance d'ajouter la notion de *compérage*, absente du présent code de déontologie luxembourgeois.

Dans la même veine, le Conseil constate que le code de déontologie établi par le règlement précité, entretemps très suranné, contient des dispositions contraires aux principes de la liberté des prix et donc au droit de la concurrence et de l'interdiction des ententes. Ainsi, l'article 19 (2) du code indique que :

« L'architecte et l'ingénieur-conseil peuvent participer à un concours qui les met en concurrence avec d'autres architectes et ingénieurs-conseils sur base de la qualité des projets, lorsque les dispositions réglementaires de ce concours sont compatibles avec l'honneur et la dignité de la profession. Par contre, l'architecte et l'ingénieur-conseil doivent s'abstenir d'organiser ou de participer à des appels d'offres publics ou privés, visant à mettre en concurrence des architectes et/ou des ingénieurs-conseils sur le prix de leurs prestations. »

Le respect de cet article, entré en vigueur avant l'existence en droit luxembourgeois de toute législation relative au droit de la concurrence et de la législation européenne relative aux marchés publics, signifierait que ni la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, ni la législation sur les marchés publics ne s'appliquent aux professions d'architecte et d'ingénieurs-conseils. Comme l'avait écrit le Conseil au sein du son avis sur le « *Projet de loi N°6795 portant modification de la loi du 13 décembre 1989 portant organisation des professions d'architecte et d'ingénieur-conseil* »⁵² :

« 1) *L'article 2 de la loi du 23 octobre 2011 dispose que 'les prix des biens, produits et services sont librement déterminés par le jeu de la concurrence'. Dans l'économie de marché, le principe de concurrence est la règle de jeu fondamentale qui garantit l'innovation, la qualité, et la maîtrise des coûts, indispensable dans la poursuite de l'intérêt général. En exigeant de la part des opérateurs qu'ils se positionnent constamment par rapport à l'évolution de leur environnement et de leurs concurrents, le libre jeu de la concurrence entraîne le dynamisme de toute activité économique. [...]* »

« 2) *La libre concurrence est encore l'idée maîtresse à la base de la législation sur les marchés publics pour assurer la bonne gestion des finances publiques.* »

« 3) *[Cette disposition] risque fort d'être contraire à la directive européenne du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.* »

Aux yeux du Conseil, à des fins de clarté, il serait opportun de supprimer cette disposition du règlement grand-ducal (le code de déontologie) afin de lever tout doute quant au fait que cette disposition n'est plus d'application.

⁵² Conseil de la concurrence. Avis N°2015-AV-02 du 17 décembre 2015.

En résumé

- Le pouvoir adjudicateur a quasi toujours recours aux services d'un ou plusieurs bureaux d'études, afin de mettre en place la procédure de passation de marché et de l'accompagner, le plus souvent, dans toutes les étapes de préparation et de réalisation d'un projet de construction. L'étude du Conseil sur 100 marchés publics montrent que 78% des procédures font appel à un bureau externe.
- Les services d'architectes et d'ingénieurs-conseils pour le secteur public sont encadrés de contrats-type mis en place entre l'État et l'OAI il y a plus de 30 ans. Ils visent à standardiser les missions et les prestations. Les missions varient selon le marché mais englobent généralement toutes les prestations prévues dans les contrats.
- La mise en concurrence des bureaux d'études prend le plus souvent la forme d'une procédure négociée, restreinte ou d'un concours (pour les marchés d'envergure). Les procédures négociées ou restreintes ne permettent pas à tous les bureaux de remettre une offre et sont susceptibles d'être discriminatoires. Le Conseil préconise un recours accru aux procédures ouvertes pour les marchés d'attribution de missions d'architecte et d'ingénieur.
- Le Conseil recommande la rédaction d'un manuel d'attribution des missions d'architecte et d'ingénierie à destination des pouvoirs adjudicateurs qui devra contenir : un arbre de décision guidant le choix de la procédure la plus adaptée ; un code de bonne gouvernance régissant l'attribution de ces missions ; un guide pour l'estimation de la valeur d'un marché.
- Le code de déontologie des professions de l'OAI, établi par règlement grand-ducal, contient des dispositions contraires aux principes de la liberté des prix, au droit de la concurrence et à la législation relative aux marchés publics. Le Conseil estime que ce code de déontologie doit être réformé afin de permettre : la constitution de bureaux « *tous métiers* », plus efficaces au bénéfice des contribuables ; une concurrence par les prix qui est actuellement interdite par l'article 19 de ce code.

4. Les différents modes de passation (corps de métier, entreprise générale)

4.1. Dispositions légales

Lorsqu'un projet implique plusieurs professions, métiers ou industries différents, le pouvoir adjudicateur a le choix entre deux modes de passation :

1. Diviser le marché en lots distincts par corps de métier

Différentes entreprises interviendront dans différents domaines de travaux spécialisés suite au lancement de plusieurs procédures pour un même projet. Par exemple, le pouvoir adjudicateur publiera une procédure pour les travaux de couverture, une procédure pour les travaux de maçonnerie, etc. Une même procédure peut également prévoir plusieurs lots pour un même corps de métier. L'article 6 paragraphe 2 du Règlement indique qu'une « *subdivision supplémentaire des lots visés au paragraphe 1^{er}, peut être prévue au cahier spécial des charges* »

Le Règlement régit en son chapitre II la division des marchés en lots. Son article 4 indique qu'« *en principe, et à l'exception des marchés publics qui sont passés sous la forme d'une entreprise générale, les pouvoirs adjudicateurs procèdent à une division de leurs marchés en lots distincts par profession, métiers ou industrie.* ».

Ceci signifie que la règle générale pour le mode de passation est la séparation en lots par corps de métiers.

2. Confier le marché à une entreprise générale globale ou partielle

On entend par entreprise générale globale la soumission englobant tous les métiers intervenant dans la réalisation d'un ouvrage. L'entreprise générale partielle ou globale est limitée aux seuls travaux d'envergure ou aux cas où en raison de l'indivisibilité des responsabilités il n'est pas indiqué de séparer deux ou plusieurs métiers. L'article 5 du Règlement précise que le marché peut être confié à une entreprise générale dans deux cas de figure :

« a) *pour la réalisation d'ouvrages importants incluant des travaux, fournitures et services relevant de différentes professions ;*

b) *lorsqu'en raison de l'indivisibilité des responsabilités, il n'est pas indiqué de séparer les travaux relevant de deux ou de plusieurs métiers.* ».

Ceci signifie que lorsque le marché est confié à une entreprise générale globale, elle sera en charge de réaliser l'intégralité du marché de travaux. Lorsqu'il s'agit d'une entreprise générale partielle, elle sera uniquement en charge d'une partie des travaux, par exemple, typiquement, le « *gros-œuvre fermé* »⁵³.

⁵³ Pour rappel, voir glossaire pour toutes les définitions.

4.2. Enquête du Conseil

Étude statistique du Conseil

Il ressort de l'étude statistique du Conseil que la majorité des marchés publics de travaux sont subdivisés par corps de métier, comme le sous-entend le Règlement :

- Près de 70% des marchés analysés sont issus d'une séparation en lots par corps de métier ;
- lorsque le mode de passation s'est fait par entreprise générale, le Conseil a estimé que 18 marchés auraient pu être subdivisés. Ces marchés concernaient essentiellement des travaux de « *gros-œuvre fermé* » ;
- lorsque la passation par corps de métier était impraticable, il s'agissait exclusivement de travaux de génie civil (NACELUX 42).

Tableau 13 : Pourcentage par mode de passation

Mode de passation	%
Division par lot/corps de métier	69%
Passation par entreprise générale (division en corps de métier impossible)	13%
Passation par entreprise générale (division aurait été possible)	18%
TOTAL	100%

Source : PMP ; Production : Conseil

Les entretiens

D'après les entretiens menés par le Conseil, les pouvoirs adjudicateurs estiment procéder à une passation par corps de métier dès que cela est possible. Les pouvoirs adjudicateurs sont d'avis que les marchés dits de « *gros-œuvre fermé* » ne peuvent pas être subdivisés en raison de l'indivisibilité des responsabilités. Aussi, pour les travaux de génie civil, outre l'indivisibilité des responsabilités, une passation par corps de métier semble aux yeux des pouvoirs adjudicateurs incohérente avec les exigences d'un tel marché et l'organisation des entreprises actives dans ce domaine.

Les bureaux d'études interrogés partagent cet avis.

La Fédération des artisans (ci-après : « FDA ») est d'avis qu'il pourrait y avoir une meilleure subdivision des marchés publics de travaux et qu'encore trop de marchés sont passés par entreprise générale. Une passation par corps de métier permettrait aux PME de pénétrer plus facilement le marché en soumettant une offre dans leur métier.

Par ailleurs, tous les acteurs précités s'entendent pour dire qu'une passation par corps de métier permet aux pouvoirs adjudicateurs de réduire le coût global des travaux. Les entreprises spécialisées seraient individuellement moins chères qu'une entreprise générale globale. Ceci serait dû à l'utilisation de la sous-traitance par les entreprises générales, qui aurait tendance à faire augmenter les prix par le mécanisme du cumul des marges.

4.3. Analyses et propositions du Conseil

Le Conseil estime que les pouvoirs adjudicateurs sont conscients de la problématique du mode de passation par entreprise générale et par corps de métier et donnent la priorité aux marchés en lots par corps de métier comme le prévoient la Loi et le Règlement.

Le Conseil comprend le problème de « *l'indivisibilité de la responsabilité* » avancée par les pouvoirs adjudicateurs. Le Conseil estime aussi que dans certains cas, une passation par entreprise générale permet un meilleur suivi et contrôle du chantier par le pouvoir adjudicateur. En effet, il a le temps de se consacrer au travail d'une seule entreprise, tandis que la passation par corps de métier multiplie le nombre d'acteurs et par conséquent accentue le besoin de coordination. En outre, une passation par entreprise générale permet au pouvoir adjudicateur un gain de temps précieux en termes de procédures : une seule procédure de passation est suffisante.

Néanmoins, comme l'ont indiqué les pouvoirs adjudicateurs, une passation par entreprise générale entraîne souvent une augmentation globale du coût des travaux.

La passation de marché par corps de métier, quant à elle, permet de mieux inclure les PME au sein des procédures de marchés de travaux et renforce de cette façon la mise en concurrence. D'après le STATEC, les entreprises de moins de 50 personnes représentent 96% des entreprises de construction spécialisée. Les entreprises de moins de 10 personnes représentent 70% des entreprises de construction spécialisée, ce qui démontre l'importance des PME et des micro-PME dans ce secteur.

Il se pose toutefois la question de l'accessibilité des marchés aux petites entreprises qui n'ont pas les ressources requises pour se familiariser avec la complexité des procédures. Les indications recueillies par le Conseil à cet égard ne sont pas concordantes. Comme le Conseil n'a accès ni aux offres déposées ni aux décisions d'attribution⁵⁴, il n'est guère possible de rassembler des chiffres sur la participation des PME aux marchés publics.

Le Conseil encourage les pouvoirs adjudicateurs à recourir prioritairement à des procédures de passation par corps de métier.

⁵⁴ Voir chapitres 11 et 12 à cet égard.

En résumé

- Le pouvoir adjudicateur a le choix entre différents modes de passation : diviser le marché en lots distincts par corps de métier ou confier le marché à une entreprise générale globale ou partielle.
- L'étude statistique du Conseil montre que près de 70% des marchés analysés sont issus d'une séparation par lots. 18% des marchés analysés concernaient des travaux de « *gros-œuvre fermé* ».
- Les pouvoirs adjudicateurs estiment que les marchés de gros-œuvre fermé ne peuvent pas être subdivisés en raison de l'indivisibilité des responsabilités, tout comme les marchés de génie civil. La FDA pense que de manière générale la subdivision par corps de métier n'est pas assez appliquée.
- Le Conseil constate que les pouvoirs adjudicateurs donnent pourtant priorité aux marchés divisés par lots et/ou corps de métier. Il comprend les avantages d'une passation par entreprise générale : gain de temps, indivisibilité de la responsabilité.
- La passation par corps de métier, en plus de faire baisser la facture finale, permet d'inclure les PME au sein des marchés publics. Les entreprises de moins de 50 personnes représentent 96% des entreprises de construction spécialisée. Même si les éléments recueillis par le Conseil ne permettent pas de quantifier la participation des PME aux marchés de travaux, le Conseil encourage les pouvoirs adjudicateurs à continuer prioritairement les procédures par corps de métier.

5. Les variantes dans les marchés publics de travaux

5.1. Dispositions légales

Le Règlement indique en son article 19 que le pouvoir adjudicateur peut « *soit envisager différentes possibilités d'exécution pour une ou plusieurs positions du bordereau qui doivent alors être spécifiées de façon précise, soit prévoir la possibilité d'admettre des solutions techniques alternatives pour lesquelles il fixe les critères auxquels elles doivent répondre.* »

La notion de variante n'est pas définie dans la Loi, mais le Règlement laisse entendre que la variante est à considérer comme une solution technique alternative ou une possibilité d'exécution différente. Une variante doit toujours être à l'initiative du pouvoir adjudicateur : « *Des variantes non sollicitées, émanant du soumissionnaire, ne sont pas admissibles.* »⁵⁵ Le pouvoir adjudicateur dispose de deux options concernant le traitement des variantes au sein de sa procédure de passation de marché:

- refuser toute variante ou solution technique alternative ;
- envisager ou admettre pour certaines positions une possibilité d'exécution différente et/ou des solutions techniques alternatives.

Selon le Règlement, les offres reçues devront être appréciées indépendamment du fait qu'elles contiennent une variante ou non et selon les mêmes critères d'attribution⁵⁶. Par exemple, dans le cas d'une attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse déterminée sur la base du prix, le pouvoir adjudicateur effectuera un classement des offres de la moins-disante à la plus chère sans tenir compte de la présence de variantes au sein des offres.

5.2. Enquête du Conseil

Étude statistique du Conseil

Selon l'analyse statistique du Conseil des 100 cahiers de charges, la quasi-totalité des pouvoirs adjudicateurs n'autorisent pas les variantes. Le Conseil a relevé seulement deux marchés (sur cent) où des variantes étaient permises.

Tableau 14 : Pourcentage d'autorisation des variantes

Autorisation des variantes	%
Oui	2%
Non	98%
TOTAL	100%

Source : PMP ; Production : Conseil

⁵⁵ Article 19 (1) du Règlement.

⁵⁶ Article 19 (5) du Règlement

Les entretiens

Les entreprises de construction, les pouvoirs adjudicateurs ainsi que les bureaux d'études se rejoignent pour souligner la complexité des variantes ainsi que leur incompatibilité avec le système des marchés publics luxembourgeois.

Culturellement, les soumissionnaires auraient tendance à attendre du pouvoir adjudicateur une description précise et détaillée des positions. Cette description doit englober non seulement le travail à réaliser et le résultat souhaité, mais aussi la technique de mise en œuvre, ce qui ne laisse pas de place aux variantes. De par la Loi, les variantes peuvent uniquement être à l'initiative du pouvoir adjudicateur, ce qui renforce la passivité des entreprises à ce sujet.

Se pose également le problème de l'évaluation de ces variantes. Les bureaux d'études sont d'avis qu'une variante n'a pas beaucoup d'intérêt si l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse déterminée sur la base du prix dans la mesure où même si la variante permet un gain d'efficacité, elle permet rarement une baisse du prix. Ainsi, ce sera toujours l'offre la moins-disante qui sera classée première, aux dépens de son ingéniosité ou son caractère novateur.

Le site *marches-public.lu*, rédigé par le MMTP, entérine les propos des bureaux d'études : « *Attention : Il est aberrant de demander pour des offres, dont l'adjudication se fait au prix le moins-disant, des variantes, si celles-ci, de par leur prix, s'éloignent de l'offre de base, car la réglementation en vigueur maintient le principe du classement unique, offres de base et variantes confondues.* [soulignement ajouté] ». Le Conseil interprète cette indication dans le sens que qu'il est inutile de proposer des variantes qui ne mènent pas à une baisse du prix.

Enfin, d'après les pouvoirs adjudicateurs et les bureaux d'études, l'absence de variantes permet d'éviter des discussions et des litiges quant à l'exécution d'une position. Il est préférable que le maître d'ouvrage décide lui-même d'un procédé d'exécution et qu'il le décrive de manière non-ambiguë.

5.3. Analyses et propositions du Conseil

En ce qui concerne les variantes, le Conseil est d'avis que la législation actuelle qui n'accepte pas les variantes à l'initiative des soumissionnaires est trop restrictive.

Le Conseil comprend le point de vue des pouvoirs adjudicateurs. La variante est difficile à analyser et peut, dans une certaine mesure, entraîner une perte de maîtrise du projet. Néanmoins, le Conseil pense que le régime des variantes pourrait offrir des avantages à toutes les parties :

- les variantes permettent aux entreprises d'exprimer leur créativité et d'innover ;
- elles permettent aux pouvoirs adjudicateurs de sortir des sentiers battus et d'adopter des solutions novatrices.

Le guide français rédigé par la Direction des achats de l'État intitulé « *Oser les variantes dans les marchés publics* » résume l'importance et l'utilité des variantes par les termes suivants :

« *Oser les variantes c'est donc actionner un puissant levier de performance de l'achat, susceptible d'élargir le champ de la concurrence, notamment dans les domaines à évolution rapide, et de prendre en compte des considérations sociales, environnementales ou innovantes.* »⁵⁷.

Ce même guide conseille l'intégration des variantes sous les conditions suivantes :

- possibilité d'intégrer des variantes au sein du projet concerné ;
- détermination des exigences minimales, qui sont les caractéristiques essentielles de la prestation que les offres doivent respecter sous peine d'irrégularité ;
- fixation des modalités particulières de présentation des variantes ;
- évaluation des offres et des variantes par des critères d'attribution autres que le prix uniquement.

Concernant l'idée que les variantes ne permettraient que rarement une baisse de prix, le Conseil a un avis plus nuancé. Il ne voit pas pourquoi l'utilisation des variantes n'entraînerait pas des économies d'échelle et une réduction de la durée du chantier, ce qui aboutirait forcément à une réduction des coûts et à des gains d'efficacité. Néanmoins, l'évaluation des variantes par le seul critère du prix n'encourage pas les soumissionnaires à présenter des variantes innovantes. Seule une attribution sur base de critères qualitatifs permettrait de développer le plein intérêt potentiel des variantes.

En ce sens, le Conseil recommande au législateur plus de tolérance en ce qui concerne les variantes et notamment de permettre aux soumissionnaires la possibilité de présenter des variantes non-sollicitées aux pouvoirs adjudicateurs.

En résumé

- La variante est à comprendre comme une solution technique alternative. Elle doit toujours être initiée par le pouvoir adjudicateur, et non à l'initiative du soumissionnaire. La variante n'influence pas le mode d'attribution de l'offre.
- Le Conseil constate un rejet généralisé des variantes. L'étude statistique des 100 marchés montre que deux des marchés analysés contiennent des variantes. Les acteurs interrogés se rejoignent pour souligner leur complexité et leur incompatibilité avec les procédures de passation de marchés publics luxembourgeois.
- Le Conseil est d'avis que les variantes présentent de nombreux avantages: gains d'efficacité possibles, innovation et créativité. À l'instar de la France, le Conseil recommande au législateur d'autoriser plus librement les variantes et d'en faire la promotion.

⁵⁷ Ministère français de l'Économie, des Finances et de la Relance publique. *Oser les variantes dans les marchés publics*, Paris 2020.

6. Critères de sélection

6.1. Les différents types de critères de sélection

Il est permis au pouvoir adjudicateur d'exiger des soumissionnaires qu'ils remplissent un certain nombre de critères dits de sélection, afin de s'assurer que tous les soumissionnaires ont les capacités d'exécuter la mission. Les critères de sélection ne sont pas à confondre avec les critères d'attribution : la sélection porte sur les entreprises dont les offres seront prises en compte. L'attribution concerne l'offre à laquelle, parmi toutes les offres valables ou conformes, le marché sera attribué.

Les critères de sélection peuvent être de trois types et sont repris à l'article 30 de la Loi :

1. L'aptitude à exercer l'activité professionnelle.

« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer aux opérateurs économiques d'être inscrits sur un registre professionnel ou sur un registre du commerce de leur État membre d'établissement. ».

2. La capacité économique et financière.

« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer aux opérateurs économiques des conditions garantissant que ceux-ci possèdent la capacité économique et financière nécessaire pour exécuter le marché. À cette fin, les pouvoirs adjudicateurs peuvent en particulier exiger que les opérateurs économiques réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal donné, notamment un chiffre d'affaires minimal donné dans le domaine concerné par le marché. En outre, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que les opérateurs économiques fournissent des informations sur leurs comptes annuels indiquant le rapport, par exemple, entre les éléments d'actif et de passif. Ils peuvent également exiger un niveau approprié d'assurance des risques professionnels. ».

3. Les capacités techniques et professionnelles.

« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger notamment que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement. »⁵⁸

En bref, les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer des conditions financières minimales – en pratique, au Luxembourg, un CA minimal - et des conditions techniques et professionnelles qui concernent dans la pratique le nombre d'effectifs et les références d'exécutions antérieures.

La Loi prévoit dans son article 33 que les soumissionnaires ont la possibilité « d'avoir recours aux capacités d'autre entités, quelle que soit la nature juridique des liens qui

⁵⁸ Article 30 (2) (3) (4) respectivement.

l'unissent à ces entités, en ce qui concerne les critères relatifs à la capacité économique et financière [...] et les critères relatifs aux capacités techniques et professionnelles. ». Cette disposition ouvre la voie aux offres communes, que ce soit sous forme de sous-traitance, d'associations momentanées ou autres. Elle signifie que les entreprises peuvent, d'une façon ou d'une autre, unir leurs forces afin de satisfaire aux conditions financières, techniques et professionnelles fixées par l'adjudicateur.

6.2. La fixation des conditions minima

La Loi dispose que les conditions exigées parmi les critères de sélection doivent être « liées et proportionnées à l'objet du marché ». Afin d'aider les pouvoirs adjudicateurs à rester proportionnés dans leur demande, le Centre de ressources des technologies et de l'innovation pour le bâtiment (ci-après : le « CRTI-B ») a développé sur son site internet un outil de calcul⁵⁹.

Cet outil permet aux pouvoirs adjudicateurs, en fonction de la valeur estimée, de la durée du marché et du corps de métier, de calculer les conditions minimales en termes de CA et du nombre d'employés qu'une entreprise doit remplir afin d'être admise à un marché, et qui devront être communiquées dans les documents de marché.

Figure 16 : Extrait du calculateur du CRTI-B

The screenshot displays a web-based calculator titled "CONDITIONS MINIMA DE PARTICIPATION À LA SOUMISSION". The interface includes a dropdown menu for "Corps de métier" set to "Toiture", and two input fields: "Valeur du marché" (0,5 en mio. d'€) and "Durée du marché" (12 mois). The results are shown in two green boxes: "10.00 M€ de chiffre d'affaires annuel minimum" and "109 PERSONNES d'effectif minimum".

Source : CRTI-B

⁵⁹ « *Calculateur* » CRTI-B - <http://www.crtib.lu/fr/marches-publics-contrats-types/participation-soumission-publique/conditions-minima-participation-soumission>.

En ce qui concerne le CA minimum, le calcul est basé d'une part sur l'article 30 de la Loi⁶⁰ et d'autre part sur la durée estimée des travaux. Selon le paragraphe (3) de cet article, « *Le chiffre d'affaires annuel minimal que les soumissionnaires sont tenus de réaliser ne doit pas dépasser le double de la valeur estimée du marché.* » Le calculateur divise la valeur estimée du marché par sa durée escomptée en années pour obtenir une valeur annuelle, qui est ensuite multipliée par deux, ce qui est le maximum prévu dans la Loi.

Pour l'effectif minimum, il n'existe aucune disposition légale explicite en vigueur quant au nombre minimum d'employés qu'un soumissionnaire doit occuper ou commettre aux travaux qui font l'objet du marché. La Loi prévoit uniquement que « *les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines [...] pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié.* ». D'après le CRTI-B⁶¹, le calcul d'effectif minimum est basé sur une enquête structurelle du STATEC et varie selon le corps de métier.

6.3. Enquête du Conseil

Étude statistique du Conseil

Sur base de son étude statistique, portant, pour rappel, sur un échantillon de 100 dossiers de soumission, le Conseil observe que la grande majorité des pouvoirs adjudicateurs demandent au moins un critère de sélection (89%) :

- Dans 60% des cas, les pouvoirs adjudicateurs demandent une condition minimale de CA. Le montant du CA demandé dépend évidemment des projets et des corps de métier. Le Conseil a calculé une moyenne de 3.337.833,33€. ;
- 81% des pouvoirs adjudicateurs imposent une condition minimale d'effectif. Tout comme le CA minimal, l'effectif minimum demandé dépend du métier et de l'ampleur des travaux. Le Conseil a calculé une moyenne de 37 employés ;
- 77% des pouvoirs adjudicateurs exigent des soumissionnaires une expérience passée, qui se traduit par un nombre minimal de références réalisées dans le même domaine. Le Conseil constate que le nombre de références demandées est quasiment le même pour la totalité des marchés ; la moyenne calculée est de 3.

Tableau 15 : Pourcentage des conditions minimales

Condition minimale de CA %		Condition minimale d'effectif %		Condition minimale de référence %	
Oui	60%	Oui	81%	Oui	77%
Non	40%	Non	19%	Non	23%
TOTAL	100%	TOTAL	100%	TOTAL	100%

Source : PMP ; Production : Conseil

⁶⁰ A l'avis du Conseil, il s'agit de la durée estimée du projet, c'est-à-dire des travaux qui font l'objet du marché, et non, comme indiqué sur le site du CRTI-B, de la durée du marché.

⁶¹ Entretien du Conseil et du CRTI-B du 11 novembre 2020

Tableau 16 : Conditions minima par NACELUX

Catégorie NACELUX	Condition minimale de CA	Condition minimale d'effectif	Condition minimale de référence
NACELUX 41 : Construction de bâtiments	5.236.636,36€	58	3
NACELUX 42 : Génie civil	6.242.587,14€	87	4
NACELUX 43 : Travaux de construction spécialisés	2.349.285,71€	37	3
MOYENNE	3.337.833,33€	26	3

Source : PMP ; Production : Conseil

La demande de renseignements

La moitié des répondants estiment être satisfaits des critères de sélection demandés par le pouvoir adjudicateur. Pour certains, le fait d'inclure des critères de sélection « [permet] au pouvoir adjudicateur de sécuriser au mieux les investissements publics et de garantir une durabilité certaine des ouvrages financés par la main publique. »

Un quart des répondants ne sont pas (entièrement) satisfaits des critères de sélection. Certains estiment que les conditions minima sont quelques fois « *exagérées par rapport à l'envergure des travaux à réaliser* » et qu'ils devraient être revus par conséquent à la baisse.

Au moins un quart des réponses font état d'un malentendu en ce qu'elles montrent une certaine confusion entre critères de sélection et critères d'attribution. Cette situation est probablement due au fait qu'une grande partie des entreprises interrogées relèvent du marché du génie civil et de l'entreprise générale. Il s'agit en l'occurrence d'entreprises d'une certaine taille qui ne risquent pas d'être évincées en raison de critères de sélection trop restrictifs.

Quelques entreprises mettent aussi en avant la charge de travail importante pour apporter les preuves que les critères de sélection sont bien remplis. Ce point sera abordé en détail dans le chapitre 10 du présent rapport.

Les entretiens

D'après la plupart des pouvoirs adjudicateurs ainsi que les bureaux d'études interrogés, les critères de sélection sont inévitables afin de garantir la bonne exécution des travaux dans le délai imparti. Ils permettent de faire un tri préliminaire et d'assurer que l'entreprise a les ressources humaines et financières suffisantes pour réaliser les prestations demandées. Ils estiment que les critères de sélection n'excluent pas les entreprises car elles ont toujours la possibilité de présenter une offre commune sous forme de groupement, d'association momentanée ou en ayant recours à la sous-traitance afin de répondre aux conditions minima de CA, d'effectif ou de références⁶².

Certains pouvoirs adjudicateurs ainsi que les entreprises de construction sont plus nuancés sur le sujet et estiment que le calculateur du CRTI-B est parfois trop contraignant

⁶² Pour plus d'informations concernant le dépôt d'une offre commune, se référer au guide des offres communes du Conseil, précité : « *Les offres communes dans le cadre d'appels d'offres – Conformité au droit de la concurrence* ».

et qu'ils doivent adapter les conditions minima vers le bas afin d'éviter d'exclure trop d'entreprises. Ils sont aussi conscients du cercle vicieux de la condition d'un minimum de références. Comment acquérir de l'expérience sur les marchés publics (autrement que par des offres communes) si un nombre de références est toujours exigé ?

Aussi, les entreprises de construction et les associations professionnelles regrettent qu'il n'y ait pas d'autres critères de sélection qui aient été développés. À noter qu'un travail d'élaboration de critères autres que financier a été mené au sein du CRTI-B. Le guide est en attente de validation par le MMTP.

Enfin, même si les entreprises de construction ont parfois recours à des associations momentanées afin de répondre aux conditions minima, elles ont indiqué au Conseil qu'elles pouvaient être source de tensions et qu'elles n'étaient pas appréciées des entreprises.

6.4. Analyses et propositions du Conseil

Les critères de sélection ont un impact immédiat sur la mise en concurrence. Plus la sélection des entreprises admises au marché est sévère, moins il y a de soumissionnaires qui se livrent concurrence. Or, la mise en concurrence au sein des marchés publics est ce qui intéresse le plus une autorité de concurrence.

Il ressort des entretiens menés avec les adjudicateurs que le premier souci de ces derniers est l'accomplissement du projet dans les délais impartis, ce qui est bien sûr entièrement compréhensible, surtout en considérant le nombre important de chantiers, leur durée et leur envergure⁶³. L'objectif du marché public doit donc être de réconcilier à travers les exigences imposées aux entreprises l'efficacité de l'exécution avec l'efficacité de la mise en concurrence.

L'instauration des conditions minima représente très certainement une barrière à l'entrée pour les PME.

1. La condition minimale d'effectif

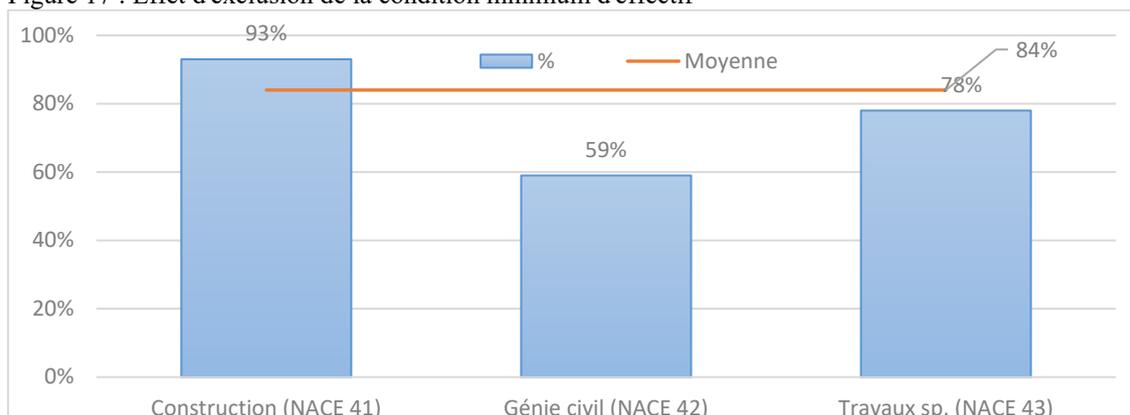
En se basant sur les chiffres du STATEC et l'analyse statistique des 100 dossiers de soumission, le Conseil a essayé d'estimer un taux d'exclusion des entreprises lorsque le pouvoir adjudicateur instaure une condition minimale d'effectif supérieur à 10 personnes⁶⁴.

Il s'avère par cette analyse qu'une large partie des entreprises étaient exclues des procédures de passation de par leur effectif :

⁶³ Le site internet de la Ville de Luxembourg répertoriait le 08/07/2021 30 chantiers en cours. Certains chantiers d'envergure, comme la construction d'un collecteur qui relie les stations d'épuration de Bonnevoie et de Beggen affichent des délais de 8 ans.

⁶⁴ Exemple d'illustration : Lorsqu'un pouvoir adjudicateur publie une offre avec une condition minimale de 9 salariés, le Conseil part du principe que toutes les entreprises ont accès au marché, car le nombre réel d'entreprises de moins de 9 personnes est inconnu. Lorsqu'une offre contient une condition minimale de 10 personnes, toutes les entreprises avec un effectif inférieur à 10 personnes sont considérées comme exclues.

Figure 17 : Effet d'exclusion de la condition minimum d'effectif



Source : STATEC, Conseil ; Production : Conseil

Si le taux d'exclusion varie selon l'activité principale de l'entreprise, le taux moyen d'exclusion présumée s'élève à 84% pour l'ensemble des marchés analysés. Il monte même jusqu'à 93% pour les entreprises générales de construction (NACELUX 41).

La majorité des pouvoirs adjudicateurs détermine cette condition à l'aide du calculateur susmentionné mis à disposition par le CRTI-B⁶⁵. Même si le calculateur du CRTI-B n'effectue qu'une proposition - comme il n'existe pas de dispositions légales -, les pouvoirs adjudicateurs utilisent souvent les données du calculateur sans vérifier si celles-ci sont cohérentes avec le marché en question. Ceci a pour effet d'instaurer, dans certains cas, une condition minimum d'effectif trop élevée avec pour effet une exclusion exagérée des entreprises.

De manière générale, le Conseil s'interroge sur l'utilité de la condition minimale sur l'effectif.

D'une part, les explications concernant le calcul des effectifs n'ont pas convaincu le Conseil en matière de pertinence : le calculateur estime l'effectif d'une entreprise en partant sur la relation entre le chiffre d'affaires et la durée du marché. Ce calcul, s'il a une pertinence quelconque, est dès lors au mieux redondant avec le calcul de la condition minimale du CA.

D'autre part, la condition minimale d'effectif n'est souvent pas utilisée de manière optimale par les pouvoirs adjudicateurs. La plupart d'entre eux définissent un effectif minimum « *au sein de l'entreprise* », mais ne demandent pas un effectif minimum « *présent sur le chantier* », de sorte que les pouvoirs adjudicateurs n'ont aucune garantie quant à l'affectation prioritaire du personnel des soumissionnaires sur le chantier en cause. Seule la SNHBM semble imposer ce type de conditions actuellement.

2. La condition minimale des références

Concernant la condition minimum de références, le Conseil est là aussi d'avis que cette condition n'est pas toujours utilisée à bon escient. En effet, il semble que la grande majorité des pouvoirs adjudicateurs demandent aux soumissionnaires de présenter trois certificats de bonne exécution, sans pour autant limiter leurs demandes dans le temps.

⁶⁵ Entretiens avec les pouvoirs adjudicateurs, les bureaux d'études et le CRTI-B.

D'après le Conseil, il serait plus efficace de demander aux soumissionnaires de présenter les trois derniers certificats de bonne exécution, ce qui donnerait une image plus fidèle du travail des soumissionnaires.

3. La condition minimale du CA

En ce qui concerne la condition minimum de CA, le calculateur du CRTI-B, comme mentionné supra, pondère le CA du marché avec la durée de celui-ci. Par exemple, pour un marché de gros-œuvre d'une durée de 6 mois et d'une valeur de 1.000.000 d'euros, le calculateur proposera un CA minimum de 4.000.000 d'euros par an. A contrario, pour un marché d'une même valeur mais étalé sur une durée de 24 mois, le calculateur proposera un CA minimum de 1.000.000 d'euros. Considérant que les chantiers de courte durée sont en principe des chantiers de moindre envergure qui nécessitent moins d'intervenants, le Conseil estime que ce mécanisme de pondération fixe des conditions de CA exagérées et exclut des soumissionnaires potentiels. Il préconise donc de faire intervenir le principe de pondération uniquement lorsque la durée des travaux est supérieure à un an, dans l'intérêt des soumissionnaires.

De même, les montants des CA calculés par le calculateur du CRTI-B représentent les maxima permis par la Loi mais sont présentés comme des minima qui doivent être exigés par les pouvoirs adjudicateurs. Or, cette démarche consistant à proposer aux adjudicateurs d'exiger dans tous les cas le montant maximal autorisé par la loi ne correspond pas à l'objectif de la directive, et donc de la Loi, de faciliter l'accès aux marchés publics aux PME. Pour rappel, la loi prévoit que « *Le chiffre d'affaires annuel minimal que les soumissionnaires sont tenus de réaliser ne doit pas dépasser le double de la valeur estimée du marché.* [soulignement ajouté] ». Ces montants restent toutefois indicatifs et peuvent être revus à la baisse par les pouvoirs adjudicateurs et être adaptés selon le type de chantier, en tenant compte, par exemple, de relations empiriques constatées dans les différents métiers. Pour aller plus loin, le Conseil recommande de s'inspirer du modèle espagnol en place et de baisser le CA annuel minimum que les soumissionnaires sont tenus de réaliser du double à 1,5 fois la valeur du marché⁶⁶.

4. Conclusion

En conclusion, le calculateur mis en place par le CRTI-B va au-delà des dispositions légales en vigueur et a pour conséquence d'exclure un nombre important de soumissionnaires. Comme expliqué supra, le calcul de la condition minimal d'effectifs est redondant. Pour ce qui est du calcul du CA minimal, le Conseil recommande au CRTI-B de revoir son calculateur afin de permettre à plus d'entreprises de participer aux soumissions. La révision du calcul des conditions ainsi que la baisse du plafond du CA annuel minimum permettraient aux PME d'avoir davantage d'opportunités de conclure des contrats publics. Cette démarche serait en ligne avec l'un des objectifs principaux de la nouvelle législation sur les marchés publics : favoriser l'accès aux marchés publics pour les entreprises, principalement les PME.

Ces conclusions ne valent cependant que pour les marchés par lots, c'est-à-dire par corps de métier, qui doivent être ouverts aux entreprises artisanales aux moyens limités, afin de

⁶⁶Article 87 de la Loi 9/2017 du 8 novembre 2017 sur les contrats du secteur public « *la valeur minimale annuelle du chiffre d'affaires exigé n'excèdera pas 1.5 fois la valeur estimée du contrat* » (traduction libre, texte original en espagnol).

ne pas les exclure et afin d'augmenter l'efficacité de la mise en concurrence. En revanche, il est primordial que les critères de sélection des gros chantiers de génie civil, qui s'adressent de toute façon aux grandes entreprises de construction et qui ne sont pas accessibles aux entreprises de l'artisanat, soient différents. Il n'est contesté par personne que les chantiers routiers au Luxembourg par exemple ont un problème de durée.

Pour ce type de chantier, l'expérience montre que le CA maximal qui peut être exigé en vertu de l'article 30 de la Loi ne permet pas d'atteindre une efficacité suffisante au niveau de l'exécution du chantier. C'est pourquoi le Conseil estime que les pouvoirs adjudicateurs ne doivent plus retenir un critère de sélection en terme de CA pour les gros chantiers de génie civil, mais doivent développer, en coopération avec le CRTI-B, des critères minima en termes d'effectifs affectés au chantier afin de les accélérer.

En résumé

- Les critères de sélection peuvent être de trois natures : l'aptitude à exercer l'activité professionnelle ; la capacité économique et financière ; les capacités techniques et professionnelles. Il s'agit dans la pratique de conditions minima (chiffre d'affaires, références antérieures et effectif) auxquelles les soumissionnaires doivent satisfaire.
- La majorité des pouvoirs adjudicateurs reprennent les conditions minima de CA et d'effectif calculées à l'aide du calculateur développé par le CRTI-B. L'étude du Conseil montre que 89% des pouvoirs adjudicateurs demandent au moins une condition minimale, en priorité celle d'effectif.
- Au moins un quart des entreprises estiment que les critères de sélection issus du calculateur sont exagérés. La majorité des pouvoirs adjudicateurs estiment ces critères pourtant justifiés, afin de garantir la bonne exécution du chantier. Certains pouvoirs adjudicateurs adaptent cependant les conditions calculées vers le bas.
- Le calcul des conditions minima représente très certainement une barrière à l'entrée pour les PME. Le Conseil estime que 84% des entreprises sont exclues par une condition minimale d'effectif fixée à 10 personnes. Le Conseil conclut que le calculateur mis en place par le CRTI-B va au-delà des dispositions légales en vigueur et a pour conséquence d'exclure un nombre important de soumissionnaires potentiels. Afin de permettre un meilleur accès aux PME le Conseil recommande la révision du calcul des conditions minimales ainsi qu'une baisse du plafond du CA annuel minimum.
- Pour les gros chantiers de génie civil, le Conseil recommande toutefois le développement de critères minima en termes d'effectifs affectés au chantier afin de les accélérer.

7. Les Leitfabrikate

7.1. Définition

Le *Leitfabrikat* est un mot emprunté à l'allemand. Il se trouve dans de nombreux bordereaux rédigés en langue allemande et a attiré l'attention du Conseil. Les bordereaux rédigés en français utilisent les expressions moins précises de « *référence* », « *marque* », « *type* », « *fabrication* » ou « *provenance* ». Il s'agit d'un produit souhaité par le pouvoir adjudicateur. Si la notion de *Leitfabrikat* n'existe pas directement en droit luxembourgeois, on retrouve une équivalence française au sein de l'article 14 du Règlement qui se traduit par : « *l'indication de marques, de brevets ou de types, ou celle d'une origine ou d'une production déterminée* ».

D'après l'article 16 du règlement précité, le *Leitfabrikat* est par principe interdit : « *À moins qu'elles ne soient justifiées par l'objet du marché, les spécifications techniques ne font pas référence à une fabrication ou une provenance déterminée ou à un procédé particulier qui caractérise les produits ou les services fournis par un opérateur économique spécifique, ni à une marque, à un brevet, à un type à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits.* ».

Il reste néanmoins possible à titre exceptionnel d'utiliser une référence, dans le cas précis où « *il n'est pas possible de fournir une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché en application du paragraphe 3. Une telle référence est accompagnée des termes « ou équivalent » (« oder gleichwertig »).*

7.2. Enquête du Conseil

Étude statistique du Conseil

L'étude du Conseil montre que l'usage d'un produit ou d'une marque de référence est très répandu au sein des bordereaux étudiés. 70% des marchés étudiés mentionnent au moins un *Leitfabrikat*. En subdivisant les marchés étudiés en fonction de leur référence NACELUX, ce sera dans les marchés de la construction de bâtiments (NACELUX 41) et du génie civil (NACELUX 42) que les produits de référence sont les plus fréquents.

Tableau 17 : Mention de *Leitfabrikat* dans le cahier des charges par type de NACE

	NACELUX 41	NACELUX 42	NACELUX 43	Total
Oui	94%	78%	64%	70%
Non	6%	22%	36%	30%
TOTAL	100%	100%	100%	100%

Source : PMP; Production : Conseil

La demande de renseignements

Le Conseil a abordé la problématique du *Leitfabrikat expressis verbis* dans sa demande de renseignements du 21 décembre 2020. Les avis sur cette problématique sont très partagés. À la question « *Connaissez-vous l'utilisation des marques / produits de référence (Leitfabrikate) lors de la rédaction des bordereaux ? Qu'en pensez-vous ?* » :

- 23% des entreprises ont répondu ne pas connaître cette notion ;
- 19% des entreprises affirment connaître ce procédé et l'approuvent sans réserve ;
- 27% des entreprises approuvent l'utilisation de *Leitfabrikate*, dans la mesure où le pouvoir adjudicateur est ouvert à d'autres propositions et/ou seulement si la mention « *ou équivalent* » figure sur le bordereau ;
- 31% des entreprises n'approuvent pas l'utilisation de produits de références. Certaines estiment que les produits de références ne sont « *souvent pas les produits les plus économiques* ». D'autres entreprises vont plus loin en indiquant que « *Ceci est extrêmement négatif pour les adjudicataires, vu qu'ils ne peuvent plus faire jouer la concurrence entre leurs fournisseurs / sous-traitants après avoir obtenu un marché.* » ou encore que « *Ceci peut présenter une obstruction au principe de la concurrence si le pouvoir adjudicateur s'obstine à la mise en œuvre du produit référence dans le bordereau de soumission.* ».

Les entretiens

Le traitement des *Leitfabrikate* au sein des pouvoirs adjudicateurs est très variable. La majorité des pouvoirs adjudicateurs avancent n'avoir quasiment jamais recours aux *Leitfabrikate*. Ceux-ci seraient utilisés en dernier recours, lorsqu'il n'est plus possible de décrire l'objet de manière intelligible. D'autres pouvoirs adjudicateurs, plus particulièrement les communes, auraient recours dans certaines circonstances aux *Leitfabrikate* afin de conserver une harmonie esthétique avec les matériaux déjà présents, dans le cas des pavés à destination des places et des trottoirs.

Les bureaux d'architecture et d'ingénierie ne sont pas plus unanimes quant à l'emploi des *Leitfabrikate*. Ils estiment qu'ils peuvent être nécessaires pour plusieurs raisons. Premièrement, ils permettraient aux pouvoirs adjudicateurs de se projeter, plus particulièrement dans les projets architecturaux où l'esthétique joue un rôle très important. Deuxièmement, ils permettraient de gommer toute ambiguïté lors de l'analyse des offres. Le *Leitfabrikat* aiderait les entreprises à déposer des offres conformes à ce qui est attendu par le pouvoir adjudicateur. La description technique sans citer la marque serait trop lourde et source d'incompréhension pour les soumissionnaires. Troisièmement, en matière de génie technique, un modèle particulier serait nécessaire pour des raisons de compatibilité technique.

Finalement, ils estiment que, malgré la présence des *Leitfabrikate*, ils sont ouverts à d'autres propositions lorsque les soumissionnaires peuvent prouver que les produits sont bien équivalents.

Les entreprises de construction interrogées ont conscience qu'en principe l'utilisation des *Leitfabrikate* au sein d'un bordereau de soumission n'est pas légale, mais elles n'estiment pas avoir été lésées par leur présence. Les adjudicateurs, les bureaux et les entreprises se rejoignent en estimant que les *Leitfabrikate* ne représentent pas d'obstacles car les

entreprises de construction auraient facilement accès à tous les matériaux sur le marché. En d'autres termes les produits de référence ne seraient pas source de discrimination.

En revanche, les fournisseurs des matériaux estiment que l'utilisation de produits de référence dans les bordereaux est une pratique « *néfaste* ». Les *Leitfabrikate* seraient pour eux une source d'exclusion et ils auraient pour conséquence une restriction évidente de la concurrence sur le marché. Aussi, les entreprises qui fournissent ces *Leitfabrikate* profiteraient de la situation pour augmenter leur prix ce qui a pour conséquence un surcoût pour les contribuables.

À plusieurs reprises lors de son enquête, le Conseil a été contacté par un fournisseur de matériaux pour des questions relatives à l'utilisation des *Leitfabrikate*. L'entreprise en question estime un préjudice d'environ 10% sur son CA.

7.3. Analyses et propositions du Conseil

La question de la neutralité ou de la non-discrimination se pose en effet à l'égard de la rédaction des dossiers de soumission qui utilisent systématiquement la notion de *Leitfabrikat*. Même si le cahier des charges donne la possibilité d'offrir un produit équivalent, il semble évident que le produit spécifié en tant que *Leitfabrikat* est attendu. De cette façon, les entreprises qui ne proposent pas le produit spécifié risqueraient de se voir exclues avant même d'être en mesure de prouver que les produits proposés par elles soient « *équivalents* ».

Toutefois, même si la rédaction du bordereau de soumission avait comme objet ou effet de restreindre la concurrence, ce ne serait pas une preuve de non-conformité à la législation sur les marchés publics, puisque l'article précité du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 permet explicitement la référence à un produit ou un fabricant spécifique si elle est suivie par les termes « *ou équivalent* ».

En 2015, la *Vergabekammer* du *Baden-Württemberg* a annulé une procédure de passation de marché et a demandé au pouvoir adjudicateur de réécrire le bordereau⁶⁷. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur avait réalisé une soumission pour un système de tables équipées d'appareils modulaires pour un laboratoire. Dans son dossier, le pouvoir adjudicateur avait effectué une description de la prestation tout en indiquant en tant que *Leitfabrikat* la marque et le fournisseur du produit, suivi de la mention « *oder gleichwertig* ». La *Vergabekammer* a jugé cette mention insuffisante, dans la mesure où le pouvoir adjudicateur n'avait pas indiqué précisément quelles caractéristiques des produits devaient être impérativement équivalentes et quelles caractéristiques pouvaient présenter des écarts avec le *Leitfabrikat*. De cette manière, uniquement le produit présenté en tant que *Leitfabrikat* pouvait être proposé par les soumissionnaires.

Au Luxembourg, le tribunal administratif a jugé en 2010 une affaire concernant la mention des produits de référence dans le cadre d'un marché public. Il a débouté la demanderesse qui affirmait que les clauses techniques avaient été rédigées de manière à discriminer la fourniture de produits tiers en invoquant le motif suivant :

⁶⁷ *Beschluss 1 VK 59/14 vom 29.01.2015 – Vergabekammer Baden-Württemberg*

« La seule constatation de prescriptions rédigées de sorte à favoriser ou au contraire à écarter un produit déterminé n'est cependant pas de nature à satisfaire à la preuve telle que requise ci-avant, étant donné que la discrimination doit être de nature à limiter la concurrence entre les soumissionnaires : en effet, si par exemple un adjudicataire exclut de son cahier des charges le matériel d'un fabricant déterminé, l'installateur dudit matériel n'est pas nécessairement lésé lui-même puisqu'il peut éventuellement se fournir chez un autre fabricant, même si le cas échéant le fabricant dont le produit a été écarté est lésé. Dès lors, il faut encore que la discrimination alléguée, consistant à favoriser ou à imposer le produit d'un concurrent, ait pour effet d'empêcher les autres soumissionnaires à remporter le marché ». (Le Conseil souligne la notion « d'éventuellement », qui montre malgré les conclusions du tribunal un certain doute quant à l'égalité d'accès aux mêmes fournisseurs.).

En clair, il faut que le *Leitfabrikat* constitue une discrimination entre soumissionnaires et non seulement entre les fournisseurs des soumissionnaires pour qu'elle puisse devenir une cause de nullité.

Le Conseil estime que la mention d'un *Leitfabrikat* est problématique. Elle élimine *de facto* la concurrence entre les fournisseurs de produits, car les entreprises ne prennent pas le risque de retenir un produit équivalent, et elle peut restreindre la concurrence entre les soumissionnaires dans la mesure où toutes les entreprises n'ont peut-être pas accès aux mêmes fournisseurs.

Il y a lieu de considérer deux cas dans lesquels peut se justifier la mention d'un *Leitfabrikat* :

- il est possible qu'un certain type de produit est requis afin d'assurer une compatibilité technique avec des installations existantes ;
- le maître d'ouvrage est évidemment en droit de demander des produits qui s'harmonisent sur le plan esthétique avec l'existant.

Toutefois, le recours massif à cette notion qui découle de l'analyse du Conseil des bordereaux de soumission montre que cette pratique est beaucoup plus répandue qu'elle ne devrait l'être. Pour cette raison, le Conseil recommande aux pouvoirs adjudicateurs de n'utiliser un *Leitfabrikat* qu'en dernier recours, afin d'être en conformité avec la législation sur les marchés publics. S'il semble que la présence d'une référence à une marque ou à un produit ait peu d'incidence sur la mise en concurrence des soumissionnaires, elle peut avantager inutilement certains producteurs de matériaux. Si lesdits producteurs profitaient de cet avantage, ils augmenteraient par conséquent leur prix, ce qui aurait un impact pécuniaire sur les offres et, *in fine*, sur le contribuable.

Pour aller plus loin, le Conseil suggère au législateur que la présence de marques et/ou produits de référence soit obligatoirement justifiée par le pouvoir adjudicateur. Cette justification prendrait place au sein du cahier spécial des charges standardisé sous la forme d'une clause contractuelle « Produits de référence, *Leitfabrikate* » où le pouvoir adjudicateur devra indiquer :

- la présence dans le bordereau des produits de référence ;
- les motifs.

Figure 18 : Illustration de la clause « produits de référence »

1.9.0. Produits de référence

- Le pouvoir adjudicateur n'envisage pas de produits de référence.
- Le pouvoir adjudicateur envisage un ou plusieurs produits de références pour une ou plusieurs positions du bordereau, suivi(s) de la mention « ou équivalent » (RGD, art. 16 et 207).

Motif(s) : _____

Position(s) concernée(s) : _____

En résumé

- Les *Leitfabrikate* (ou « référence », « marque », « type » ...) souhaités par le pouvoir adjudicateur sont en principe interdits par le règlement du 8 avril 2018. Il est néanmoins permis à titre exceptionnel de les utiliser dans le cas précis où « *il n'est pas possible de fournir une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché* ». Elle doit être accompagnée des termes « *ou équivalent* ».
- L'utilisation de ces références est néanmoins très répandue. L'étude du Conseil montre que 70% des cahiers des charges contiennent au moins un *Leitfabrikat*, en contradiction avec les propos des pouvoirs adjudicateurs et des bureaux d'études qui ont indiqué qu'ils ne l'utiliseraient que très rarement.
- Plus de 30% des entreprises interrogées par le Conseil estiment que l'utilisation des *Leitfabrikate* pose un problème de concurrence. Les fournisseurs de matériaux considèrent eux-aussi qu'elles sont néfastes pour la concurrence et entraînent une augmentation des prix. La majorité des entreprises considèrent toutefois avoir facilement accès à tous les matériaux sur le marché.
- Le Conseil estime que la mention d'un *Leitfabrikat* est problématique. Elle élimine la concurrence entre les fournisseurs de produits, car les entreprises ne prennent pas le risque de retenir un produit équivalent, et elle peut restreindre la concurrence lorsque toutes les entreprises n'ont pas accès aux mêmes fournisseurs.
- Le Conseil recommande aux pouvoirs adjudicateurs de n'utiliser un *Leitfabrikat* qu'en dernier recours, lorsqu'il est indispensable d'assurer une compatibilité technique ou une harmonie esthétique avec l'existant. Le Conseil suggère au législateur que la mention des *Leitfabrikate* soit obligatoirement justifiée par le pouvoir adjudicateur au sein du cahier spécial des charges.

8. Les bordereaux de soumission

8.1. Définition

Dans l'offre à prix unitaires, « le pouvoir adjudicateur sépare, autant que possible, les prestations des travaux en unités homogènes du point de vue technique et économique, et en définit, aussi exactement que possible, les quantités par poids, mesure ou nombre.

Les soumissionnaires sont tenus de proposer des prix d'unité pour chaque unité partielle. »⁶⁸.

Le bordereau de soumission permet au soumissionnaire d'inscrire les prix unitaires des prestations requises par le pouvoir adjudicateur sous forme d'un tableau des prix. Traditionnellement, les bordereaux de soumission contiennent les informations suivantes :

- le numéro de la position ;
- la description de la position ;
- l'unité de calcul ;
- la quantité ;
- le prix unitaire, en toute lettre ;
- le prix total de la position.

Figure 19 : Exemple d'une position sur un bordereau

BORDEREAU DE SOUMISSION Affaire N°: 04216-Ortslage Contern, RÜB WS01 CONSTRUCTION DU BASSIN D'ORAGE WS01 A CONTERN (Lot n°: 04216 - soum fin)				
No Pos.	Description	Qt.prévue	Prix Unit.	TOTAL
	TRAVAUX PREPARATOIRES *** Suivi pos. 3.46 *** Le produit à appliquer est un micro-mortier à trois composants, à base de ciment modifié et amélioré par l'adjonction de résine époxy, thixotrope, à texture fine. Le travail sera exécuté conformément aux prescriptions du fournisseur des produits mis en oeuvre y compris tout le matériel, toutes les fournitures, échafaudages, protections et toutes les prestations y afférentes. Le prix s'applique au mètre carré de surface effectivement enduite. P.u.e.t.l. _____ m2	20	REPORT:

Source : PMP

À l'issue du bordereau se trouve une feuille de calcul récapitulative qui reprend les travaux regroupés par corps de métier ainsi qu'un total général.

⁶⁸ Article 9 du Règlement.

Figure 20 : Exemple d'une feuille de calcul récapitulative

RECAPITULATION Affaire n°: 04216-Ortstage Contern, R0B WS01 CONSTRUCTION DU BASSIN D'ORAGE WS01 A CONTERN (Lot n°: 04216 - soum fin)				
Section	Description			Montant
1	INSTALLATION DE CHANTIER			
2	FOURNITURE A PIED D'OEUVRE DE BETON			
3	TRAVAUX PREPARATOIRES			
4	MATERIAUX CONTAMINES AUX HAP			
5	TRAVAUX DE BLINDAGES			
6	TRAVAUX DE BLINDAGE PAR PAROIS BERLINOISE POUR LE BASSIN.			
7	TRAVAUX DE TERRASSEMENT			
8	TRAVAUX DE CANALISATION GRAVITAIRE ET REGARDS.			
9	OUVRAGE WS01 ET REGARDS EN BETON ARME			
10	TRAVAUX DE CONDUITE D'EAU			
11	TRAVAUX DE CABLES			
12	TRAVAUX DE VOIRIE ET AMENAGEMENT EXTERIEUR			
13	TRAVAUX EN REGIE ET TRAVAIL DU WEEK-END.			
				TOTAL (hTVA) :
				TVA :
				TOTAL (TVAC) :

Source : PMP

Les bordereaux ne répondent à aucun modèle prédéfini, contrairement au cahier spécial des charges standardisé. La forme et le contenu du bordereau dépendent du marché, du maître d'œuvre et du maître d'ouvrage. La conception du bordereau est exclusivement réalisée par logiciel spécialisé⁶⁹.

8.2. Enquête du Conseil

Étude statistique du Conseil

L'étude statistique du Conseil montre qu'il existe effectivement autant de types de bordereaux qu'il existe de bureaux d'études, respectivement de pouvoirs adjudicateurs.

Afin de se faire une idée sur la complexité des dossiers de soumission, le Conseil s'est intéressé plus particulièrement à la longueur des bordereaux – c'est-à-dire le nombre de positions prévues - en les mettant en relation avec les dossiers de soumission. Il a analysé 15 dossiers de soumission et l'importance des bordereaux au sein de ces dossiers. Ces 15 dossiers sont issus de l'échantillon de base de l'étude statistique du Conseil. Il arrive que certains bordereaux atteignent plus de 1.000 pages, mais il s'agit de cas spécifiques de marchés de très grande envergure que le Conseil a écartés de son analyse afin de maintenir une certaine homogénéité au sein de ce petit échantillon.

⁶⁹ Entretiens avec les bureaux d'études et les pouvoirs adjudicateurs.

Le tableau ci-dessous montre les disparités dans les dossiers de soumission :

- la taille globale du dossier varie logiquement en fonction du marché. Il ressort de l'échantillon que les chantiers les plus complexes se traduisent par un dossier de soumission plus volumineux. La moyenne constatée est de 169 pages ;
- les bordereaux de soumission présentent eux-aussi des écarts en rapport avec la complexité du marché. La taille du bordereau varie entre 22 et 244 pages. La moyenne constatée est de 106 pages.

Tableau 18 : Étude de la taille des dossiers de soumissions

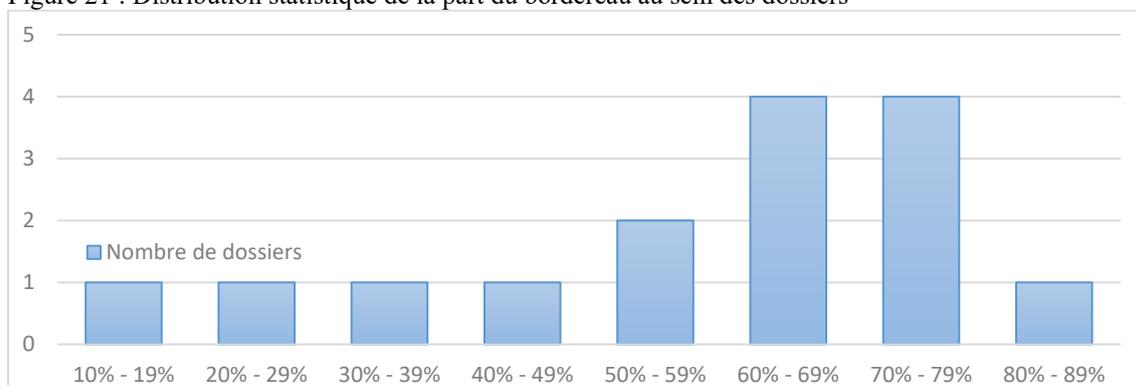
Pouvoir adjudicateur concerné	Détails	BS⁷⁰	Pages
Administration communale de Mondorf-les-Bains	Mise en conformité du centre sportif "Roll Delles" à Mondorf-les-Bains	22	65
Service des Sites et Monuments Nationaux	Travaux de toiture - Villa Rother à Haut-Martelange	18	69
Administration des bâtiments publics	Travaux d'installation d'équipements de cuisine (lot 42) à exécuter dans l'intérêt de la rénovation et extension du Lycée Michel Rodange à Luxembourg	57	93
Administration communale de Pétange	Lotissement « <i>An den Atzengen</i> » à Lamadelaine - Travaux de plantation et d'engazonnement	38	94
Administration des bâtiments publics	Travaux de peinture (lot 41) à exécuter dans l'intérêt du Lycée classique de Diekirch - Annexe Mersch	51	97
Ville de Luxembourg	Sanitaires publics	66	106
Administration des bâtiments publics	Travaux de démolition d'un bâtiment provisoire à exécuter dans l'intérêt du Laboratoire national de Santé - ASTA	67	114
Administration des bâtiments publics	Travaux d'entreprise générale partielle (...) à exécuter dans l'intérêt de l'extension de l'administration du Lycée Mathias Adam à Lamadelaine	113	158
Administration des bâtiments publics	Travaux de nettoyage (lot 26) à exécuter dans l'intérêt du Lycée classique de Diekirch - Annexe Mersch	119	165
Administration des bâtiments publics	Travaux de façades intérieures, verrières et <i>Welcome Pavillon</i> - phase 2 (MCL03.2) à exécuter dans l'intérêt de la construction du bâtiment Jean Monnet 2	19	178
Le Fonds Belval	Soumission relative aux travaux de chauffage, ventilation et sanitaire dans l'intérêt de la conservation et de la mise en valeur de la <i>Möllerei</i> à Esch-Belval.	127	211
Fonds du Logement	2524 – Construction d'un immeuble de 4 appartements à Luxembourg-Gasperich – Travaux d'aménagements extérieurs	161	250
Syndicat Intercommunal pour l'hygiène publique du Canton de Capellen (SICA)	Construction d'un nouveau centre de collecte des déchets	227	292
Syndicat intercommunal SIDEST	Construction d'un bassin d'orage ws23 a Munsbach - lot génie civil .	264	309
Le Fonds Belval	Travaux de moyenne tension, basse tension, courant faible et data dans l'intérêt de la mise en valeur et de la conservation de la <i>Möllerei</i> à Esch-Belval.	244	328
	MOYENNE	106	169

Source : PMP ; Production : Conseil

⁷⁰ BS : Bordereau de soumission. Total : dossier de soumission.

Le Conseil s'est également intéressé à l'importance du bordereau de soumission par rapport au dossier global. Le bordereau de soumission constitue en moyenne à lui seul 63% des pages du dossier (hors annexes et plans). La distribution de fréquence ci-dessous montre que le bordereau de soumission représente majoritairement plus de 50% des pages du dossier.

Figure 21 : Distribution statistique de la part du bordereau au sein des dossiers



Source : PMP ; Production : Conseil

La demande de renseignements

À la question « *Avez-vous d'autres remarques concernant l'organisation des appels d'offres, au Luxembourg ou à l'étranger ?* » une entreprise a abordé le point des bordereaux. Elle a indiqué que l'utilisation d'un bordereau standardisé faisait « *largement défaut* » et que la diversité des bordereaux entraînait une augmentation du « *travail administratif des entrepreneurs et est une source importante d'erreurs* ».

Plusieurs entreprises de construction ont indiqué au Conseil que la préparation d'une offre prenait un temps de plus en plus important.

Les entretiens

Les bureaux d'études interrogés estiment que la mise en place des bordereaux de soumission standardisés est trop complexe. Le CRTI-B aurait développé ce genre de bordereau et certains pouvoirs adjudicateurs l'auraient utilisé avant de faire marche arrière. La difficulté particulière réside dans la variété et la complexité des prestations et la pluralité des matériaux qui rendraient impossible une uniformisation des positions. Un bureau d'études estime quant à lui qu'un bordereau uniformisé « *restreint la créativité des architectes* ».

Les entreprises de construction rencontrées soutiennent l'idée d'un bordereau uniformisé, même si elles estiment que la situation actuelle n'entraîne pas spécialement de charge de travail supplémentaire. Elles ont informé le Conseil que certains pouvoirs adjudicateurs continuent toujours d'utiliser le bordereau type du CRTI-B.

8.3. Analyses et propositions du Conseil

Il ressort de l'enquête du Conseil que certains bordereaux semblent excessivement longs et compliqués. Ceci peut entraîner pour les entreprises une charge de travail non-négligeable et une complication dans la préparation des offres. La demande de renseignements du Conseil confirme que même les grandes entreprises de construction, toutes proportions gardées, ont parfois du mal à absorber cette charge de travail, et il est donc certain que ce fardeau est d'autant plus pénalisant pour les PME.

Aussi, les bordereaux de soumission ne répondent à aucun modèle et présentent par conséquent de nombreuses différences et particularités selon les pouvoirs adjudicateurs. Le fond comme la forme changent selon le pouvoir adjudicateur respectivement le bureau d'études qui l'a mis en place, ce qui décourage assurément les entreprises à remettre une offre et réduit la mise en concurrence.

Une idée avancée par une entreprise de construction serait d'institutionnaliser un bordereau standard, à l'instar de ce qui est déjà en vigueur en Allemagne, où les bordereaux de soumission (*Leistungsverzeichnis*) sont basés sur le *Standardleistungsbuch* (ci-après : le « *StLB* »).

Le *StLB* allemand a pour objectif de proposer une description pertinente des prestations afin qu'elles soient compréhensibles de tous et que les entreprises puissent donner un prix sans ambiguïté. En d'autres termes, les prestations doivent être conformes à la législation en vigueur, et plus précisément au paragraphe 7 de la *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen* : « *Die Leistung ist eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Unternehmen die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können.* »⁷¹. Le *StLB* est édité par la *Gemeinsamer Ausschuss Elektronik im Bauwesen* (ci-après : le « *GAEB* ») depuis les années 1970 et est obligatoire dans les marchés publics du bâtiment depuis 1998⁷². Une prestation standardisée contient un numéro ainsi qu'une description de la prestation.

Figure 22 : Extrait d'une position selon le *StLB*

T1	T2	T3	T4	T5	Einh.	Langtext	K-Nr.	Kurztext
						1.1.3 Roboterverfahren		
080						Längsriß/Riß schräg zur Rohrachse verlaufend dichten,		
	2					bei eindringendem Wasser, mit Fingerfräser bis zum gesunden, festen Untergrund ausfräsen, reinigen und mit Injektionsmittel verpressen, nach Aushärten planschleifen. Injektionsmittel wird gesondert vergütet.		
	1					Mindestabmessung der Ausfräsung Breite/Tiefe 10/10 mm,		
		02			m	Einzellänge der Risse über 20 bis 30 cm. Kanal wie folgt:		
LB 310 Bauen im Bestand (BiB): Sanierung von Abwasserkanälen und -leitungen)								

Source : *GAEB*

⁷¹ *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen - Teil A ; § 7 Leistungsbeschreibung.*

⁷² « *STLB Bau* » - *GAEB* - <https://www.gaeb.de/de/stlb-bau/#1555325470742-ca4b7cde-45d8>.

Toutes ces prestations existent sous forme électronique et peuvent être importées dans les différents logiciels de conception de bordereaux ou d'offres.

Le Conseil a examiné cinq bordereaux de soumission allemands et conclut que le recours à des prestations standardisées ont un effet significatif sur la longueur des bordereaux. Pour des travaux équivalents, le Conseil a calculé une moyenne de 78 pages, soit deux fois moins que les bordereaux de soumission luxembourgeois.

Il s'avère que le CRTI-B a élaboré en 2012 une bibliothèque de prestations standardisées inspirée du *StLB du GAEB*. D'après les informations recueillies par le Conseil, la description standardisée des prestations est aujourd'hui peu utilisée par les bureaux d'études et les pouvoirs adjudicateurs principalement parce qu'elle nécessiterait une mise à jour, qui reste en projet auprès du CRTI-B.

Cette bibliothèque de prestations est toujours présente sur le site internet du CRTI-B⁷³. Elle peut être importée dans les logiciels utilisés par les soumissionnaires, les pouvoirs adjudicateurs et/ou les cabinets de conseil en ingénierie et en architecture. Cette bibliothèque n'est pas complète mais regroupe néanmoins près de 6.800 prestations standardisées. L'import d'une telle bibliothèque permet aux entreprises intéressées d'avoir recours à des prestations standards préétablies qu'elles pourront facilement intégrer dans leurs offres.

Figure 23 : Copie d'écran du site internet du CRTI-B – rubrique « bibliothèque »



The screenshot shows the 'BIBLIOTHÈQUE DES PRESTATIONS STANDARDISÉES' page. It features a search bar with the placeholder text 'Rechercher un document'. Below the search bar is a table with the following columns: N°, Titre, Date, Version, and Téléchargement. The table lists three entries, all dated 22/06/2012 and version 5, each with a 'ZIP' download button.

N°	Titre	Date	Version	Téléchargement
BIBL	Catalogue complet Format GAEB XML	22/06/2012	5	ZIP
BIBL	Catalogue complet Format HTML	22/06/2012	5	ZIP
BIBL	Catalogue complet Format RTF	22/06/2012	5	ZIP

Source : CRTI-B

Le Conseil regrette cette non-utilisation et encourage le CRTI-B, voire le législateur, à promouvoir (voire à imposer) l'utilisation d'une telle base de données, après mise-à-jour. Une bibliothèque centralisée, au moins pour les prestations les plus courantes, simplifierait l'établissement des offres des entreprises qui comprendront plus aisément la prestation demandée. Elle doit également être rapprochée des tendances récentes en matière de *Building Information Modeling (BIM)*⁷⁴. Une bibliothèque centralisée

⁷³ « Bibliothèque de prestations standardisées » - CRTI-B - <http://www.crtib.lu/fr/clauses-bibliotheque-prestations-standardisees/bibliotheque-prestations-standardisees>

⁷⁴ Pour la définition, voir Glossaire.

permettrait aussi de traduire plus facilement les prestations du français à l'allemand et vice-versa, car elles sont identifiables avec un numéro unique.

En résumé

- Le bordereau de soumission permet au soumissionnaire d'inscrire les prix unitaires des prestations requises par le pouvoir adjudicateur sous forme d'un tableau des prix. Il ne répond à aucun modèle prédéfini. La forme et le contenu du bordereau dépendent du marché, du maître d'œuvre et du maître d'ouvrage.
- L'étude statistique du Conseil montre qu'il existe une forte disparité entre la longueur des bordereaux et des dossiers de soumissions. Il arrive que certains bordereaux atteignent plus de 1.000 pages. Une analyse plus poussée montre que le bordereau tient une place prépondérante au sein des dossiers de soumissions : il représente en moyenne 63% du dossier.
- L'Allemagne a mis en place un bordereau standard (*Standardleistungsbuch*), qui a pour but de proposer une description pertinente et compréhensible des prestations afin que les entreprises puissent fournir un prix sans ambiguïté.
- Une bibliothèque de prestations standardisées a été élaborée au Luxembourg au début des années 2010 par le CRTI-B, qui serait aujourd'hui peu utilisée car elle nécessiterait une mise à jour. L'enquête du Conseil montre un intérêt certain des entreprises pour un bordereau et des prestations standardisés.
- Le Conseil encourage le CRTI-B à mettre à jour la base de données ainsi que le législateur à promouvoir (voire à imposer) l'utilisation d'une bibliothèque standardisée, à l'instar de l'Allemagne.

9. Le portail des marchés publics (PMP)

9.1. Historique

D'après le site internet guichet.lu⁷⁵, le PMP est « à considérer comme un service public améliorant les liens entre d'un côté les pouvoirs adjudicateurs et d'autre côté les soumissionnaires. »

Le PMP est géré par le MMTP avec le concours du Centre des technologies de l'information de l'État (ci-après : le « CTIE ») depuis l'année 2005. Il s'agit d'une plateforme électronique, dont la mission est la publication centralisée des avis de marchés et des dossiers de soumission de tous les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices qui tombent sous le champ d'application de la législation sur les marchés publics⁷⁶.

Deux règlements régissent l'utilisation du PMP :

- le règlement grand-ducal modifié du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics⁷⁷ ;
- le règlement ministériel du 18 janvier 2021 instituant les conditions d'utilisation du portail des marchés publics.

La PMP est édité par la société ATEXO qui décrit ce progiciel comme leader sur le marché de la dématérialisation des marchés publics : plus de 10.000 entités publiques seraient équipées de ce progiciel, dont la totalité des ministères en France, au Maroc et au Luxembourg⁷⁸.

La fonction du portail est triple. Il permet non seulement aux opérateurs économiques de consulter les avis de marchés mais aussi de déposer leur offre en ligne plutôt que de les envoyer par courrier ou les remettre en mains propres. Enfin, la plateforme permet aux soumissionnaires et aux pouvoirs adjudicateurs d'échanger via une messagerie sécurisée.

9.2. Enquête du Conseil

La demande de renseignements

Deux entreprises de construction membres du *Groupement des entrepreneurs du bâtiment et des travaux publics* ont abordé les fonctionnalités du PMP. Selon elles, le portail permet d'une part de « simplifier essentiellement la charge de travail au sein de l'entreprise » et d'autre part de « permettre à toutes les entreprises concernées d'avoir une vision globale

⁷⁵ « Portail des marchés publics » - guichet.lu -

https://guichet.public.lu/fr/organismes/organismes_entreprises/ministere-mobilite-travaux-publics/marches-publics.html.

⁷⁶ Ministère de la Mobilité et des Travaux publics. *Rapport de contrôle à l'attention de la Commission européenne sur les marchés publics et les contrats de concession (Année : 2017)*. Luxembourg. 2019.

⁷⁷ Règlement grand-ducal modifié du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics modifiant le règlement grand-ducal modifié du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale de 13 décembre 1988.

⁷⁸ « Local Trust MPE » – Atexo - <http://www.atexo.com/accueil/nos-produits/local-trust-mpe-dematerialisation-marches-publics/>.

de tous les appels d'offres actuellement en procédure. ». Enfin la plateforme permettrait de gommer « les discriminations qui auraient pu exister avant, liées à la taille de l'entreprise ou ses moyens humains ».

Les entretiens

La plupart des pouvoirs adjudicateurs rencontrés sont d'avis que les fonctions du PMP pourraient être plus étoffées. Les pouvoirs adjudicateurs pensent que la plateforme manque d'automatisation. Ils s'attendent à ce que la plateforme puisse effectuer un travail d'analyse, tel que :

- vérifier que toutes les positions des bordereaux de soumission soient remplies ;
- prendre en compte les groupements et associations momentanées dans la réalisation automatique du procès-verbal ;
- effectuer automatiquement un classement par le prix.

De manière générale, les pouvoirs adjudicateurs souhaitent que la plateforme les soutienne dans leur travail d'analyse des offres. Certains pouvoirs adjudicateurs ont indiqué au Conseil que la plateforme était beaucoup trop limitée en terme de téléversement⁷⁹. Les entreprises n'arrivent pas toujours à charger la totalité de leurs documents en ligne. Les pouvoirs adjudicateurs aimeraient que la capacité de stockage pour les documents à produire soit augmentée.

Enfin, les pouvoirs adjudicateurs remettent en cause l'expérience utilisateur du portail. L'interface manquerait de modernité et il ne serait pas toujours aisé de s'y retrouver dans les différents menus. Ces pouvoirs adjudicateurs souhaiteraient utiliser un portail plus moderne, avec une prise en main moins compliquée.

Les entreprises interrogées en revanche semblent satisfaites du PMP et ne rencontrent pas de problème particulier.

9.3. Analyses et propositions du Conseil

Le Conseil a régulièrement utilisé le PMP et recommande au MMTP et au CTIE la mise en place de plusieurs modifications, en s'inspirant des plateformes éditées par la même société. L'analyse détaillée et critique des fonctionnalités du PMP se trouve à l'Annexe IV du présent rapport. Ci-après sont reprises les conclusions de cet examen.

Simplifier la navigation sur le PMP

Le Conseil est d'avis que la navigation au sein des pages regroupant les avis de marchés n'est pas toujours des plus aisées. Elle peut être source de confusion et ne facilite pas la consultation pour les soumissionnaires potentiels :

- par exemple, l'organisme indiqué en tant que pouvoir adjudicateur est toujours « *Portail des marchés publics* ». Il n'est pas possible d'identifier le maître d'ouvrage et de faire un tri sur base de ce critère ;

⁷⁹ Pour la définition, voir Glossaire.

- la page d'accueil du PMP propose plusieurs liens hypertextes qui mènent au même endroit, ce qui est source de confusion ;
- de nombreux avis de marchés renvoient vers une « *version intégrale de l'avis* » qui dans les faits renvoient vers la page d'accueil d'un autre site internet consacré aux marchés publics⁸⁰.

Améliorer la recherche des procédures

Aux yeux du Conseil, certaines fonctionnalités du PMP devraient être améliorées. Par exemple, la recherche avancée ne permet pas de rechercher de manière performante les procédures :

- le mode par auto complétion ne fonctionne pas ;
- le mode de recherche alternatif par les listes proposées est inutilement compliqué ;
- la présence d'une arborescence « *organisme de test* » perturbe la recherche ;
- de nombreux critères de recherches proposés sont inutilisables en l'état.

De manière générale, outre les critiques formulées par les pouvoirs adjudicateurs, le Conseil est d'avis que les défauts actuels de la plateforme compliquent la navigation et peuvent même se révéler être une barrière pour les entreprises.

Aussi, le Conseil recommande également de prévoir sur le portail des marchés publics une référence au respect des règles de concurrence dans le cadre des procédures de passation de marchés et à la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

Enfin, au-delà de ces recommandations purement pratiques, le Conseil recommande au MMTP d'organiser une consultation ciblée auprès des pouvoirs adjudicateurs et des entreprises afin de recueillir leurs avis et leurs recommandations d'amélioration concernant l'utilisation du PMP. Cette consultation permettrait certainement de corriger les erreurs de fonctionnement que les parties ont communiquées au Conseil lors de son enquête et de développer de nouvelles fonctionnalités.

⁸⁰ « Accueil » - <https://marches.public.lu/fr.html>

En résumé

- Le PMP est une plateforme électronique dont la mission est la publication centralisée des dossiers de soumissions et des avis de marchés.
- Il ressort de l'enquête du Conseil que les entreprises semblent satisfaites du PMP alors que les pouvoirs adjudicateurs sont d'avis que certaines fonctionnalités de la plateforme pourraient largement être améliorées : plus d'automatisation, de capacité de téléchargement et de téléversement.
- Le Conseil, qui a utilisé très régulièrement le PMP dans le cadre de son enquête, rejoint les pouvoirs adjudicateurs et estime que le PMP devrait être amélioré sur les points suivants : la navigation, qui devrait être simplifiée et la recherche des procédures, qui doit être perfectionnée. Ces défauts actuels de la plateforme peuvent représenter un frein pour certaines entreprises.
- Le Conseil recommande également de prévoir sur le portail des marchés publics une référence au respect des règles de concurrence dans le cadre des procédures de passation de marchés et à la Loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.
- Le Conseil recommande au MMTP d'organiser une consultation auprès des pouvoirs adjudicateurs et des entreprises afin de recueillir leur avis et leurs recommandations d'amélioration quant à l'utilisation du PMP.

10. Critères d'attribution

10.1. Dispositions légales

Le pouvoir adjudicateur détermine dans le cahier des charges les critères d'attribution du marché. Selon l'article 35 de la Loi, les pouvoirs adjudicateurs attribuent le marché à « l'offre économiquement la plus avantageuse », déterminée sur trois types de bases :

1. Sur la base du prix ; il s'agit, en d'autres termes, de l'offre la moins-disante.
2. Sur la base du coût, « selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité »
« Lorsque les pouvoirs adjudicateurs évaluent les coûts selon une méthode basée sur le cycle de vie, ils indiquent dans les documents de marché les données que doivent fournir les soumissionnaires et la méthode qu'utilisera le pouvoir adjudicateur pour déterminer le coût du cycle de vie sur la base de ces données. »⁸¹.
3. Sur la base du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué selon des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux liés à l'objet du marché. Parmi ces critères, l'article 35 (2) c) de la Loi cite plusieurs exemples :

« 1. la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions ;
2. l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché ; ou
3. le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution. »

Dans le cas d'une attribution sur base de critères qualitatifs, le paragraphe 5 du même article prévoit que « Le pouvoir adjudicateur précise, dans les documents de marché, la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, sauf lorsqu'elle est déterminée sur la seule base du prix »⁸². Ce qui signifie concrètement que les clauses contractuelles reprendront :

- les critères d'attribution ;
- la pondération conférée à chacun des critères ;
- l'évaluation du critère, dont l'objectif est d'attribuer dans chaque offre un nombre de points pour chaque critère selon une méthode de notation aussi objective que possible.

Les figures ci-dessous montrent l'exemple d'une méthode de notation.

⁸¹ Article 37 de la Loi.

Si l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée sur la seule base du prix, la pondération des autres critères est évidemment nulle.⁸³ Green Public Procurement: https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm

Figure 24 : Exemple de critères d'attribution au sein d'une procédure

☒ sur base du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur base de critères d'attribution comprenant les aspects qualitatifs, environnementaux et sociaux [loi article 35, (2) c)] énumérés au présent dossier de soumission (fascicule 1 et 2) conformément à l'article 35 (5) de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics (telle qu'elle a été modifiée),

Le délai de passation du marché (voir articles 49 et 50 du règlement grand-ducal précité) est fixé à cinq (5) mois.

L'offre économiquement la plus avantageuse sera déterminée par l'application des différents critères et leurs pondérations respectives, tels que repris ci-après :

Critères d'attribution	Pondération
1. Prix de l'offre	80 %
2. Méthodologie technique et phasage des travaux	10 %
3. Références	5 %
4. Economie circulaire	5 %

Source : PMP

Figure 25 : Exemple d'évaluation et de notation de critère

12.4 Critère 4 : Economie circulaire

L'évaluation du critère 4 se fera sur base des éléments suivants à fournir par l'entreprise et/ou le groupement et/ou le(s) sous-traitant(s) pour les différents types de travaux pour le présent marché :

- Provenance des matériaux
- Chaîne de transports des bétons et aciers
- Certificats environnementales des matériaux utilisés
- Intégration de l'économie circulaire dans la réalisation
- Gestion des déchets prévue sur chantier

Le soumissionnaire ayant obtenu la note la plus élevée pour ce critère se verra attribuer le pourcentage maximal de 5%. Les pourcentages attribués aux soumissionnaires suivants seront déterminés proportionnellement à leurs notes respectives par rapport à la meilleure note attribuée (règle de trois).

Source : PMP

Les critères d'attribution, tout comme la pondération et la méthode de notation sont à la discrétion du pouvoir adjudicateur. La Loi précise que les critères d'attribution « *sont réputés être liés à l'objet du marché public* » et qu'ils « *n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur.* » Il s'agit bien évidemment de garantir la neutralité des critères d'attribution dans le but d'assurer une mise en concurrence non-discriminatoire et d'éviter que le maître d'ouvrage utilise ces critères pour privilégier certaines entreprises et en écarter d'autres.

10.2. Enquête du Conseil

Étude statistique du Conseil

En se basant sur les 100 marchés publics analysés, l'écrasante majorité des pouvoirs adjudicateurs attribue le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse déterminée sur la base du prix (98%). Seulement deux marchés ont été attribués sur une autre base qu'uniquement le prix. Au sein de ces deux marchés, le prix jouait encore un rôle prépondérant dans les critères d'attribution, il représentait respectivement 95% et 80% de la pondération.

Tableau 19 : Pourcentage selon la base d'attribution

Mode d'attribution	%
Prix	98%
Qualité/prix	1%
Coût/Efficacité	1%
TOTAL	100%

Source : PMP ; Production : Conseil

La demande de renseignements

Le Conseil a sollicité les entreprises interrogées avec la question suivante : « Êtes-vous satisfait des critères d'attribution (non financiers) formulés par les pouvoirs adjudicateurs ? ». Les réponses sont très variées :

- 38% des entreprises estiment être satisfaites des critères d'attribution non financiers formulés par les pouvoirs adjudicateurs.
- 12% se disent satisfaites mais émettent tout de même des réserves quant à la subjectivité de ces critères.
- 23% des entreprises pensent que la base d'attribution est trop souvent le prix et que les pouvoirs adjudicateurs devraient appliquer également des critères non financiers.
- 27% sont d'avis que lorsque des critères d'attribution autres que le prix sont formulés, ils ne sont pas satisfaisants. Les répondants critiquent l'absence d'objectivité des critères et « le manque de transparence sur les résultats des cotations ».

Les entretiens

Pour les pouvoirs adjudicateurs, l'attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse déterminée sur la base du prix est l'option privilégiée car elle permet un résultat pour ainsi dire incontestable. Les critères d'attribution non-financiers sont considérés comme plus subjectifs. Ils ne protègent pas le pouvoir adjudicateur d'un recours de la part des soumissionnaires perdants. Aussi, il ne serait pas toujours possible d'insérer des critères qualitatifs pertinents d'après les pouvoirs adjudicateurs rencontrés. Certaines prestations simples d'exécution peuvent se différencier uniquement au niveau du prix.

Néanmoins, il se pose la question du lien qui pourrait exister entre le prix et la qualité d'exécution réalisée par l'entreprises la moins-disante. Les opinions divergent fortement quant à la question de savoir si une attribution sur base du prix amène toujours au résultat souhaité, ou si au contraire les entreprises les moins chères sont les plus mauvaises dans l'exécution. Alors que les uns pensent en effet que les entreprises les moins chères ne sont pas toujours les plus performantes en matière d'exécution et déplorent la « *race to the bottom* » qui s'ensuit de la « *dictature du prix* », imposé par les attributions sur base du prix, les autres se montrent satisfaits des performances des adjudicataires, et indiquent également que les offres les moins chères ne proviennent pas forcément toujours des mêmes entreprises (les « *casseurs de prix* »).

Les entreprises et associations d'entreprises rencontrées par le Conseil adhèrent au constat que les attributions sur base du prix sont juridiquement inattaquables, mais

seraient favorables à la prise en compte d'autres critères, comme par exemple la formation professionnelle des salariés ou la détention de labels. Le CRTI-B avait élaboré un catalogue de critères non-financiers, qui n'est toutefois pas utilisé à ce jour en raison d'incertitudes juridiques. Le guide serait en attente de validation auprès du MMTP.

10.3. Analyses et propositions du Conseil

L'attribution sur la base du prix est très prépondérante au sein des pouvoirs adjudicateurs. La concurrence se basant dans ce cas uniquement sur les prix, les entreprises se concentrent sur l'établissement d'une offre à bas coût, au détriment éventuellement de la qualité.

Comme vu supra, l'instauration d'autres critères d'attribution reste délicate. La subjectivité, alléguée ou réelle, de ceux-là est mise directement en avant par les soumissionnaires perdants, qui peuvent introduire un recours auprès du tribunal administratif. Il est donc logique que les pouvoirs adjudicateurs préconisent les attributions sur la seule base du prix.

Néanmoins, la promotion de critères autres que financiers résulte d'une volonté politique au niveau de l'Union européenne et constituait une des motivations de la refonte du cadre légal de 2014. Elle devient d'autant plus pertinente que des objectifs en matière de lutte climatique, de réduction des déchets, du maintien de la biodiversité ainsi que des objectifs sociétaux comme la réduction des inégalités se trouvent à l'avant plan du débat politique.

Par exemple, la Commission européenne a lancé l'initiative « *Green Public Procurement* » pour sensibiliser les pouvoirs publics dans les Etats membres à « *l'inclusion de critères environnementaux clairs et vérifiables pour les produits et services dans le processus de passation des marchés publics* »⁸³. Elle a établi à cette fin un catalogue de critères écologiques qui peuvent être appliqués par les pouvoirs adjudicateurs aux différents produits et services qui font l'objet des marchés publics, dont certains se prêtent à une application aux marchés de travaux⁸⁴. La satisfaction de tels critères peut soit être exigée dans le cahier spécial des charges – on peut alors parler de critères d'exclusion, soit être prise en considération lors de l'attribution d'un marché comme critère qualitatif à côté du critère de prix. De même, la Commission propage l'utilisation du « *EU Ecolabel* » en tant que certification écologique pouvant servir de critère d'attribution au sein de procédures de passation de marchés publics⁸⁵.

Pour ces raisons, le Conseil a recherché des voies concrètes permettant une utilisation plus systématique de critères d'attribution dits qualitatifs, c'est-à-dire non-financiers.

Définition et intégration de certains critères qualitatifs dans les procédures de marché

La difficulté dans la prise en compte de critères au-delà du prix se situe à plusieurs niveaux :

⁸³ Green Public Procurement: https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm

⁸⁴ “The EU GPP criteria are developed to facilitate the inclusion of green requirements in public tender documents”: https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm

⁸⁵ Ecolabel and Green Public Procurement
<https://ec.europa.eu/environment/ecolabel/ecolabel-and-green-public-procurement.html>

- Le pouvoir adjudicateur doit définir les critères qui doivent avoir un impact sur l’attribution ;
- Il doit être en mesure d’appliquer une méthode de notation des critères qui les rendra comparables afin d’aboutir à un classement objectif des offres ;
- Il devra définir un système de pondération qui traduit ses priorités.

La Conférence romande des marchés publics (ci-après : la « CROMP »), a développé un « *Guide romand sur les marchés publics* ». L’objectif principal de ce guide est de « *formuler des recommandations à suivre pour organiser des appels d’offres*. ». D’après son auteur, le guide « *constitue l’un des outils les plus importants et les plus utilisés par les différents acteurs du domaine des marchés publics*. » depuis plus de 15 ans⁸⁶.

La pondération des critères d’attribution

Le guide recommande l’utilisation de critères d’attribution non financiers, en fonction de la complexité et de la valeur du marché. D’après la CROMP, plus le marché est complexe et onéreux, plus il doit y avoir de critères d’attribution non financiers, dits qualitatifs, et moins le prix doit peser sur le classement des offres. Les recommandations de la CROMP en matière de pondération du critère prix peuvent être résumées dans le tableau ci-dessous :

Tableau 20 : Pondération du critère prix selon les recommandation de la CROMP

	Marché peu complexe	Marché moyennement complexe	Marché très complexe
Valeur gros-œuvre < 277.000€ Valeur travaux spécialisés <139.000€	Prix : Max 80%. Autres : Max 20%.	Prix : Max 70%. Autres : Max 30%.	Prix : Max 60%. Autres : Max 40%.
Valeur gros-œuvre 277.000 - 462.000€ Valeur travaux spécialisés 139.000 - 231.000€	Prix : Max 60%. Autres : Max 40%.	Prix : Max 50%. Autres : Max 50%.	Prix : Max 50%. Autres : Max 50%.
Valeur gros-œuvre >462.000€ Valeur travaux spécialisés > 231.000€	Prix : Max 50%. Autres : Max 50%.	Prix : Max 40%. Autres : Max 60%.	Prix : Max 30%. Autres : Max 70%.

Source : CROMP ; Production : Conseil

Le Conseil se bornera à présenter les critères d’attribution qui lui semblent les moins controversés, à savoir les critères d’attribution pour lesquels une méthode de notation objective pourra être appliquée.

La méthode de notation de prix

Comme indiqué supra, en cas d’offre sur la base du meilleur rapport qualité/prix, le cahier spécial des charges doit reprendre les critères d’attribution, la pondération conférée à chacun de ces critères et la méthode de notation des points. La méthode de notation détermine la note qui sera attribuée à chaque critère. Par exemple, le critère « *temps* », c’est-à-dire le nombre d’heures que les soumissionnaires estiment nécessaire pour exécuter le projet, se verra attribuer une note entre 1 et 5 selon une méthode déterminée et publique. Autrement, les offres ne seront pas comparables entre elles. Les notes seront

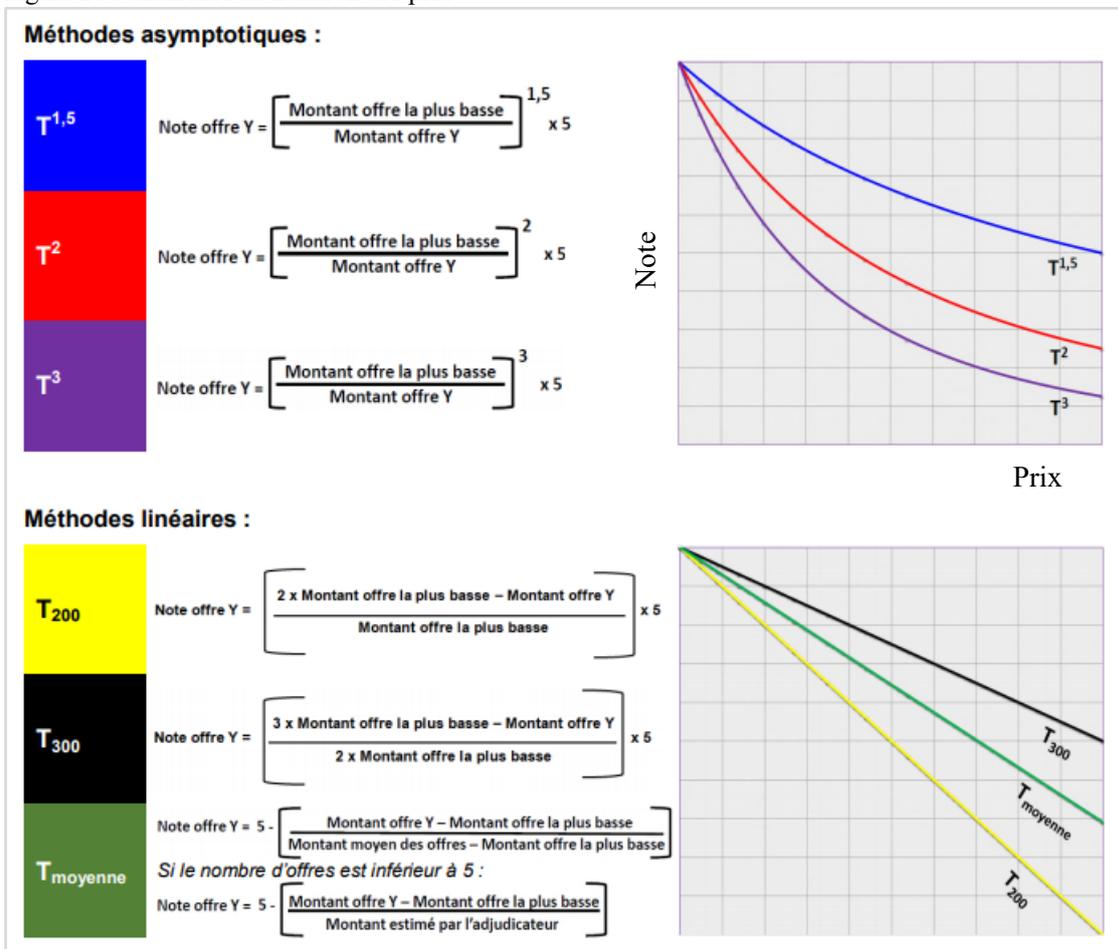
⁸⁶ Conférence romande des marchés publics. *Guide romand pour les marchés publics*, Lausanne 2020.

ensuite pondérées par un coefficient de pondération pour déterminer le classement provisoirement définitif des offres. La méthode de notation aussi bien que la pondération sont libres et ne font pas l'objet de restrictions légales.

La CROMP présente dans son guide six différentes méthodes de notation des prix. L'intérêt pour la CROMP de développer autant de méthodes de notation réside dans le fait que chaque notation va aboutir à des résultats très différents. Elles aboutiront toutes au même classement des offres mais avec une dispersion des notes très différentes. Cette dispersion est importante, car elle détermine dans quelle mesure le critère prix pourra être neutralisé par d'autres critères.

Chaque méthode associée au prix offert dans l'offre un nombre de points selon une fonction mathématique. L'offre la moins chère obtient cinq points (la note), les offres suivantes reçoivent des points en fonction de l'écart de prix avec la première offre. La figure ci-dessous expose les six méthodes développées par la CROMP.

Figure 26 : Méthodes de notation des prix



Source : CROMP

Le tableau ci-dessous, exemple basé sur des offres fictives, montre que certaines méthodes de notation auront tendance à accentuer les écarts de notes entre les offres, tandis que d'autres auront pour effet de réduire l'écart de note malgré la différence de prix. Par exemple, les notes obtenues avec la méthode $T^{1,5}$ varient entre 3,55 et 5, alors que celles de la méthode T^3 s'étendent de 2,52 à 5.

Tableau 21: Application comparée des méthodes de notation

Offre	Montant (1000 €)	Nombre de points obtenus (note) en fonction de la méthode de notation T					
		T 1,5	T2	T3	T200	T300	TMOYENNE
Offre U	195	5	5	5	5	5	5
Offre V	199	4,85	4,80	4,70	4,90	4,95	4,82
Offre W	210	4,47	4,31	4,00	4,62	4,81	4,32
Offre X	219	4,20	3,96	3,53	4,38	4,69	3,92
Offre Y	235	3,78	3,44	2,86	3,97	4,49	3,20
Offre Z	245	3,55	3,17	2,52	3,72	4,36	2,74

Source : CROMP ; Production : Conseil

Dès lors, il devient intéressant pour le pouvoir adjudicateur de définir une méthode de notation en fonction de ses objectifs. Si le pouvoir adjudicateur souhaite donner une grande importance au prix, il devra choisir une méthode de notation dont le barème creuse les écarts de notes. Si le pouvoir adjudicateur souhaite donner priorité aux critères qualitatifs, il choisira une méthode qui minimise les écarts de notes.

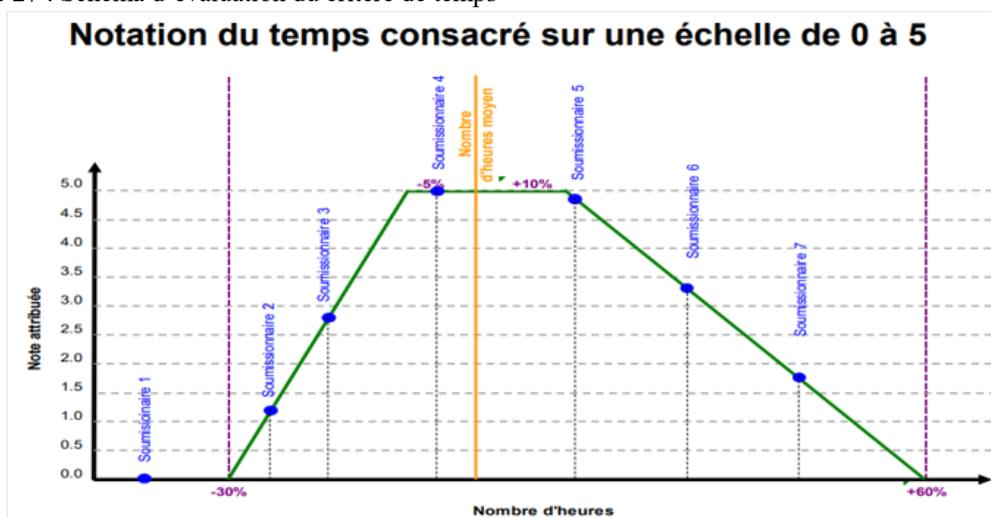
Aux yeux du Conseil, l'utilisation de ces méthodes de notation élaborées permettraient de répondre aux demandes des pouvoirs adjudicateurs qui recherchent des offres plus qualitatives sans pour autant sacrifier le critère du prix. Il recommande leur application.

Le temps consacré à l'exécution du marché

Ce critère consiste en l'analyse du nombre d'heures que les soumissionnaires estiment nécessaires afin d'exécuter le projet qui est l'objet du marché de travaux. Les entreprises estiment en heures la durée nécessaire à l'exécution. L'attribution de la note se fait par rapport à l'écart à la moyenne, selon la *méthode pyramidale* :

- plus le temps estimé se rapproche de la moyenne, plus la note sera élevée ;
- plus ce temps s'éloigne de la moyenne, plus il est considéré comme soit irréaliste s'il est trop bas, soit mauvais s'il est trop élevé, plus la note s'approche de 0.

Figure 27 : Schéma d'évaluation du critère de temps



Source : CROMP

Comme expliqué au chapitre 6.4, la durée excessive des chantiers au Luxembourg n'est un secret pour personne. Le Conseil est d'avis que ce critère d'attribution relatif au temps est particulièrement adapté à la situation luxembourgeoise et pour les marchés de travaux

de génie civil. Il permettrait certainement de rassurer les pouvoirs adjudicateurs quant à la durée d'exécution des travaux et d'impliquer les entreprises dans le respect des délais.

Le nombre de places en formation professionnelle initiale

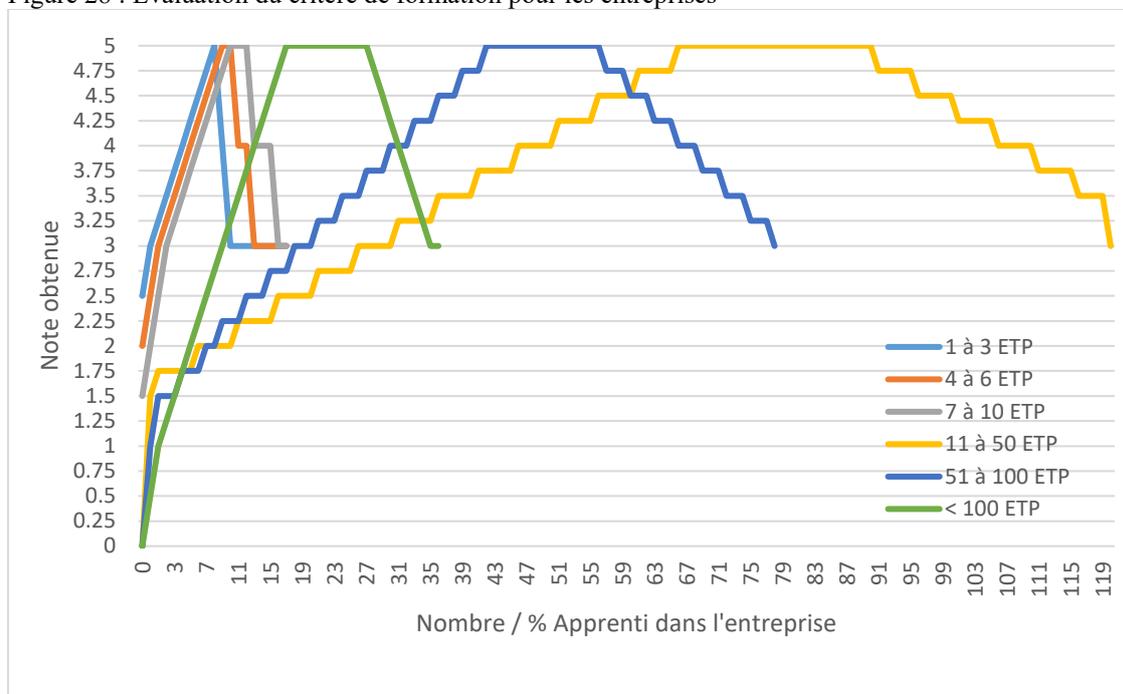
Afin de récompenser les soumissionnaires qui offrent des places en formation professionnelle initiale (apprentissage), il est possible de mettre en place un critère d'attribution qui s'y rapporte. Ce critère ne pourra s'appliquer que pour les marchés nationaux, car il n'est pas possible pour le pouvoir adjudicateur de vérifier les offres en matière de formation professionnelle des entreprises étrangères.

Le critère de places en formation professionnelle initiale consiste à attribuer une note de zéro à cinq selon le nombre d'apprentis formés par l'entreprise les quatre dernières années. La méthode de calcul consiste à comparer le nombre d'apprentis par rapport au nombre d'employés en équivalent temps plein (ETP, hors apprentis, au moment du dépôt de l'offre).

La CROMP préconise une notation en fonction de la taille des entreprises. Elle a construit un barème évolutif selon six classes d'entreprises, s'étalant entre 1-3 salariés jusqu'à plus de 100 salariés⁸⁷.

Le barème de notation n'accorde pas obtusément une note supérieure aux entreprises avec le plus d'apprentis. Lorsque le nombre d'apprentis atteint un palier disproportionné par rapport au nombre d'employés en équivalent temps plein, le note devient dégressive.

Figure 28 : Évaluation du critère de formation pour les entreprises



Source : CROMP ; Production : Conseil

Le critère de formation professionnelle développé par la CROMP répondrait largement à la demande des entreprises et des associations professionnelles évoquée dans le chapitre 9.2. Le Conseil voit en ce critère la reconnaissance des investissements menés en matière

⁸⁷ Voir barème détaillé en Annexe V.

de formation par le secteur, notamment la création en 2002 de l'Institut de Formation Sectoriel du Bâtiment, dont la mission principale est la formation continue des salariés⁸⁸.

La contribution du soumissionnaire au développement durable

La méthode de notation du critère de la contribution du soumissionnaire au développement durable (aspects environnementaux et sociaux) exposée par la CROMP consiste à attribuer une note sur un barème de zéro à cinq en fonction du nombre et de la qualité des certificats détenus en rapport avec le développement durable et la responsabilité sociétale.

La note sera d'autant plus élevée que le soumissionnaire peut démontrer la détention de certificats. La note baisse en fonction de la quantité et de la qualité des certificats détenus. En cas d'absence de certificats, la note maximale obtenue pourra être de trois. La notation entre 1 et 3 se fait selon un barème qui prévoit une série de 13 questions en rapport avec la responsabilité environnementale de l'entreprise, telles que la stratégie de développement durable de l'entreprise, la gestion des déchets ou le plan mobilité⁸⁹.

Du point de vue du Conseil, l'utilisation d'un critère d'attribution relatif au développement durable, basé sur les certifications, est tout à fait approprié au Luxembourg. Le développement durable revêt une grande importance au sein de la Loi. L'article 12 (2) prévoit en effet que :

« Les pouvoirs adjudicateurs tiennent compte, lors de la passation des marchés publics, des aspects et des problèmes liés à l'environnement et à la promotion du développement durable. Les conditions y relatives et l'importance à attribuer à ces conditions sont spécifiées dans les cahiers spéciaux des charges. ».

Ensuite, il ressort des entretiens et de la demande de renseignements que les entreprises sont en faveur de l'application de critères d'attribution sur base des certifications. Certes, un critère d'attribution basé sur des certifications pourra toujours être contesté. D'une part, il repose sur le postulat que certains certificats sont meilleurs que d'autres ; puis les réponses au questionnaire doivent être analysées et évaluées, ce qui ne peut se faire de manière parfaitement objective.

En conclusion, le Conseil est d'avis que ces critères permettent aux pouvoirs adjudicateurs de donner une nouvelle dimension à la phase d'attribution des marchés publics de travaux, tout en répondant aux difficultés susmentionnées. Comme le législateur a accordé le libre-choix aux pouvoirs adjudicateurs en matière de critères d'attribution autres que le prix, le Conseil recommande au CRTI-B de développer un guide similaire en matière de critères d'attribution.

De façon plus générale, le Conseil préconise la mise en concurrence des entreprises, que ce soit sur base de critères d'attribution financiers ou non-financiers. La mise en concurrence des entreprises est l'objet de tout marché public, afin que le pouvoir adjudicateur, et donc *in fine* le contribuable, obtienne la meilleure offre qu'une économie de marché est en mesure de produire. La meilleure offre n'est pas forcément la moins

⁸⁸ Entretien avec la FDA.

⁸⁹ Voir Annexe V.

chère. Au-delà des critères d’attribution non-financiers, la Loi dispose à l’article 35 que « *Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité* ». Ceci signifie qu’elle laisse aux pouvoirs adjudicateurs le plein choix entre deux approches opposées:

- fixer les détails des fournitures dans un cahier des charges exhaustif et choisir l’offre la moins chère,
- fixer le budget pour un projet dans sa globalité et choisir la meilleure offre que ce soit en termes de l’étendue ou de la qualité.

Dans les deux cas, il y a mise en concurrence. Il incombe à chaque maître d’ouvrage de définir sa démarche en fonction de ses besoins.

Tableau 22 : Barème de notation en fonction des certificats détenus

Note	Certificats détenus
5	Certificat EcoEntreprise « Développement durable – Responsabilité sociétale » (2019) Ou Certificat EcoEntreprise « Excellence » (2019) ou (autres certificats à spécifier) ou équivalent (preuve à charge du soumissionnaire)
4,5	Certificat EcoEntreprise « Développement durable » (2019) ou (autres certificats à spécifier) ou équivalent (preuve à charge du soumissionnaire)
4	Label Engagé RSE « Progression » (2019) Ou le cumul des Certificats ISO 50001 (2018) et ISO 45001 (2018) ou (autres certificats à spécifier) ou équivalent (preuve à charge du soumissionnaire)
3,5	Certificat SA 8000 (2014) ou (autres certificats à spécifier) ou équivalent (preuve à charge du soumissionnaire)
3	Label Engagé RSE « Initial » (2019) Ou Autoévaluation EcoEntreprise (2019) ou (autres certificats à spécifier) ou équivalent (preuve à charge du soumissionnaire)
3	Notation en fonction des points obtenus en répondant aux questions relatives au développement durable (voir ci-dessous)
2	
1	
0	Aucune contribution du soumissionnaire au développement durable (aspects environnementaux et sociaux)

Source : CROMP

En résumé

- Le pouvoir adjudicateur attribue le marché à « *l'offre économiquement la plus avantageuse* », déterminée sur la base du prix (l'offre la moins-disante), sur la base du coût, « *selon le rapport coût/efficacité* », ou sur la base du meilleur rapport qualité/prix.
- En cas d'attribution sur la base du meilleur rapport qualité/prix, le pouvoir adjudicateur définit dans son cahier des charges des critères d'attribution qualitatifs, environnementaux ou sociaux, liés à l'objet du marché. Pour chaque critère, le pouvoir adjudicateur doit préciser la façon dont il est évalué, son barème de notation ainsi que sa pondération.
- Le Conseil constate que l'écrasante majorité des marchés sont attribués sur base du prix (98%). Le prix permet d'obtenir un résultat largement incontestable, tandis que les critères d'attribution qualitatifs sont perçus comme subjectifs et donc attaquables par les soumissionnaires perdants.
- Pour autant, l'enquête montre un réel intérêt pour les critères d'attribution qualitatifs. D'aucuns pensent que les entreprises les moins chères ne sont pas toujours les plus performantes en matière d'exécution et déplorent la présence des « *casseurs de prix* ».
- Le Conseil estime que des critères d'attribution qualitatifs et objectifs existent et prend exemple sur la CROMP qui, dans son guide, formule des recommandations quant aux critères qualitatifs qui pourraient être facilement appliquées au Luxembourg : une meilleure pondération qualité/prix via des méthodes de notation adaptées, des critères relatifs au temps d'exécution, à la formation et au développement durable. En particulier, le Conseil est d'avis qu'un critère d'attribution relatif au temps est crucial pour les marchés de génie civil au Luxembourg. Il permettrait de rassurer les pouvoirs adjudicateurs quant à la durée d'exécution des travaux et d'impliquer les entreprises dans le respect des délais.
- Le Conseil recommande au CRTI-B de développer un guide similaire en matière de critères d'attribution afin de donner une nouvelle dimension à la phase d'attribution des marchés publics de travaux, tout en renforçant la concurrence.

11. Contrôle de la conformité des soumissionnaires et de leurs offres

11.1. Dispositions légales

L'article 28 de la Loi indique que les marchés peuvent être attribués pour autant que les pouvoirs adjudicateurs aient vérifié que les conditions suivantes soient réunies :

« a) *l'offre est conforme aux exigences, conditions et critères énoncés dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ainsi que dans les documents de marché, compte tenu, le cas échéant, de variantes, conformément aux dispositions déterminées par voie de règlement grand-ducal ;*

b) l'offre provient d'un soumissionnaire qui n'est pas exclu en vertu de l'article 29⁹⁰ et qui répond aux critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur conformément à l'article 30⁹¹ ».

Dès lors, il découle de la Loi quatre types de contrôle :

1. Le contrôle technique de l'offre sur base de article 28 a)

Le pouvoir adjudicateur, le cas échéant, les bureaux d'études qui les assistent, passent en revue les offres réceptionnées et vérifient si elles répondent aux exigences du cahier des charges. Comme il s'agit dans la grande majorité des cas d'une attribution sur base du prix, ce contrôle se confond avec le contrôle arithmétique des offres.

2. Le contrôle arithmétique des offres (article 28 a)

Le contrôle arithmétique s'effectue de prime abord par une vérification globale des prix. Il s'agit pour le pouvoir adjudicateur de s'assurer qu'un prix a été indiqué pour chaque position et que le report en fin du bordereau est bien correct.

Ensuite, le pouvoir adjudicateur peut être amené à demander une analyse de prix aux soumissionnaires si le prix global ou si les prix de certaines positions sont présumés suspects. Les soumissionnaires doivent justifier leurs prix dans un délai minimum de quinze jours.

3. Le contrôle de la conformité administrative (absence de motifs d'exclusion, art.°28 b)

L'article 29 (2) de la Loi prévoit de nombreux motifs d'exclusion de la participation à une procédure de passation de marché. Une entreprise est notamment exclue de la procédure lorsqu'elle a fait l'objet d'une condamnation pour certaines infractions au Code

⁹⁰ L'article 29 énumère les motifs d'exclusion de la participation à une procédure de passation de marché. L'article 29 (3) alinéa d) prévoit notamment que les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure tout opérateur économique lorsqu'il « *dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que l'opérateur économique a conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence* ».

⁹¹ L'article 30 reprend les critères de sélection possibles selon la Loi.

pénal. Elle est également exclue lorsqu'elle a manqué, entre autres, à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale⁹².

Enfin, en vertu du paragraphe 3 de l'article 29 de la Loi, le pouvoir adjudicateur peut décider d'exclure (faculté) toute entreprise d'une procédure de passation pour certaines raisons, comme par exemple la faute professionnelle grave, le non-respect du droit du travail ou l'état de faillite.

4. Le contrôle de la satisfaction des critères de sélection (article 28 b)

Ce contrôle consiste en la vérification du respect des critères de sélection discutés au chapitre 6. Pour ce faire, l'Annexe VI de la Loi régit les moyens de preuve du respect des critères de sélection, établis selon l'article 30.

Comme expliqué au chapitre 6 de ce rapport, les critères de sélection concernent :

- l'aptitude à exercer l'activité professionnelle ;
- la capacité économique et financière ;
- les capacités techniques et professionnelles.

La déclaration sur l'honneur à titre de preuve

Selon l'article 31 de la Loi, « *[l]es pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger la production des certificats, déclarations et autres moyens de preuve* » de la part des entreprises pour prouver l'absence de motif d'exclusion et le respect des critères de sélection. Selon les entreprises, l'apport des preuves peut se révéler être une charge de travail importante pour les soumissionnaires, tout comme pour les pouvoirs adjudicateurs dont la mission sera le contrôle de ces preuves et pour les entités administratives qui les établissent.

Afin de soulager ce processus, la loi a introduit le « Document Unique de Marché Européen »(ci-après : « DUME ») , qui est une déclaration sur l'honneur de l'entreprise qui indique qu'elle ne fait pas l'objet d'un quelconque motif d'exclusion énoncé à l'article 29 de la Loi et qu'elle satisfait aux critères de sélection du cahier des charges en vertu de l'article 30 de la Loi⁹³. Le DUME remplace dans un premier stade les certificats ou attestations délivrés par des autorités publiques ou des tiers comme moyen de preuve. Le DUME est un formulaire à remplir sous forme électronique.

Selon le MMTP, la remise du DUME est obligatoire pour les marchés européens⁹⁴. Au sein des procédures nationales, toujours selon le MMTP, le pouvoir adjudicateur peut soit l'exiger, soit l'accepter sans l'exiger, soit ne pas l'accepter, c'est-à-dire exiger la remise de toutes les preuves par tous les soumissionnaires au moment de l'ouverture des offres. Il peut être réutilisé pour plusieurs marchés différents et il peut être préconfiguré par le pouvoir adjudicateur en ce qui concerne l'identification du marché et les preuves exigées. Ces preuves ne sont demandées qu'en vue de l'attribution du marché. Selon l'article 72 (4) de la Loi, « *Avant l'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur exige du*

⁹² Paragraphe 2 article 29 de la Loi.

⁹³ Article 72 de la Loi.

⁹⁴ Quoique l'article 72 (Livre II) de la Loi ne prévoit que « *les pouvoirs adjudicateurs acceptent le « document unique de marché européen » qui consiste en une déclaration sur l'honneur actualisée (...)* ». Voir à ce sujet les explications dans le « *Guide d'application relatif au Document unique de marché européen* », note n°7; <https://marches.public.lu/content/dam/pmp/fr/procedures/dume/2018-DUME-v01-04.pdf>.

soumissionnaire auquel il a décidé d'attribuer le marché (...) qu'il présente des documents justificatifs mis à jour conformément à l'article 31 et, le cas échéant, à l'article 32. Le pouvoir adjudicateur peut inviter les opérateurs économiques à compléter ou à expliciter les certificats reçus en application des articles 31 et 32 ».

Bien entendu, en cas d'offre commune impliquant plusieurs entreprises, y inclus les offres prévoyant une sous-traitance, toutes les entreprises concernées et tous les sous-traitants sont obligés de remettre un DUME. Toutefois, selon l'article 24 du Règlement, celui-ci ne dispense pas les soumissionnaires des formalités spécifiques à accomplir dans le cas des marchés passés sous forme d'entreprise générale. En d'autres termes, les marchés d'entreprise générale tombant sous le régime du Livre II (pour lesquels le DUME serait obligatoire) requièrent la remise et du DUME et des attestations et certificats figurant comme preuves de conformité.

11.2. Enquête du Conseil

La demande de renseignements

Dans sa demande de renseignements, le Conseil a posé la question suivante : *« Avez-vous, en particulier connu des difficultés en relation avec les attestations relatives aux conditions légales que les soumissionnaires doivent satisfaire ? ».*

- 60% des répondants ont affirmé ne pas connaître de problème pour l'obtention des attestations et certificats.
- En revanche, 40% des entreprises interrogées estiment éprouver des difficultés pour obtenir les attestations et les certificats demandés. Les entreprises affirment que les problèmes sont rencontrés quasi-systématiquement lorsqu'elles font appel à des sous-traitants. Il serait courant que les entreprises de construction ne demandent les certificats à leurs sous-traitants qu'à partir du moment où elles sont bien placées dans le classement. Cependant, l'article 90 du Règlement poserait un problème en ce qu'il prévoit que les attestations du Centre d'informatique, d'affiliation et de perception des cotisations commun aux institutions de sécurité sociale (le Centre commun de la sécurité sociale), de l'Administration des contributions directes et de l'Administration de l'enregistrement et des domaines doivent établir que les entreprises sont en règle *« à une date qui ne peut être ni antérieure de trois mois au jour de l'ouverture de la soumission, ni postérieure au jour de l'ouverture de la soumission. »*. Selon les entreprises, cette disposition compliquerait particulièrement la gestion de la sous-traitance, car elles n'arriveraient pas toujours à faire établir ces attestations à la bonne date.

Les entretiens

Tous les acteurs (bureaux d'études, pouvoirs adjudicateurs, entreprises de construction) s'entendent pour dire que la gestion des certificats et des attestations est lourde. Mais ils sont conscients du fait que ces certificats garantissent que les entreprises respectent les dispositions légales en vigueur et sont en situation de conformité administrative.

Néanmoins, les entreprises et les bureaux interrogés sont d'avis que certains pouvoirs adjudicateurs ont tendance à demander aux entreprises trop de certificats et d'attestations à des moments précoces de la procédure, c'est-à-dire à l'ouverture des offres. Tous préconisent l'utilisation du DUME, à l'exception d'un bureau d'étude qui estime que le maniement du DUME serait excessivement lourd et de ce fait seulement d'une utilité très limitée.

Du côté des adjudicateurs, les pratiques à l'égard du DUME ne sont pas uniformes, quoique la plupart d'entre eux l'acceptent sans exiger les attestations et certificats lors de la soumission. Toutefois, dans un second temps, lors de la phase d'attribution, il est courant que le pouvoir adjudicateur, après avoir établi un classement provisoire, demande la présentation de tous les certificats nécessaires à l'attribution du marché non seulement à l'entreprise à laquelle il envisage d'attribuer le marchés, mais à plusieurs des entreprises les mieux classées, comme le permet l'article 72 (4) de la Loi : « *Un pouvoir adjudicateur peut demander à des soumissionnaires et des candidats, à tout moment de la procédure, de fournir tout ou partie des documents justificatifs, si cela est nécessaire pour assurer le bon déroulement de la procédure.* ». Les entreprises qui ne peuvent pas répondre à la demande du pouvoir adjudicateur sont exclues.

Certains pouvoirs adjudicateurs du secteur communal ont signalé au Conseil qu'il ne leur serait pas permis de demander à un adjudicataire, donc à une entreprise à laquelle un marché a été attribué, ou à un adjudicataire potentiel, de soumettre encore une pièce requise qui aurait été oubliée avant l'ouverture des offres. Ce problème serait dû au moins en partie à une mauvaise application ou une mauvaise compréhension de l'article 90 du Règlement, qui, pour rappel, dispose que les certificats et attestations doivent prouver la conformité de l'entreprise à une date à l'intérieur d'une période de trois mois avant la date d'ouverture, indépendamment de la date à laquelle la demande a été formulée. La confusion qui règne en relation avec l'application de cette disposition serait contreproductive, car elle a pour effet d'écarter les meilleures offres sans bonne raison.

11.3. Analyses et propositions du Conseil

Concernant la gestion des certificats, il a été suggéré durant les entretiens par certains acteurs de créer une unité spéciale, par exemple au sein du MMTP, dont la fonction serait de contrôler la conformité des soumissionnaires. Cette unité aurait la possibilité d'accéder aux fichiers des impôts, de la sécurité sociale ainsi qu'aux documents comptables déposés au Registre de commerce et des sociétés (ci-après : « RCS ») à des fins administratives afin de vérifier si les entreprises remplissent les critères de conformité administrative (absence de motifs d'exclusion) et les critères (financiers et techniques, voir chapitre 6) de sélection.

De même, quant aux références, l'idée a été émise de centraliser la gestion de certificats de bonne exécution sur une plateforme dédiée.

L'idée d'une création d'une unité chargée non seulement du contrôle de la conformité mais surtout de l'apport des preuves de cette conformité au sein de l'État peut paraître saugrenue. Elle consiste en réalité à externaliser une tâche qui est jusqu'à présent considérée comme incombant aux entreprises, et de bon droit puisque ce sont elles qui

par ce moyen veulent se voir attribuer des marchés. Elle se trouve à contrepied des traditions administratives courantes en toute matière, non seulement en matière d'achat public. La création d'une telle unité soulève également les nombreuses questions d'actualité en matière de protection des données.

Toutefois, en dehors de l'achat public, il est très rare qu'un fournisseur ou prestataire de service doive apporter au client (privé) des preuves de bonne conduite. Ainsi, la question de savoir si l'apport des preuves doit être considéré, d'une certaine façon, comme *Holschuld* (dette quérable) ou *Bringschuld* (dette portable) ne trouve pas de réponse définitive⁹⁵.

La solution envisagée aurait certainement le mérite de simplifier largement le fardeau administratif imposé aux entreprises. Elle permettrait également de réduire les coûts qu'elles doivent répercuter sur le maître d'ouvrage, et donc sur le contribuable. Enfin, elle pourrait probablement libérer des ressources au sein de l'entreprise, ce qui lui permettrait de se concentrer sur ses missions : remettre une offre de qualité et assurer une bonne exécution des travaux.

Au-delà de la création d'une unité spécialisée, le Conseil lance l'idée d'une création d'une base de données centralisée au sein du PMP où les soumissionnaires pourraient déposer leurs documents et leurs certificats, à disposition de tous les pouvoirs adjudicateurs.

La gestion des preuves de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection paraît problématique à plusieurs égards. Il n'existe pas de pratique administrative uniforme ni quant au moment auquel ces preuves doivent être apportées, ni quant aux entreprises qui doivent les apporter (tous les soumissionnaires ou seulement les adjudicataires, ou alors les adjudicataires potentiels), ni quant à l'acceptation du DUME, ni quant à l'application correcte de l'article 90 du Règlement, et les choses se compliquent encore d'avantage en présence de sous-traitants.

Le Conseil a testé le fonctionnement du DUME et son utilisation paraît simple. C'est pourquoi, afin de débloquer cette situation, le Conseil préconise en premier lieu l'utilisation généralisée du DUME lors de la phase de remise des offres et de ne réclamer les attestations et certificats qu'aux adjudicataires, indépendamment de l'envergure du marché. Il semble en effet excessivement précautionneux d'imposer ce type d'obligations à des entreprises qui n'ont pas gagné le marché. Cette précaution résulte de la crainte que l'entreprise adjudicataire pourrait avoir rempli le DUME de façon frauduleuse dans une intention de tromper, ce qui, on ne peut que l'espérer, sera plutôt rare. Par ailleurs, une fausse déclaration au sein du DUME pourrait être retenue comme un critère d'exclusion au sens de l'article 29 de la Loi.

Il pourrait même être envisagé que les pouvoirs adjudicateurs n'exigent ni certificats ni déclaration sur l'honneur au moment de l'ouverture des offres, à condition d'avoir bien expliqué dans les documents de marché quelles sont les preuves de conformité qui seront exigées en cas d'attribution du marché. Les entreprises sauront alors qu'elles ne pourront exécuter le marché si elles ne se sont pas mises en conformité et si elles ne seront pas en mesure de fournir les preuves exigées le moment venu.

⁹⁵ Pour la définition, voir Glossaire.

Par ailleurs, le Conseil recommande l'abrogation de la disposition de l'article 90 du Règlement selon laquelle le pouvoir adjudicateur doit demander au soumissionnaire et à ses sous-traitants des attestations « *dont il ressort que le soumissionnaire est en règle [...] à une date qui ne peut être [...] postérieure au jour de l'ouverture de la soumission.* » Selon les témoignages relevés par le Conseil, il serait souvent difficile pour les entreprises de fournir une telle attestation, et il est finalement indifférent qu'une entreprise se soit mise en conformité avant ou après l'ouverture des offres.

Finalement, le Conseil ne comprend pas pourquoi le DUME, dans la législation luxembourgeoise, n'est pas accepté pour les sous-traitants figurant dans des offres soumises lors d'un marché passé sous la forme d'une entreprise générale (article 24 du Règlement). La remise d'un DUME par les sous-traitants dans les autres types de marché est expressément prévue par l'article 105 du Règlement, et il n'est pas clair en quoi la sous-traitance dans le contexte d'un marché d'entreprise générale se distinguerait de la sous-traitance dans les autres marchés de travaux. Le Conseil plaide donc pour l'abrogation de cette disposition au sein de l'article 24 du Règlement.

En résumé

- Il existe quatre types de contrôle en matière de conformité des offres : le contrôle technique de l'offre ; le contrôle arithmétique ; le contrôle de la conformité administrative (absence de motifs d'exclusion) ; le contrôle des critères de sélection. Les deux derniers se font par le biais de certificats et attestations, à charge des entreprises.
- Le contrôle de la conformité administrative et des critères de sélection serait particulièrement lourd à gérer, tant pour les entreprises que pour les pouvoirs adjudicateurs. 40% des entreprises ont déclaré éprouver des difficultés pour obtenir les certificats demandés. Les pouvoirs adjudicateurs estiment quant à eux que la gestion des attestations est chronophage.
- Afin de soulager ce processus, il existe le DUME, une déclaration sur l'honneur qui remplace, dans un premier temps, les certificats. Le DUME est utilisé par la plupart des pouvoirs adjudicateurs et des bureaux d'études, sans pour autant être obligatoire dans le cas des marchés nationaux.
- Il a été suggéré au Conseil la création d'une unité spéciale au sein du MMTP chargée non seulement du contrôle de la conformité administrative mais surtout de l'apport des preuves de la conformité. A contrecourant de toutes les traditions administratives, cette solution aurait certainement le mérite de simplifier largement le fardeau administratif imposé aux entreprises. Le Conseil lance l'idée de la création d'une base de données centralisée pour le dépôt des certificats.
- Le Conseil recommande dans tous les cas une utilisation généralisée du DUME, également dans le contexte de marchés d'entreprise générale, tout comme l'abrogation de la disposition qui exige que les entreprises doivent prouver leur conformité à une date antérieure à l'ouverture des offres.

12.La décision d'attribution

12.1. Définition

À l'issue de la phase d'examen, le pouvoir adjudicateur établit un classement définitif en fonction de son mode d'attribution.

Comme expliqué supra :

- Soit le marché est attribué sur base de l'offre économiquement la plus avantageuse déterminée sur la base du prix : une observation des prix des offres conformes suffit à établir un classement.
- Soit le marché est attribué sur base de l'offre économiquement la plus avantageuse déterminée sur la base du coût : un calcul du coût de cycle de vie doit être effectué afin d'établir un classement.
- Soit le marché est attribué sur base de l'offre économiquement la plus avantageuse déterminée sur la base du meilleur rapport qualité/prix, qui peut être évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux liés à l'objet du marché. Dans ce cas, un classement est établi sur base de la pondération des critères d'attribution.

Suite au classement, le pouvoir adjudicateur notifie aux soumissionnaires sa décision d'attribution. L'article 97 du Règlement précise que « (1) *L'adjudicataire est avisé de la décision d'attribution du marché public par lettre [...]* ». De même, selon l'article 97 (2), le pouvoir adjudicateur doit communiquer aux soumissionnaires les motifs du rejet de leurs offres. La décision d'attribution est une décision administrative individuelle susceptible de recours.

Concernant les marchés européens, l'article 158 du Règlement prévoit, dans un souci de transparence, la publication d'un avis d'attribution. L'avis d'attribution est publié sur le site du PMP, dans la rubrique dédiée à cet effet. Il doit contenir plusieurs informations selon l'annexe II, partie D de ce même règlement, notamment l'identité du soumissionnaire gagnant. La liste complète des informations prévues se trouve en Annexe VI du présent rapport.

12.2. Enquête du Conseil

La demande de renseignements

Afin de se faire une idée sur la gestion des décisions d'attributions auprès des pouvoirs adjudicateurs, le Conseil a posé deux questions à ce sujet dans sa demande de renseignements.

Premièrement, le Conseil a demandé aux entreprises si elles pensaient que « *certaines entreprises [étaient] victimes de discrimination ? Connaissez-vous des exemples ?* ».

- Seulement deux entreprises ont répondu « *oui* » à cette question, sans pour autant justifier leur réponse ou donner un exemple concret.
- Les entreprises restantes ont répondu « *non* » ou ne pas avoir connaissance de cas de discrimination. Une entreprise a au contraire partagé son incompréhension quant au fait que certaines entreprises exclues d'un marché antérieur puissent avoir la possibilité de soumettre une offre lors de procédures postérieures.

Le Conseil a ensuite demandé aux entreprises si elles avaient « *déjà connu un litige avec un pouvoir adjudicateur ? Si oui, pour quelles raisons ?* ».

- Seulement trois entreprises affirment avoir connu un litige en rapport avec l'attribution d'un marché. Une entreprise a indiqué « *un manque de transparence de l'adjudication* » tandis que les deux autres ont pointé un litige concernant « *le calcul de la note générale* » et la « *pondération du dossier technique* ».
- Les autres litiges invoqués par les entreprises concernaient : le calcul et ou l'application de révision des prix ou des salaires (32% des répondants) ; la procédure de sélection (4%) et les *Leitfabrikate* (4%).⁹⁶

Les entretiens

Les pouvoirs adjudicateurs interrogés ont indiqué au Conseil que les décisions d'attribution étaient de plus en plus souvent contestées par les soumissionnaires perdants. Les soumissionnaires auraient tendance ces dernières années à demander plus d'explications quant aux motifs du rejet de leurs offres. Certains pouvoirs adjudicateurs ont indiqué que les soumissionnaires gagnants seraient parfois ouvertement dénigrés par la concurrence. Pour autant, les litiges en question ne s'étendent que très rarement au-delà des bureaux des pouvoirs adjudicateurs. Ceux-ci ont déclaré au Conseil qu'il y avait très rarement des recours devant les tribunaux suite à une décision d'attribution.

12.3. Analyses et propositions du Conseil

Résultats se dégageant des réponses à la demande de renseignements

En complément des réponses des entreprises quant à la possible discrimination et aux litiges éventuels en matière d'attribution, le Conseil a étudié, sur base de sa demande de renseignements, la capacité des entreprises à remporter un marché. Le tableau ci-dessous donne une vue synoptique des réponses à la demande de renseignements. Les résultats concernent, pour l'année 2019 :

- le nombre de procédures auxquelles les entreprises ont participées ;
- le nombre de procédures attribuées.

⁹⁶ Une entreprise a informé le Conseil que la nature du litige serait confidentielle.

Tableau 23 : Tableau synoptique des réponses à la demande de renseignements

	Construction NACELUX 41			Génie civil NACELUX 42			Travaux spécialisés NACELUX 43			TOTAL		
	Somme	Moyenne	Médiane	Somme	Moyenne	Médiane	Somme	Moyenne	Médiane	Somme	Moyenne	Médiane
Nombre d'offres	506	39	26	2096	105	55	75	38	38	2.677	43	76
Attributions	126	10	10	417	21	9	8	4	4	551	9	16
Ratio (%) ⁹⁷	25	29	23	20	16	16	11	10	10	21	16	21

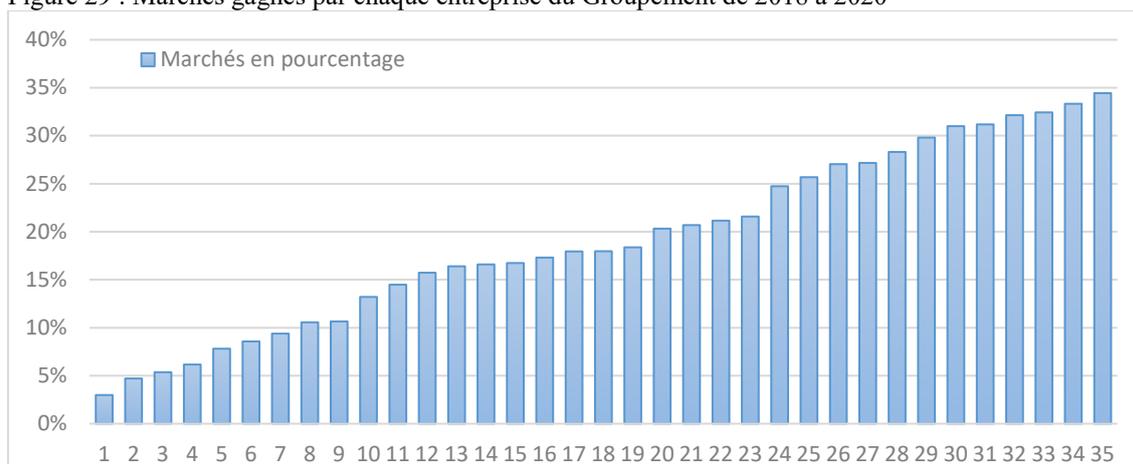
Source : Demande de renseignements du Conseil ; Production : Conseil

Il se dégage de cette analyse les points suivants :

- les entreprises soumettent en moyenne 76 offres par an ;
- sans surprise, les entreprises du génie civil sont les plus actives en termes de marchés publics, avec 2096 offres soumises en 2019. Elles ont remporté au total 417 marchés ;
- les entreprises de travaux spécialisés n'ont soumis que 76 offres au total, et en ont remporté 16 ; ceci est logiquement dû au fait que l'échantillon constitué, pour rappel, des entreprises du Groupement des entreprises de construction, n'inclut que très peu d'entreprises de travaux spécialisés.

Enfin, le ratio calculé entre le nombre de procédures attribuées et le nombre d'offres soumises est globalement de 21% ; il en découle que la probabilité de remporter un marché est d'une chance sur cinq en moyenne. Cette probabilité baisse à une chance sur sept pour les entreprises du génie civil. Les performances des entreprises qui soumettent des offres en termes de marchés remportés sont repris dans la figure suivante. Les marchés remportés par ces entreprises s'étalent entre 3 et 34% des offres soumises :

Figure 29 : Marchés gagnés par chaque entreprise du Groupement de 2018 à 2020



Source : Demande de renseignements du Conseil ; Production : Conseil

⁹⁷ Attributions (marchés remportés) en pourcentage des offres soumises.

Conclusions

En résumé, le Conseil constate une très grande disparité en ce qui concerne le poids des marchés publics au sein des entreprises du Groupement. Il ressort de la demande de renseignements que les entreprises du génie civil sont plus efficaces dans le secteur des travaux publics que leurs consœurs de la construction générale et des travaux spécialisés. Ces entreprises réalisent un CA plus important dans ce secteur, participent à plus de soumissions et en remportent aussi plus. Cela paraît normal dans la mesure où la demande en prestation de services de génie civil n'émane que de l'État.

De manière générale, le Conseil estime que les probabilités de se voir attribuer un marché sont assez faibles (une chance sur cinq). D'un côté, cela signifie que la mise en concurrence est en moyenne satisfaisante en ce qui concerne le nombre d'entreprises qui soumettent une offre. D'un autre côté, cela signifie que la soumission des offres constitue pour les entreprises un coût important compte tenu de la complexité des bordereaux et la lourdeur administrative des procédures, coût qui ne peut être supporté que par les entreprises les plus importantes.

Concernant la décision d'attribution au sein des marchés nationaux, le Conseil regrette l'absence de dispositions analogues à celles des procédures européennes⁹⁸. Les avis d'attribution des procédures ouvertes nationales ne sont quasi jamais publics au Luxembourg. Les pouvoirs adjudicateurs étant responsables d'une allocation efficace des ressources publiques, il semble logique que le grand public ait accès à ces informations. Le Conseil recommande la publication systématique des décisions d'attribution des procédures ouvertes, dans un souci de transparence.

En résumé

- À l'issue de la phase d'examen, le pouvoir adjudicateur établit un classement des offres et notifie aux soumissionnaires sa décision d'attribution. La décision d'attribution est une décision administrative individuelle susceptible de recours. Pour les marchés d'envergure (européens), la publication d'un avis d'attribution est requise.
- La décision d'attribution semble rarement être contestée par les entreprises. Selon les pouvoirs adjudicateurs interrogés, les recours devant les tribunaux seraient très rares, tout comme les contestations.
- Le Conseil a étudié la capacité des entreprises à remporter un marché. Il en ressort que les chances de se voir attribuer un marché sont assez faibles (une chance sur cinq). Si la mise en concurrence est en moyenne satisfaisante, la soumission des offres constitue pour les entreprises un coût important compte tenu de la complexité des bordereaux et de la lourdeur administrative des procédures.
- Le Conseil, dans un souci de transparence, recommande la publication systématique des décisions d'attribution au terme des procédures ouvertes.

⁹⁸ Voir chapitre 11.1

13. Les comportements des entreprises lors des procédures de passation de marchés

13.1. La collusion dans les marchés publics

Comme mentionné dans l'introduction de ce rapport, l'un des objets de cette enquête était d'examiner si le secteur visé fonctionne de manière concurrentielle, notamment en relation avec les procédures de mise en concurrence. Les procédures d'infraction au droit de la concurrence lancées par des autorités de concurrence à travers le monde dans le contexte des marchés publics sont nombreuses, et la thématique des offres frauduleuses – le « *bid rigging* » – a fait l'objet de nombreuses coopérations internationales⁹⁹. L'autorité de concurrence a un rôle éminent à jouer pour assurer l'intégrité et l'équité des procédures de passation de marchés.

Les offres frauduleuses ou, pour le moins, contestables sur le plan du droit de la concurrence existent également au Luxembourg. Parmi celles ayant fait l'objet d'une procédure d'infraction poursuivie par le Conseil, nous pouvons citer l'affaire *carreleurs*¹⁰⁰, datant de 2010, ainsi que l'affaire *TUL*¹⁰¹, datant de 2015. Cette dernière procédure avait été ouverte suite à un accord - une offre commune - entre 20 entreprises de transport en réponse à un marché public organisé par, à l'époque, le Ministère du Développement Durable et des Infrastructures, pour les transports des personnes à besoins spécifiques. Il est à noter que cette affaire avait été portée à la connaissance du Conseil non pas par la Commission des Soumissions, compétente, entre autres, « *pour veiller à ce que les dispositions légales, réglementaires et contractuelles en matière de marchés publics soient strictement observées* », ni par le Ministre compétent, mais par un courrier de la part d'une des entreprises parties à l'accord.

Cette affaire montre qu'il existe une incertitude considérable parmi les entreprises luxembourgeoises et les pouvoirs adjudicateurs quant à la licéité des coopérations entre entreprises – les offres communes – en réponse à des procédures de marché, notamment dans le cas de marchés importants qui peuvent dépasser les capacités des entreprises individuelles. Cette thématique dépasse le cadre du présent rapport, mais a fait l'objet d'une publication récente du Conseil¹⁰². Son objet est de sensibiliser les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises aux offres communes de tout genre : associations momentanées, groupements, entreprises communes, sous-traitance, et d'accompagner les entreprises dans leur effort d'auto-évaluation quant au respect du droit de la concurrence d'une éventuelle coopération au sein d'une offre commune à soumettre lors d'une procédure de passation d'un marché public.

L'objet du marché public est la mise en concurrence des entreprises pour que le pouvoir adjudicateur, et donc *in fine* le contribuable, obtiennent la meilleure offre qu'une économie de marché est en mesure de produire. Dès lors, les marchés publics sont

⁹⁹ Voir, par exemple : Organisation de Coopération et de Développement Economiques. *Prévention de la corruption dans les marchés publics*. Éditions OCDE. Paris. 2016.

¹⁰⁰ Décision 2010-FO-01 - Affaire carreleurs

<https://conurrence.public.lu/fr/decisions/ententes/2010/2010-fo-01.html>

¹⁰¹ Décision 2017-E-01 - Affaire Transport Union Lëtzebuerg

<https://conurrence.public.lu/fr/decisions/ententes/2017/decision-2017-e-01.html>

¹⁰² Conseil de la concurrence. *Les offres communes dans le cadre d'appels d'offres*. Luxembourg. 2021

potentiellement propices aux comportements anticoncurrentiels, car c'est là que la concurrence se fait, en principe, de la façon la plus crûe et la plus immédiate. Dans la mesure où ces comportements permettent aux entreprises de se soustraire aux mécanismes de concurrence, les offres se trouveront à des niveaux de prix au-dessus du prix concurrentiel, au désavantage du maître d'ouvrage public. C'est pourquoi de telles pratiques constituent des violations graves du droit de la concurrence qui sont sanctionnées par des amendes et éventuellement d'autres mesures.

Afin de sensibiliser les pouvoirs adjudicateurs et entreprises à la problématique de la collusion dans les marchés publics, le Conseil a publié récemment deux guides à l'attention respectivement des entreprises et des pouvoirs adjudicateurs¹⁰³. Les possibilités de collusion – d'offres frauduleuses, de soumissions concertées, de coopérations illégales – dans ce contexte sont nombreuses. Le guide précité mentionne les offres de couverture, les suppressions d'offres, les rotations d'offres et la répartition des marchés. Les collusions les plus « efficaces » sont celles qui englobent tous les soumissionnaires à une procédure de passation, que ce soit sous forme cachée, telle que dans l'affaire carreleurs précitée, ou de façon ouverte comme dans le cas de l'affaire TUL.

13.2. La détection des comportements anticoncurrentiels

Cependant, tous les acteurs, pouvoirs adjudicateurs comme entreprises, interrogés dans le cadre de l'enquête ont affirmé ne pas avoir eu de suspicion de comportements anticoncurrentiels ou frauduleux dans le chef des entreprises qui ont soumis des offres au cours des dernières années. De même, il ne semble pas y avoir eu de cas suspects transmis à la Commission des Soumissions dans un passé récent. Il est vrai que la conjoncture surchauffée dans le secteur sous enquête n'est pas propice aux coopérations illégales, compte tenu des risques que ces derniers comportent. Le secteur étant en plein essor, les carnets de commande sont bien remplis, les entreprises ne sont pas désespérées de gagner une commande publique. Il arriverait, au contraire, que des entreprises soumettent une « offre de politesse », c'est-à-dire une offre sciemment trop élevée, qui n'est pas compétitive.

Néanmoins, comme le montre l'expérience dans les autres pays, l'existence de tels comportements anti-concurrentiels reste probable, alors que leur détection est difficile pour plusieurs raisons. Les entreprises se gardent de faire des erreurs grossières qui peuvent les trahir comme dans le cas de l'affaire carreleurs. La procédure de clémence, qui permet d'accorder un traitement favorable aux entreprises qui dénoncent et coopèrent avec le Conseil afin de mettre au jour et de sanctionner les comportements anticoncurrentiels, ne semble pas encore très connue auprès des entreprises¹⁰⁴. Les procédures de passation ne sont pas transparentes au niveau des attributions - ni les soumissionnaires ni les attributions de marché ne font l'objet d'une information au public (voir aussi chapitre 11). Le Conseil – ni aucune autre institution - n'a d'accès automatique aux bases de données des pouvoirs adjudicateurs, et il n'existe pas de base de données

¹⁰³ Conseil de la concurrence. *L'interdiction de la collusion dans les marchés publics, guide à l'attention des entreprises*. Luxembourg. 2021.

¹⁰⁴ Conseil de la concurrence. *L'interdiction de la collusion dans les marchés publics, guide à l'attention des pouvoirs adjudicateurs*. Luxembourg. 2021.

centralisée en ce qui concerne les attributions et les offres soumises par les entreprises. Chaque marché n'est accessible que par le maître d'ouvrage qui en est l'auteur.

Ce dernier point est particulièrement regrettable, car il empêche l'établissement de statistiques exhaustives sur les marchés publics et, surtout, l'accès à une information plus complète permettant notamment au Conseil de prévenir ou détecter les comportements déviants¹⁰⁵

Toutefois, étant donné la sensibilité du sujet, le Conseil continue ses efforts en la matière. À cette fin, une seconde partie de son enquête sectorielle sera consacrée à la détection d'éventuels comportements anticoncurrentiels, collusoires ou frauduleux de la part des entreprises lorsqu'elles soumissionnent des offres dans le cadre d'un marché public. La détection d'un comportement potentiellement illégal ne saurait faire l'objet d'une discussion au sein d'un rapport accessible au public, mais pourra servir de point de départ pour une autosaisine du Conseil en vue de l'ouverture d'une procédure d'infraction.

Le Conseil rappelle également l'existence de la procédure de clémence qui permet d'accorder un traitement favorable aux entreprises qui dénoncent des collusions anticoncurrentielles. Les entreprises qui ont participé à une entente anticoncurrentielle (violation de l'article 3 de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence et/ou de l'article 101 du TFUE) peuvent ainsi, porter cette entente à la connaissance du Conseil afin de bénéficier d'une immunité totale ou d'une réduction des amendes qu'elles auraient normalement encourues.

En conclusion, le Conseil appelle de ses vœux :

- une coopération plus systématique avec la Commission des Soumissions, sous la forme, entre autres, d'un statut d'observateur pour un délégué du Conseil ;
- une meilleure sensibilisation des pouvoirs adjudicateurs, ainsi que du MTTP aux possibilités de collusion dans les marchés publics, sensibilisation déjà initiée par les publications récentes susmentionnées;
- un accès aux bases de données des pouvoirs adjudicateurs ancré dans la loi ;
- la mise en place d'une base de données centralisée contenant les offres et échanges entre entreprises et adjudicateurs de tous les marchés publics.

¹⁰⁵ Un outil d'investigation dont l'objet est de détecter des comportements anormaux sur base d'une analyse des données collectées sur les offres soumises à des marchés publics est en voie de développement auprès d'autorités de concurrence étrangères.

En résumé

- Les comportements anticoncurrentiels tels que les offres de couverture permettent aux entreprises de se soustraire aux mécanismes de concurrence et constituent des violations graves du droit de la concurrence qui sont sanctionnées par des amendes et d'autres mesures.
- Il existe une incertitude considérable parmi les entreprises quant à la licéité des coopérations entre entreprises – les offres communes – en réponse à des procédures de marché. Cette thématique a fait l'objet d'une publication récente du Conseil
 - Afin de sensibiliser pouvoirs adjudicateurs et entreprises à la problématique de la collusion dans les marchés publics, le Conseil a publié récemment deux guides à l'attention respectivement des entreprises et des pouvoirs adjudicateurs.
 - Le Conseil consacrera une seconde partie de son enquête sectorielle à la question de la détection d'éventuels comportements anticoncurrentiels, collusoires ou frauduleux de la part des entreprises lorsqu'elles soumissionnent des offres dans le cadre d'un marché public.
- En conclusion, le Conseil appelle de ses vœux : une coopération plus systématique avec la Commission des Soumissions ; une sensibilité accrue des pouvoirs adjudicateurs aux possibilités de collusion dans les marchés publics ; un accès aux bases de données des pouvoirs adjudicateurs ancré dans la loi ; la mise en place d'une base de données centralisée contenant les offres soumises.

D'autres sujets ont été abordés lors de l'enquête. Il s'agit des problématiques d'actualité ayant trait aux déchets inertes, aux travailleurs détachés ainsi qu'à la pénurie des matériaux de construction. Ces sujets, bien que plus éloignés à la fois du droit de la concurrence et des marchés publics, ont néanmoins retenu l'attention du Conseil qui a décidé de les aborder dans le présent rapport.

14. Déchets inertes

Définitions

Plus de deux tiers des déchets de chantier sont des déchets inertes. Ces déchets inertes sont des déchets qui ne subissent aucune modification physique, chimique ou biologique importante. Ils ne se décomposent pas, ne brûlent pas et ne produisent aucune autre réaction physique ou chimique, ne sont pas biodégradables et ne détériorent pas d'autres matières avec lesquelles ils entrent en contact, d'une manière susceptible d'entraîner une pollution de l'environnement ou de nuire à la santé humaine¹⁰⁶.

Les principaux déchets inertes dans le bâtiment sont la terre, le gravier et le sable. Leur élimination se fait par des décharges régionales, qui assurent un contrôle afin de vérifier leur conformité et les risques de contamination.

En 2015, les déchets de construction et de démolition représentaient 9,29 millions de tonnes, dont 8,65 millions en provenance de terres d'excavation. Ce nombre important est évidemment lié au dynamisme des activités de construction¹⁰⁷.

Contexte légal

Selon les dispositions du règlement grand-ducal du 9 janvier 2006 déclarant obligatoire le plan directeur sectoriel décharges pour déchets inertes, les déchets inertes doivent être transportés à la décharge la plus proche du chantier générateur des déchets¹⁰⁸. Ces déchets ne peuvent pas être transportés du Luxembourg vers des décharges situées hors du pays, à l'exception des cas de force majeure¹⁰⁹.

Ce même règlement avait instauré une commission de suivi, chargée de la mise en œuvre du plan directeur sectoriel « décharges pour déchets inertes ». Elle doit suivre l'évolution des problématiques liées à ces déchets et rédiger un rapport sur la situation des décharges.

En date du 16 septembre 2021, le règlement grand-ducal du 25 août 2021 déterminant la procédure de recherche de nouveaux emplacements pour décharges régionales pour déchets inertes a été publié. Il instaure, entre autres, le « *principe de proximité* »¹¹⁰ ainsi que la désignation au sein des bordereaux de soumission de la décharge vers laquelle les déchets doivent être évacués. Le Conseil se pose la question de la pertinence d'une telle disposition, puisqu'il est toujours dans l'intérêt de l'entreprise chargée de l'évacuation des déchets de se tourner vers la décharge la plus proche.

¹⁰⁶ Loi du 21 mars 2012 relative à la gestion des déchets, art. 4, 11).

¹⁰⁷ Ministère de l'Environnement, du Climat et du Développement durable. *Plan national de gestion des déchets et des ressources*. Luxembourg. 2018

¹⁰⁸ Réponse commune de Monsieur François Bausch, Ministre du Développement durable et des infrastructures et de Madame Carole Dieschbourg, Ministre de l'Environnement à la question parlementaire N°1146 du 19 mai 2015 de Monsieur le Député Marcel Oberweis.

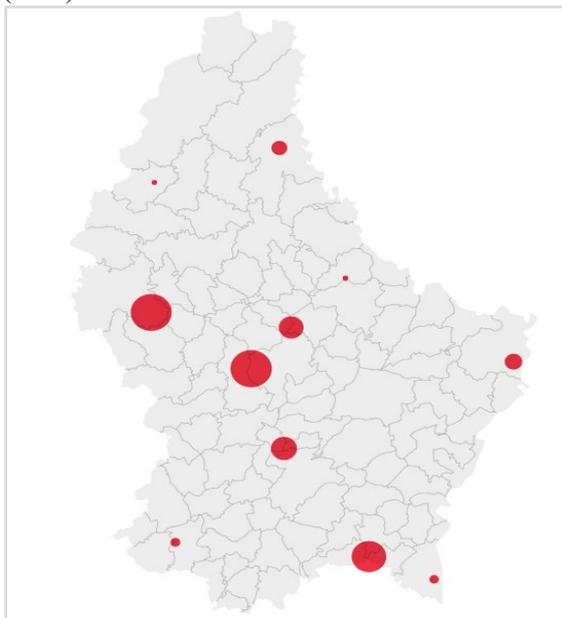
¹⁰⁹ Loi du 21 mars 2012 relative à la gestion des déchets, article 16 c) : « *Les transferts de déchets inertes vers des opérations d'élimination situées hors du Luxembourg sont interdits sauf dans les cas de force majeure dûment constatés par le ministre* ».

¹¹⁰ « *Les déchets inertes doivent être transportés à la décharge la plus proche du chantier générateur des déchets.* »

États des lieux

En 2021, le Luxembourg compte douze décharges de déchets inertes. La capacité d'accueil varie selon le site. Elle découle du diamètre des points du graphique ci-dessous :

Figure 30 : Carte des décharges de déchets inertes (2021)



Source : Ministère de l'Environnement, Paperjam.

Tableau 24 : Capacité restante en m³ fin 2019

Lieu	Capacité restante en m ³ (2019)
Altwies	5.694.008
Bridel	3.055.556
Brouch	8.328.471
Colmar-Berg	2.760.018
Folkendange	66.026
Gadderscheier	313.991
Hosingen	1.023.279
Moersdorf	1.300.000
Nothum	61.844
Remerschén	285.833
Folschette	8.176.441
Mondercange	0
TOTAL	31.065.467

Source : Ministère de l'Environnement ; Conseil.

D'après le Groupement¹¹¹, « *seul neuf sites sont exploités [...], seulement cinq fonctionnent « normalement* ». *C'est-à-dire que le camion y entre, se décharge dans la benne et repart vide. Il s'agit de celles de Colmar-Berg, Hosingen, Nothum, Sanem et Folschette.* »

Cette situation est considérée comme extrêmement problématique. La chambre des Métiers a déclaré, le 22 mars 2021, que la situation des décharges au Luxembourg était « *kafkaïenne* ». D'après son analyse, « *un camion de terrassement doit parcourir une distance d'environ 70 km pour arriver finalement à une décharge.* », ce que les entreprises de construction et les fédérations ont confirmé au Conseil. La décharge qui semble la plus utilisée est celle de Colmar-Berg.

Ce phénomène conduit d'une part à une perte de temps et donc des coûts évitables pour les entreprises, les chantiers se déroulant la plupart du temps dans le sud et dans le centre du pays, et d'autre part à des émissions de gaz à effet de serre supplémentaires d'environ 10.000 tonnes par an, « *soit l'ordre de grandeur de la ville de Diekirch avec ses 6.700 habitants.* »¹¹².

¹¹¹ « *Évacuer la terre: un casse-tête pour la construction* » - Paperjam du 15/02/2021 - <https://paperjam.lu/article/evacuer-terre-casse-tete-const>.

¹¹² « *La situation kafkaïenne des décharges au Luxembourg* » - CDM Blog du 22/03/2021 - <https://www.cdm.lu/blog/paul-nathan/la-situation-kafkaïenne-des-decharges-au-luxembourg>.

Le Ministère de l'Environnement estime que le réseau actuel de décharges pourrait encore fonctionner tel quel pour les quinze prochaines années¹¹³. Aussi, toujours d'après le Ministère, « *le problème de la disponibilité de capacités de mise en décharge de déchets inertes ne peut donc pas simplement être réduit à un manque de décharges, mais soulève aussi la question de savoir si les constructions futures continuent à utiliser de gros volumes bâtis en sous-sol ou si la planification est faite de façon à prévoir ces volumes hors sol, notamment en hauteur* ».

Selon les acteurs rencontrés, il reste cependant urgent d'ouvrir de nouvelles décharges, afin de se prévenir des futurs grands chantiers du sud du pays (*Südspidol, Eurohub, échangeur A3*) qui iront jusqu'à générer 1,7 millions m³ de terres d'excavation. Ils réclament idéalement une quinzaine de décharges, réparties dans tout le pays¹¹⁴.

De l'avis du Conseil, même si les capacités d'accueil des décharges existantes semblent globalement suffisantes à l'heure actuelle, leur disposition géographique à travers le pays ne correspond pas aux besoins des entreprises, produit des coûts évitables, renchérit ainsi tout projet de construction et se trouve à l'origine d'une production inutile et facilement évitable de gaz à effet de serre. Le statu quo est ainsi en conflit avec les objectifs de développement durable poursuivis par la politique gouvernementale.

En résumé

- Un déchet inerte est un déchet qui ne se décompose pas, ne brûle pas et ne produit aucune réaction chimique. Son élimination se fait par la mise en décharge. En 2015, les déchets de construction et de démolition représentaient 9,29 millions de tonnes au Luxembourg.
- D'après le Groupement, seules neuf sur douze décharges sont exploitées dont cinq fonctionneraient « normalement », c'est-à-dire que les camions peuvent décharger sans temps d'attente. Il en résulte que certains camions doivent parcourir 70 km pour décharger des déchets de construction. Le Groupement et la FDA estiment que cette situation est problématique. Elle entraîne un surcroît du trafic routier et des émissions à effet de serre.
- Selon ces deux acteurs, il est urgent d'ouvrir de nouvelles décharges, ce que le Conseil soutient.

¹¹³ « *Le vrai-faux problème des décharges pour la construction* » - Paperjam du 23/03/2021 - <https://paperjam.lu/article/vrai-faux-probleme-decharges-c>.

¹¹⁴ « *Nous sommes demandeurs de contrôle* » - Paperjam du 09/02/2021 - <https://paperjam.lu/article/nous-sommes-demandeurs-control>.

15.Salariés détachés

Définition

D'après le site de la Chambre des Salariés, un salarié détaché est un « *salarié travaillant habituellement à l'étranger et qui exécute son travail sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, pendant la durée limitée déterminée par l'exécution de la prestation de services précise pour laquelle le contrat de prestations de services a été conclu.* »¹¹⁵.

Contexte légal

Les dispositions légales qui traitent la question du détachement de salariés se trouvent dans le code du travail. Il s'agit des articles L.141-1 à L.145.1 du Livre premier « *Relations individuelles et collectives du travail* », Titre IV « *Détachement de salariés* ».

Ces dispositions légales transposent les nombreuses directives européennes. La libre circulation des travailleurs, la libre prestation de services ainsi que la liberté d'établissement sont les fondements du marché intérieur de l'Union Européenne. La première directive ayant abordé le détachement des salariés date du 16 décembre 1996. La directive 96/71/CE avait pour objectif la promotion transnationale de la prestation de services, tout en garantissant une concurrence loyale des entreprises et une protection accrue du salarié détaché. Chaque directive suivante a renforcé ces règles de protection, tout en instaurant de nouvelles mesures. Par exemple, en date du 29 septembre 2020, le Conseil a approuvé le projet de loi ayant pour objet de transposer la directive 2020/1057. L'objectif est de spécifier les règles en matière de détachement des salariés mobiles des entreprises de transport.

Un employeur basé à l'étranger peut détacher temporairement ses salariés afin qu'ils exécutent un travail sur le territoire luxembourgeois. Dans le cas d'un détachement, le contrat de travail de base perdure, tout comme les droits et devoirs qui y sont attachés. Par exemple, un salarié d'une entreprise belge détaché au Luxembourg continuera à dépendre du régime de sécurité social belge. En revanche, l'entreprise étrangère doit respecter le droit du travail luxembourgeois, ce qui signifie que celui-ci doit s'appliquer. Ces dispositions concernent, entre-autres :

- le temps de travail (durée hebdomadaire, temps de pause, temps de repos) ;
- les jours fériés légaux ;
- les congés payés ;
- le salaire social minimum.¹¹⁶

En cas de non-respect de ces dispositions, la loi prévoit une amende administrative entre 1.000 et 5.000€ par salarié détaché et entre 2.000 et 10.000€ en cas de récidive, avec un montant maximum fixé à 50.000€.

¹¹⁵ « *Détachement du salarié* » - Chambre des salariés du Luxembourg - <https://www.csl.lu/fr/vos-droits/droit-du-travail/le-detachement-des-salaries>

¹¹⁶ Ces conditions doivent obligatoirement être respectées par l'employeur. Le législateur prévoit une exception lorsque le détachement est réalisé dans le but de travaux de montage initial ou de 1ère installation¹¹⁶, mais les travaux qui relèvent du domaine de la construction sont exclus de ce dispositif, selon l'article L. 141-2: « *Toutefois, la dérogation fixée au paragraphe « 2 » ne s'applique pas aux activités dans le domaine de la construction qui visent la réalisation, la remise en état, l'entretien, la modification ou l'élimination de constructions* »

État des lieux

Le détachement serait monnaie courante au Luxembourg. D'après son dernier rapport annuel, l'Inspection de Travail et des Mines (ci-après : « ITM ») a enregistré en 2020 54.321 déclarations de détachement, en progression constante chaque année¹¹⁷. Le graphique ci-dessous montre l'évolution du nombre de déclarations de détachements depuis 2016.

Figure 31 : Évolution de nombre de déclarations de détachement au Luxembourg



Source: ITM ; Production : Conseil

En matière de salariés détachés, l'année 2020 a compté 139.528 salariés détachés cumulés. Le tableau ci-dessous montre que les salariés sont majoritairement allemands (80.832 salariés, soit 57,93%), suivis par les salariés polonais (20.275 salariés, soit 14,53%) et par les salariés belges (19.390 salariés, soit 13,90%).

Tableau 25 : Nombre de salariés détachés, en fonction de la nationalité

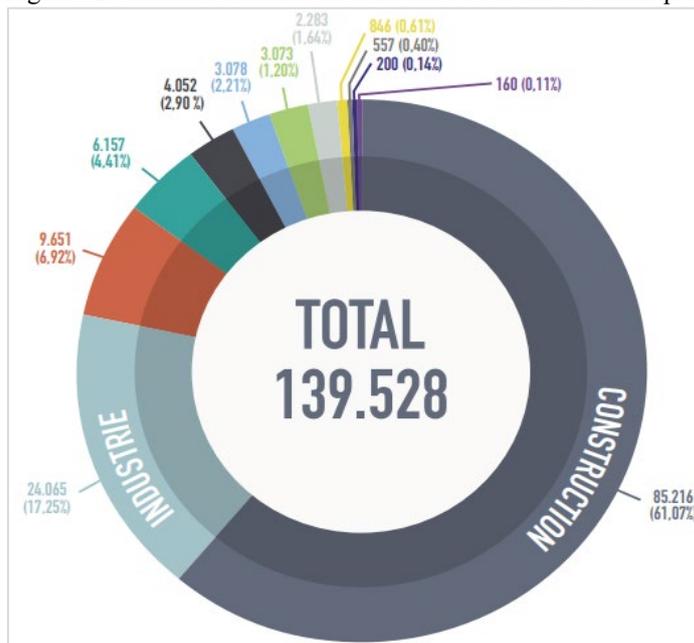
Pays	2016	2017	2018	2019	2020	% Par pays	Diff 2020/19
Allemagne	62.727	80.520	76.527	77.687	80.832	57,93%	+4,05%
Belgique	10.420	18.170	19.609	18.118	19.390	13,90%	+7,02%
France	4.847	5.958	6.636	8.192	8.048	5,77%	-1,76%
Pays-Bas	562	301	342	731	410	0,29%	-43,91%
Autriche	538	627	818	843	991	0,71%	+17,56%
Espagne	202	356	224	749	139	0,10%	-81,44%
Portugal	749	1.633	1.897	1.550	1.780	1,28%	+14,84%
Italie	432	372	1.206	1.317	996	0,71%	-24,37%
Pologne	9.308	14.221	17.234	25.576	20.275	14,53%	-20,73%
Hongrie	495	1.445	805	414	807	0,58%	+94,93%
Roumanie	1.042	2.559	2.579	1.955	1.352	0,97%	-30,84%
Autres pays	935	3.783	5.752	3.429	4.508	3,24%	+31,47%
TOTAL	92.527	129.945	133.629	140.561	139.528	100%	-0,73%

Source : ITM ; Production : Conseil

Enfin, les salariés détachés travaillent majoritairement dans le secteur de la construction (85.216 salariés, soit 61,07% des travailleurs détachés). Le graphique ci-dessous montre le total cumulé des salariés détachés par secteur économique.

¹¹⁷ Inspection du travail et des mines. *Rapport annuel 2020* page 40, Luxembourg. 2021

Figure 32 : Salariés détachés en fonction du secteur économique



Source : ITM

En matière de contrôle, l'ITM en a effectué 4.297 en 2020. Ces contrôles ont donné lieu à 3.398 injonctions. En 2020, 1.520 amendes ont été infligées pour un montant de 6.138.000€ pour non-respect de la législation sur les salariés détachés. Le détachement est le premier poste de contrôle et d'amende de l'ITM, 72% des amendes distribuées en 2020 concernait le détachement.

Les entreprises et fédérations rencontrées par le Conseil sont d'avis que les contrôles effectués par l'ITM, bien que nombreux, restent insuffisants. Elles estiment que certaines entreprises font régulièrement appel à de la main d'œuvre étrangère, sans respecter les dispositions légales ou alors en utilisant des stratagèmes pour faire baisser leur salaire. À ce propos, Marc Giorgetti, président du Groupement, a déclaré dans la presse : « *Par exemple: un employeur qui embauche un ouvrier qui vient de l'étranger. Le salarié est payé selon la loi luxembourgeoise. L'entreprise le loge dans un container et lui prend la moitié de son salaire pour le loyer. Comme ça, vis-à-vis du Luxembourg, elle est en règle, et se met en poche du loyer. C'est difficile à contrôler pour l'ITM, et c'est une concurrence déloyale pour nos sociétés.* »¹¹⁸.

De manière générale, les entreprises et les fédérations plaident pour la création d'une unité spéciale regroupant l'ITM, l'Administration des Douanes et Accises, et la Police grand-ducale. Sans se prononcer sur le bien-fondé de cette unité spéciale, le Conseil tient à souligner qu'il existe déjà un accord de coopération renouvelé en 2018 entre l'ITM et l'Administration des Douanes et Accises¹¹⁹. L'article L.142-1. du code du travail prévoit que la Police grand-ducale est aussi compétente en la matière : « *Les infractions au présent titre sont recherchées et constatées par les agents de l'Administration des*

¹¹⁸ « Nous sommes demandeurs de contrôle » - Paperjam du 09/02/2021 - <https://paperjam.lu/article/nous-sommes-demandeurs-control>.

¹¹⁹ « Le détachement de salariés au Luxembourg » - ITM - <http://groupement.lu/wp-content/uploads/2017/11/Documents-M-Boly.pdf>.

douanes et accises, par les officiers et agents de la Police grand-ducale et par les membres de l'Inspection du travail et des mines. ».

En conclusion

Alors que les pratiques illégales en matière de salariés détachés sont évidemment source de distorsion de concurrence, elles relèvent de la concurrence déloyale (sur le plan social) plutôt que du droit de la concurrence au sens de la Loi relative à la concurrence ou des articles 101 et 102 TFUE. Cette problématique est d'ores-et-déjà traitée par les services de l'ITM. Elle représente près de 80% des amendes distribuées par cette dernière ainsi que la première raison des contrôles menés. Le Conseil suggère tout de même au législateur de rendre plus dissuasif le montant des amendes, et de porter le maximum de 50.000 à 500.000€, à l'instar de la France.

En résumé

- Un salarié détaché est un salarié travaillant habituellement à l'étranger et qui exécute son travail sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, pendant une durée limitée et pour une tâche déterminée. L'entreprise qui détache un salarié au Luxembourg doit respecter les minimas sociaux luxembourgeois (salaire, temps de travail, congés). Un non-respect est passible d'amende allant de 1.000 à 5.000€ par salarié (maximum de 50.000€).
- D'après les entreprises et les associations rencontrées par le Conseil, de nombreuses entreprises feraient appel à une main d'œuvre étrangère sans respecter ces conditions.
- Les acteurs précités s'entendent pour demander plus de contrôles de la part de l'ITM. Pour autant, le Conseil constate que le détachement est la première cause d'amendes et de contrôles au sein de l'ITM.
- Le Conseil recommande de rendre le montant des amendes plus dissuasif, en le portant de 50.000 à 500.000€ à l'instar de la France.

16. Pénurie des matériaux de construction

Le Conseil s'est entretenu avec différents acteurs du secteur de la construction (grossistes en matériaux, entreprises de construction, pouvoirs adjudicateurs et fédérations professionnelles) afin de mieux comprendre la pénurie actuelle de matériaux de construction et d'en évaluer l'impact sur la concurrence sur le marché. L'enquête du Conseil s'est déroulée en deux phases :

- une première phase d'entretiens menés au mois de mai 2021 ;
- une seconde phase d'entretiens menés au mois de septembre 2021.

De quoi s'agit-il ?

Les acteurs interrogés ont indiqué au Conseil subir une pénurie sur certains matériaux de construction depuis le début de l'année 2021. Cette pénurie va de pair avec de fortes hausses de prix. Les principaux produits concernés sont les suivants :

- L'acier
- Le bois (non-traité)
- Les plastiques (PVC, polypropylène, polyéthylène, tuyaux)
- Le matériel d'isolation.

D'après les acteurs interrogés, les prix se sont stabilisés au cours de l'été 2021, tandis que l'approvisionnement en matériaux reste à ce jour encore difficile.

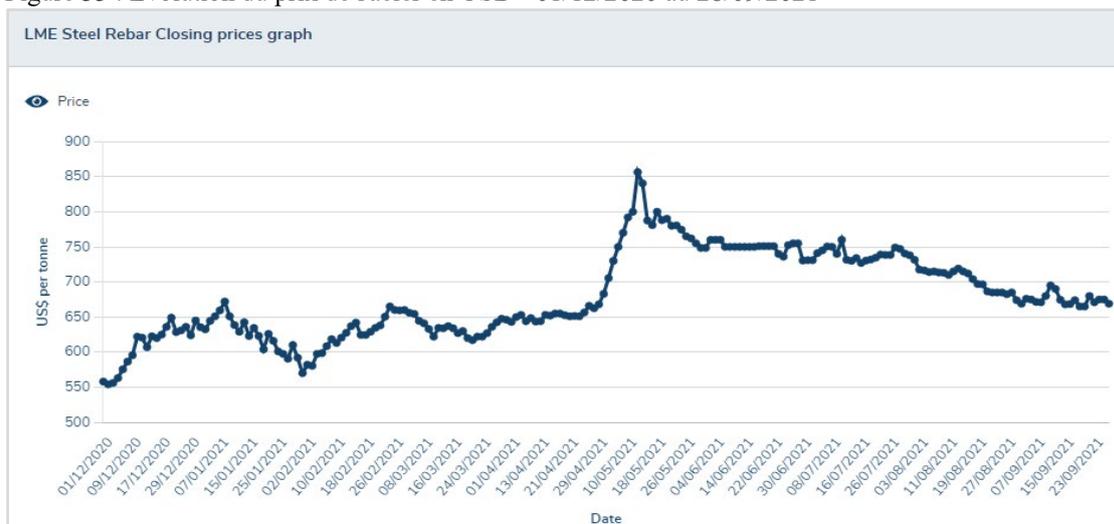
Quelles en sont les causes ?

Les causes dépendent surtout des produits et ne sont pas toutes liées à la crise sanitaire.

En ce qui concerne l'acier, les acteurs interrogés ont indiqué au Conseil qu'une hausse de 35% était déjà à noter dès fin de l'année 2020. Cette hausse des prix serait liée principalement à la crise sanitaire. Il semblerait que durant la crise sanitaire, de nombreuses usines aient été fermées, ce qui a entraîné un ralentissement de la production. De nombreux fournisseurs invoquent le rebond économique en Chine et aux Etats-Unis post-Covid, et la difficulté des usines à redémarrer à pleine puissance. La demande est donc supérieure à l'offre, ce qui entraîne irrémédiablement des hausses de prix. Ces faits sont confirmés d'une part par de nombreux articles de presse¹²⁰, mais aussi par le cours de l'acier, en forte augmentation. Le graphique ci-dessous montre que malgré une stagnation, voire une légère baisse des prix depuis le début du mois de juin 2021, l'acier reste en moyenne 20% plus cher qu'en décembre 2020.

¹²⁰ « Pénurie d'acier - Jusqu'à 25% de hausse des prix pour certains matériels agricoles » - Réussir 23 avril 2021. <https://www.reussir.fr/machinisme/penurie-dacier-jusqua-25-de-hausse-des-prix-pour-certains-materiels-agricoles>.

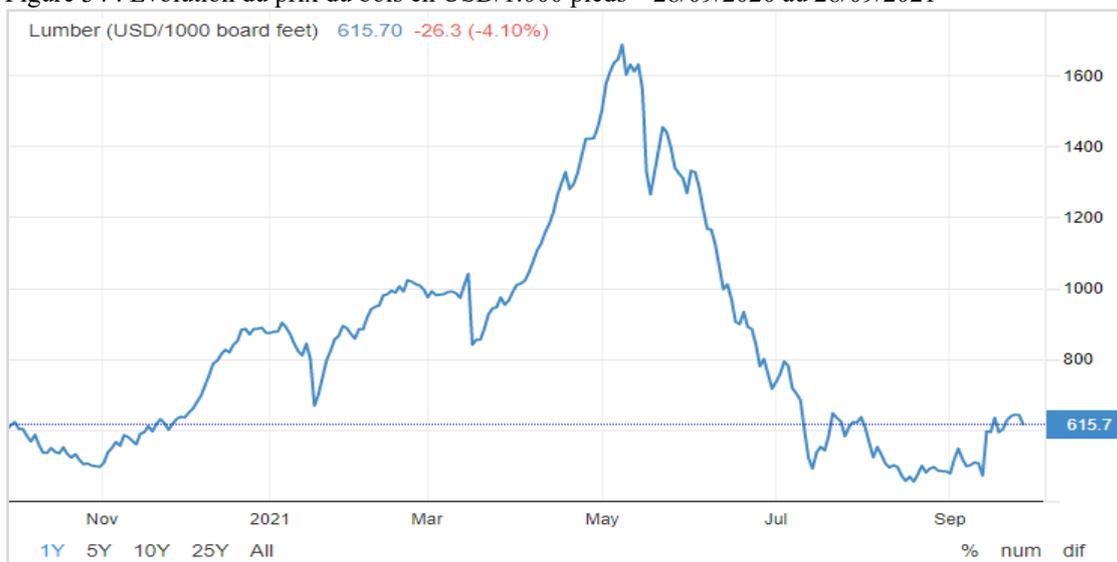
Figure 33 : Évolution du prix de l'acier en USD - 01/12/2020 au 28/09/2021



Source: LME

Pour le bois (non-traité), les acteurs notent des hausses allant jusqu'à 100%. Si la lente reprise des usines de production semble aussi être en partie la cause des hausses de prix et de la pénurie, il semblerait que le marché ait été récemment déséquilibré pour des raisons politiques. L'instauration d'une taxe d'importation du bois en provenance du Canada aurait poussé les entreprises américaines à importer de l'Europe, ce qui aurait entraîné une raréfaction du bois assortie d'augmentations de prix¹²¹. Le cours du bois a connu une évolution sans précédent jusqu'en mai 2021, avant de se stabiliser et de retrouver les prix de septembre 2020¹²². Néanmoins, les acteurs interrogés par le Conseil ont indiqué que cette baisse ne se fait pas encore ressentir *in concreto* dans le prix des fournitures.

Figure 34 : Évolution du prix du bois en USD/1.000 pieds – 28/09/2020 au 28/09/2021



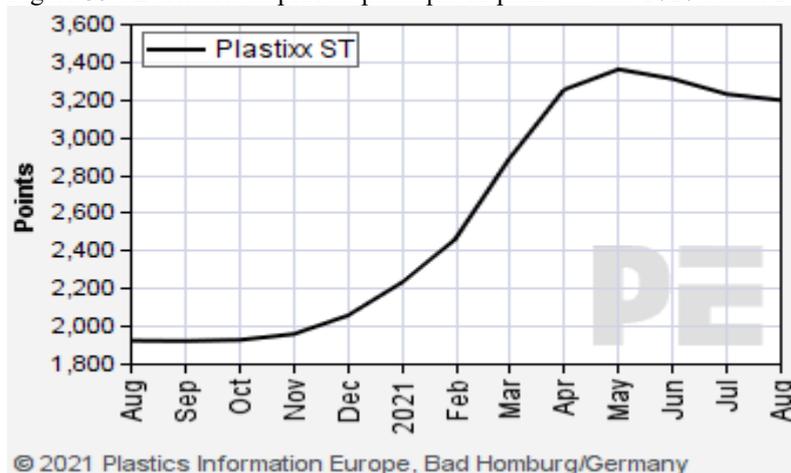
Source : Trading Economics

¹²¹ « Pourquoi la filière du bois semi-transformé connaît une pénurie et une hausse des prix ? » - Batiactu du 23 mars 2021 - <https://www.batiactu.com/edito/pourquoi-filiere-bois-semi-transforme-connaît-pénurie-61484.php>

¹²² « Lumber » - <https://tradingeconomics.com/commodity/lumber>.

S'agissant des plastiques, la hausse des prix respectivement la pénurie serait principalement liée à la crise sanitaire qui aurait fait chuter le trafic aérien depuis mars 2020. Or, les plastiques à base de PVC, polypropylène, polyéthylène, seraient produits à base de déchets de kérosène¹²³. Le site internet *Plastics Information Europe* calcule un indice basé sur l'évolution des prix du marché. Le plastique standard « *Plastixx ST* » a augmenté de près de 70% depuis août 2020¹²⁴. Les prix sont en légère baisse depuis mai 2021, mais restent à un niveau très élevé.

Figure 35 : Évolution du prix du plastique en points – août 2020 à août 2021



Source : Plastics Information Europe

Concernant le matériel d'isolation (polystyrène extrudé), aucun acteur n'a pu nous donner la cause de l'augmentation des prix. D'après *lemoniteur.fr*, la hausse des prix est due à trois facteurs :

- Le principal producteur de monomère styrène a connu un accident majeur de production et est à l'arrêt depuis février.
- Le Texas, producteur important, a connu une vague de froid exceptionnelle, entraînant des baisses de production.
- La saison de l'isolation thermique par l'extérieur est en pleine période de reprise¹²⁵.

D'après les *Federal Reserve Economic Data*, l'indice des prix du polystyrène a connu une hausse exceptionnelle depuis février 2021¹²⁶ et semble seulement amorcer sa stabilisation depuis juillet 2021.

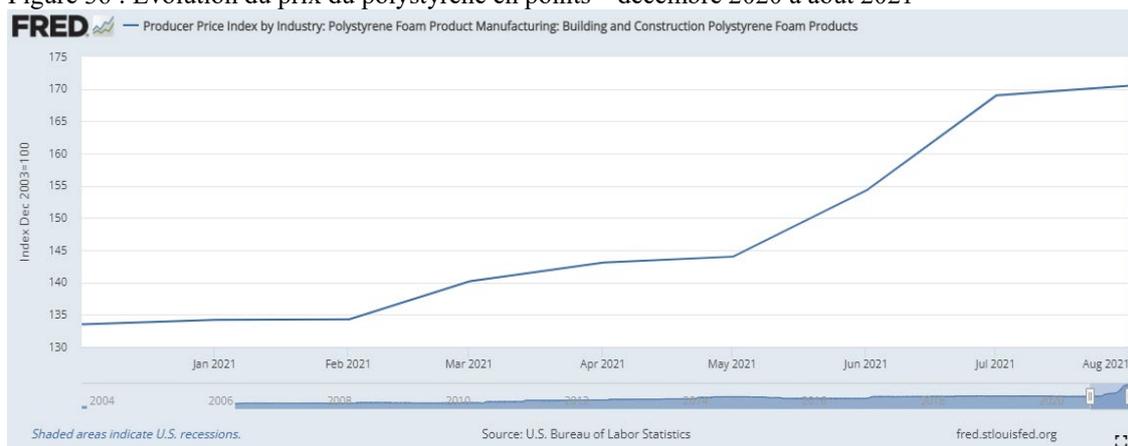
¹²³ « La "bombe à retardement" de la pénurie des matériaux de construction » - RTL 5 minutes du 08 mai 2021 - <https://5minutes.rtl.lu/actu/luxembourg/a/1717196.html>.

¹²⁴ « *Plastixx* » - <https://www.plasteurope.com/prices/plastixx.asp>.

¹²⁵ « *Amaury Omnes: Le polystyrène expansé subit une inflation inédite* » - Le Moniteur du 10 mars 2021 - <https://www.lemoniteur.fr/article/amaury-omnes-le-polystyrene-expanse-subit-une-inflation-inedite.2133444>.

¹²⁶ « *Polystyrene Foam Product Manufacturing* » - <https://fred.stlouisfed.org/series/PCU3261403261403->

Figure 36 : Évolution du prix du polystyrène en points – décembre 2020 à août 2021



Source : Federal Reserve Economic Data / U.S. Bureau of Labor Statistics

Enfin, ces hausses de prix semblent aussi aggravées par l'augmentation des prix de transport en provenance de Chine¹²⁷. Les prix ont quasiment quadruplé en 2021 et semblent seulement se stabiliser depuis septembre à un très haut niveau.

Figure 37 : Évolution du prix de transport du container – 24 septembre 2020 au 24 septembre 2021



Source: Freightos Baltic Index – FBX

Quels sont les impacts sur les grossistes de matériaux ?

Les grossistes de matériaux ont indiqué au Conseil avoir rencontré de grandes difficultés d'approvisionnement pour le bois, l'acier, les matières plastiques (plus particulièrement le PVC) et les matériaux d'isolation (polystyrène extrudé) jusqu'à la fin de l'été 2021. Tous les grossistes interrogés ont subi des hausses de prix depuis décembre 2020. Certains ont parlé de trois hausses de prix en moins de 6 mois. Il semblerait que les fournisseurs communiquent des prix *au camion* qui varient d'une commande à l'autre.

Les délais de livraison ont été excessivement allongés. Pour les fenêtres en bois, en PVC ainsi que pour les produits de charpente, les délais sont triplés. Plusieurs grossistes ont

¹²⁷ « China container port expects delays after coronavirus outbreak, shipping costs set to rise further » - Scmp du 31 mai 2021 - <https://www.scmp.com/economy/china-economy/article/3135479/china-container-port-expects-delays-after-coronavirus->

indiqué que certains producteurs de polystyrène et de PVC n'étaient plus à même de communiquer des délais.

Enfin, les ruptures de stock ont été nombreuses. Certains revendeurs n'avaient plus de stock sur certains matériaux (KG 2000, polystyrène extrudé), tandis que d'autres en ont encore un peu, mais pas forcément dans les formats les plus demandés. D'autres arrivaient tout de même à recevoir plusieurs camions de marchandise par semaine, mais ceux-ci étaient pris d'assaut par les clients, ce qui entraîne rapidement des ruptures de stock.

Depuis la fin de l'été 2021, la situation concernant les stocks semble se stabiliser. La majorité des grossistes ont indiqué au Conseil avoir toujours des difficultés d'approvisionnement mais que la situation s'était nettement améliorée par rapport aux mois de mai et de juin 2021.

Quels sont les impacts sur les entreprises de construction ?

Il semble que la situation n'a pas eu d'impacts majeurs sur les entreprises de construction. Les entreprises et les fédérations ont indiqué que la situation était compliquée lors du premier semestre de l'année 2021 mais qu'ils ont réussi à trouver des solutions. Ceci se confirme avec les faibles demandes en termes de chômage partiel introduites pour les mois de mai et juin¹²⁸. Les entreprises de parachèvement seraient plus affectées.

Aujourd'hui, malgré une certaine stabilisation en termes d'approvisionnement et de prix, les entreprises et les fédérations estiment que cette « crise » n'est pas encore terminée.

D'après les acteurs interrogés, toutes les entreprises du secteur sont concernées par cette pénurie et les ruptures. Il n'y a pas d'entreprises qui sont exagérément avantagées ou désavantagées. Les entreprises qui avaient constitué un stock il y a quelques mois ont eu un peu plus d'air, mais il s'agissait plus d'une question de gestion que de concurrence. Il n'est pas clair si certaines entreprises ont pu profiter de la situation pour augmenter délibérément leurs prix.

Dans une enquête de la FDA, publiée en juillet 2021, 93% des entreprises interrogées ont indiqué avoir subi une hausse des prix. 37% des entreprises ont éprouvé des difficultés à s'approvisionner¹²⁹.

Au mois de mai, les acteurs interrogés étaient inquiets et estimaient que si la situation perdurait, elle aurait des conséquences plus importantes (délais allongés, chantiers stoppés, demandes de chômage partiel)¹³⁰. Aujourd'hui, la situation est un peu plus contrastée et dépend surtout des entreprises et du matériel en cause¹³¹ : les entreprises générales de construction n'ont pas pu éviter certains arrêts de chantier et des prolongations de délais, mais pensent que le pic de la crise a été atteint et que la situation

¹²⁸ Voir réponse à la question parlementaire 4185 du 28/05/2021 : 11 entreprises pour mi- mai, 7 en juin.

¹²⁹ Fédération des Artisans. *La sortie de crise fait resurgir les défis structurels des entreprises artisanales*. Luxembourg. 2021.

¹³⁰ « Faute de ravitaillement, le bâtiment tire la langue » - Wort du 01 juin 2021 - <https://www.wort.lu/fr/economie/faute-de-ravitaillement-le-batiment-tire-la-langue-60b5ff26de135b9236028dcb>

¹³¹ « Crise des matériaux : des perspectives contrastées » - Paperjam du 01 septembre 2021 - <https://paperjam.lu/article/espoir-accalmie-dans-penurie-m>

se stabilise. En revanche, les entreprises de parachèvement semblent encore fortement affectées par la situation. En témoignent les délais d'approvisionnement allongés pour les matériaux d'isolation (laine de roche, polystyrène extrudé). Il s'ajoute à cela la crise persistante des semi-conducteurs qui a désormais un impact dans le secteur du chauffage (fourniture de chaudières) et de la menuiserie extérieure (motorisation de volets roulants, par exemple).

Cette crise ne concerne pas uniquement le Luxembourg mais aussi ses voisins européens, comme l'a confirmé la *European Construction Industry Federation* dans sa lettre ouverte du 6 mai 2021 à la Commission Européenne¹³² : « *I am writing to express alarm about the significant price increase in construction related raw materials and products, that is currently adversely affecting construction companies throughout the European Union* ».

Quels sont les impacts sur les marchés publics ?

Les entreprises et les fédérations ont indiqué au Conseil qu'elles avaient déjà envoyé aux pouvoirs adjudicateurs des demandes de prolongation de délai pour certains chantiers. Les pouvoirs adjudicateurs ont confirmé ce point au Conseil. Pour autant, leurs réactions sont divisées. Certains pouvoirs adjudicateurs n'ont pas encore réagi aux doléances des entreprises et souhaiteraient attendre afin de voir comment le phénomène se développe. Au contraire, d'autres ont accordé certains délais aux soumissionnaires demandeurs. Certaines entreprises ont demandé un délai entre deux et six mois, d'autres ne sont pas en mesure d'indiquer un délai précis.

Pour le moment, les pouvoirs adjudicateurs interrogés ont informé le Conseil qu'ils n'avaient pas encore reçu de demande de révision de prix. Néanmoins, certains pouvoirs adjudicateurs qui avaient supprimé ce mécanisme de leur cahier des charges ont dû le réintroduire dans les nouveaux contrats. En effet, de nombreux soumissionnaires gagnants auraient refusé de signer les contrats en l'absence de cette clause.

Concernant les attributions de marchés des derniers mois, l'impact de la pénurie se ferait ressentir sur les prix des offres. Les deux pouvoirs adjudicateurs confirment que les offres reçues dépassent le budget initial alloué. Les entreprises auraient du mal à chiffrer leurs offres et à s'engager sur leurs prix. Ce point est confirmé par les entreprises et les fédérations.

Enfin, les associations professionnelles ont rédigé un courrier à l'attention de M. Bausch en demandant le gel des pénalités en cas de retard. Une réunion a eu lieu le 7 juin 2021 entre M. Bausch, le Groupement et la Fédération des Artisans. En date du 9 juillet 2021, le Département des travaux publics a publié une *communication en matière de marchés publics à l'attention des pouvoirs adjudicateurs relative à la disponibilité du matériel*. Cette communication appelle les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises à faire « *preuve de loyauté* » :

- Pour les pouvoirs adjudicateurs, il est recommandé de ne pas appliquer les pénalités de retard lorsque les retards sont dus à des difficultés d'approvisionnement.

¹³² « *Letter to EU Commission* » - FIEC - https://www.fiec.eu/application/files/4516/2080/8787/2021-05-06-FIEC_Letter_to_EU_Commission-Price_increase-construction_materials.pdf

- Pour les opérateurs économiques, ils devront informer au plus les pouvoirs adjudicateurs dudit retard et en apporter la preuve.
- Les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques sont invités, si c'est possible, à reporter ou à suspendre le contrat.

Récemment, plusieurs sources ont indiqué au Conseil que des pourparlers avaient lieu entre le MMTP et les fédérations afin d'autoriser temporairement des avances dans le cadre des révisions des prix. Ce mécanisme permettrait aux entreprises de couvrir les frais relatifs à l'augmentation des prix des matériaux plutôt qu'en fin de chantier.

Conclusion

En conclusion, il ressort des investigations du Conseil que toute la chaîne de valeur de la construction semble touchée par cette pénurie de matériaux de construction et par la hausse des prix. S'il avère que les différents maillons de la chaîne sont plus ou moins sérieusement impactés, il résulte de l'enquête que la persistance de cette pénurie à moyen-court terme pourrait avoir des conséquences plus importantes sur la santé économique du secteur de la construction. Malgré une stabilisation intervenue vers la fin de l'été 2021, il n'y a pas de prévision sur la durée probable de la crise.

Le Conseil estime que ces événements, qui sont en partie dus à la pandémie et qui concernent tous les Etats membres de l'Union européenne, ne sont pas la conséquence d'une distorsion de concurrence exercée par des acteurs actifs sur ce marché.

En résumé

- Plusieurs acteurs (entreprises de construction, fournisseurs de matériaux et associations) ont indiqué au Conseil subir de nombreuses pénuries en ce qui concerne les matériaux de construction. Les matériaux les plus touchés sont : le bois, l'acier, le PVC, le polystyrène. Les causes sont diverses et ne sont pas toutes imputables au Covid-19.
- Il ressort de l'enquête que les entreprises sont inégalement touchées par ce phénomène de pénurie. La persistance de cette pénurie pourrait avoir des conséquences plus importantes sur la santé économique du secteur de la construction.
- Conscient de cette problématique, l'État a mis en place des mesures en deux temps :
 - Dans un premier temps, une mesure temporaire de chômage partiel pour les entreprises.
 - Dans un second temps, des recommandations en matière de marchés publics, (suspension des pénalités de retard, allongement possible des contrats) afin de soutenir les entreprises touchées par la pénurie.

Conclusion

Au Luxembourg, le **secteur de la construction**¹³³ représentait en 2018 un chiffre d'affaires total de 8,61 milliards d'€ et occupait 47.000 personnes, soit un emploi sur 10.

Il se caractérise par la multitude et la diversité des acteurs impliqués (bureaux d'études, entreprises de construction, entreprises de l'artisanat, fournisseurs de matériaux, multiples organismes publics), un niveau de réglementation très élevé et le poids de la demande publique qui se matérialise à travers les marchés publics.

En effet, qui dit construction dit marchés publics. D'après l'OCDE, les marchés publics au Luxembourg représentaient en 2015 12% du PIB. 70% des marchés publics sont des **marchés publics de travaux** (analyses du Conseil).

La présente première partie de l'enquête concerne dès lors la mise en concurrence des entreprises organisée au sein des marchés publics. Elle sera suivie par une deuxième partie consacrée à étudier si le secteur visé fonctionne de manière concurrentielle entre les entreprises qui répondent aux appels d'offres.

Si globalement la conclusion est que les marchés publics, qui ont un poids considérable au sein de l'économie nationale, assurent une mise en concurrence satisfaisante, il paraît néanmoins que deux des objectifs de la nouvelle législation sur les marchés publics ne semblent pas atteints¹³⁴.

(a) Le premier concerne la simplification administrative dans le but de faciliter l'accès aux marchés publics pour les PME. A part l'introduction du DUME, dont l'idée est saluée par tous les acteurs, toutes les règles sont devenues plus complexes et non plus simples. La loi du 8 avril 2018 compte 5 Livres, 163 articles et 8 annexes, son règlement d'exécution 272 articles et 18 annexes.

Alors que l'architecture de la loi et la plupart de ses dispositions ont été reprises de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics, le règlement grand-ducal ajoute plusieurs couches de complications. Les entreprises prêtes à se lancer dans l'aventure des marchés publics devront en outre être familiarisées avec tous les autres textes repris au recueil législatif à la fin de ce rapport. Ce labyrinthe réglementaire n'est guère propice à promouvoir la mise en concurrence qui est l'objet des marchés publics et dont le but est de susciter les meilleures offres dans l'intérêt de l'Etat, ses organismes et donc en fin de compte du contribuable.

(b) Le deuxième objectif non-atteint est celui de la promotion de **critères d'attribution non financiers**. En effet, pour toutes les raisons examinées au chapitre 10, 99% des marchés publics sont toujours attribués sur la base du prix uniquement.

Au fil de son enquête, le Conseil a examiné une série de thèmes qui sont fondamentaux pour assurer une mise en concurrence efficace et non-discriminatoire, ce qui lui a permis de formuler un certain nombre de recommandations (Chapitres 3 à 13) :

¹³³ Chapitre 1

¹³⁴ Chapitre 2

Le recours à un bureau d'architecte ou un bureau d'ingénieurs-conseils¹³⁵ est une étape d'une importance cruciale, car l'architecte et l'ingénieur-conseil vont accompagner le projet généralement du début à la fin, en commençant par un avant-projet jusqu' à la remise du dossier final. Or, la mise en concurrence des bureaux est généralement insuffisante. En effet, l'attribution d'une mission d'architecture ou de conception se fait quasiment toujours à travers une procédure négociée avec un ou plusieurs bureaux, généralement sans publication et sans transparence.

Le Conseil ne s'oppose pas à ce que l'attribution d'une mission d'architecture ou d'ingénierie fasse intervenir d'autres critères que le seul prix, mais préconise néanmoins un recours accru aux procédures ouvertes. Le Conseil recommande également la rédaction d'un « *Manuel d'attribution des missions d'architecte et d'ingénierie* » à destination des pouvoirs adjudicateurs.

Aussi, le Conseil constate que le code de déontologie des architectes et des ingénieurs-conseils, très suranné, contient des dispositions contraires à l'interdiction des ententes et à la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence. Le Conseil recommande par conséquent une modernisation de ce code.

Les deux modes de passation des marchés publics de travaux¹³⁶, sont les marchés par corps de métier et les marchés d'entreprise générale globale ou partielle. La règle prévue au sein de la loi du 8 avril 2018 est de privilégier les procédures par corps de métier quand cela est possible. Elle est largement respectée par les pouvoirs adjudicateurs luxembourgeois, conscient du problème de l'accès au marché par les PME.

Les variantes¹³⁷ dans le sens de solutions techniques alternatives ou d'une possibilité d'exécution différente pour certaines prestations spécifiques sont extrêmement rares au sein des marchés publics de travaux. Le Conseil recommande d'assouplir la législation sur les variantes, synonymes d'innovation et de créativité, afin de faciliter les gains d'efficacité au sein des marchés publics de travaux.

Les critères de sélection¹³⁸ des offres éligibles pour l'attribution du marché prennent la forme de conditions minima sur le chiffre d'affaires annuel, sur les effectifs minimaux ou sur les références quant à des réalisations antérieures. Afin de faciliter l'accès aux marchés publics pour les PME, le Conseil recommande une baisse du plafond du chiffre d'affaires ainsi que l'abandon du critère sur les effectifs minimaux, qui est redondant, pour les marchés par corps de métier.

En revanche, il est primordial d'appliquer des critères de sélection en matière d'effectif présent sur les gros chantiers de génie civil, car la durée de ces chantiers montre que le système actuel ne permet manifestement pas d'atteindre une efficacité suffisante au niveau de l'exécution du chantier.

Le *Leitfabrikat*¹³⁹, est la référence à un certain modèle ou marque de produit spécifiée dans le cahier spécial des charges et suivi de la mention « *ou équivalent* ». Elle est courante - 70% des dossiers de soumissions analysés par le Conseil contiennent un

¹³⁵ Chapitre 3

¹³⁶ Chapitre 4

¹³⁷ Chapitre 5

¹³⁸ Chapitre 6

¹³⁹ Chapitre 7

Leitfabrikat. Le Conseil recommande un usage plus retenu du *Leitfabrikat*, car celui-ci peut avantager injustement certains producteurs ou fournisseurs de matériaux.

Les bordereaux de soumission¹⁴⁰ sont les tableaux dans lesquels les soumissionnaires indiquent les prix de leurs prestations. Contrairement au cahier spécial des charges, il n'existe pas de bordereaux de soumission standardisés. Le Conseil recommande au législateur de promouvoir, voire d'institutionnaliser un bordereau standardisé, dont la gestion se ferait par le CRTI-B. Une standardisation ainsi qu'une traduction permettraient à plus d'entreprises de participer aux procédures, et par conséquent une meilleure mise en concurrence.

L'utilisation du **portail des marchés publics**¹⁴¹ s'est beaucoup développée depuis la réforme de la loi sur les marchés publics. Le Conseil a analysé l'interface du PMP et a formulé plusieurs recommandations d'amélioration. Il recommande également au CTIE ou au MMTP d'organiser une consultation auprès des parties concernées, afin de recueillir leurs avis et leurs recommandations d'amélioration du portail.

Le critère d'attribution¹⁴² par application duquel l'offre gagnante est déterminée reste presque toujours le prix, alors qu'un des objectifs de la réforme de la législation était la promotion de critères qualitatifs dans les domaines social, environnemental etc. Le Conseil préconise la mise en concurrence des entreprises, que ce soit sur base de critères d'attribution financiers ou non-financiers. La mise en concurrence des entreprises est l'objet de tout marché public, afin que le pouvoir adjudicateur, et donc *in fine* le contribuable, obtienne la meilleure offre qu'une économie de marché est en mesure de produire. La meilleure offre n'est pas forcément la moins chère. Le Conseil propose la mise en place d'une méthode de notation des critères qualitatifs s'inspirant, par exemple, de la méthode développée par la CROMP (Conférence romande des marchés publics).

Le contrôle de conformité administrative¹⁴³, qui intervient après l'ouverture des offres, doit assurer que l'adjudicataire remplit les critères d'éligibilité (obligations administratives diverses) et de sélection (voir (6)). Pour les entreprises, la collecte des preuves de conformité peut être fastidieuse. Le Conseil recommande au minimum l'utilisation systématique du document unique de marché européen (DUME) par tous les pouvoirs adjudicateurs lors de la phase de réception des offres et de ne réclamer les preuves certifiées qu'aux adjudicataires.

Le Conseil préconise également l'abrogation de la disposition à l'article 90 du règlement grand-ducal sur les marchés publics qui exige, sans bonne raison, que les entreprises doivent prouver leur conformité à une date antérieure à l'ouverture des offres.

La décision d'attribution¹⁴⁴ est une décision administrative individuelle notifiée aux soumissionnaires. Les pouvoirs adjudicateurs étant responsables d'une allocation efficace des ressources publiques, il semble logique que le grand public ait accès à ces informations. Le Conseil recommande la publication systématique des décisions d'attribution des procédures ouvertes, dans un souci de transparence.

¹⁴⁰ Chapitre 8

¹⁴¹ Chapitre 9

¹⁴² Chapitre 10

¹⁴³ Chapitre 11

¹⁴⁴ Chapitre 12

Le Conseil n'a pas eu d'indication de la part des acteurs entendus de **comportements anti-concurrentiels ou frauduleux**¹⁴⁵ dans le chef des entreprises qui soumettent des offres. Il est vrai que la conjoncture surchauffée dans ce secteur n'est pas propice aux coopérations illégales, compte tenu des risques que ces derniers comportent. Toutefois, l'existence de comportements collusoires reste plausible, alors que leur détection est difficile. Le Conseil recommande une meilleure sensibilisation des pouvoirs publics, une coopération plus systématique avec la Commission des Soumissions ainsi qu'un accès systématique aux bases de données contenant les offres des soumissionnaires.

Au-delà de la thématique de la concurrence dans le secteur des marchés publics de travaux, l'enquête s'est également intéressée à certains thèmes d'actualité¹⁴⁶ qui préoccupent aussi bien les entreprises que les décideurs politiques et impactent la compétitivité de l'économie nationale.

(i) Le Conseil est d'avis que, même si les capacités d'accueil des **décharges de déchets inertes** existantes semblent globalement suffisantes à l'heure actuelle, leur disposition géographique à travers le pays ne correspond pas aux besoins des entreprises. Elle produit ainsi des coûts évitables, renchérit tout projet de construction et se trouve à l'origine d'une production inutile et facilement évitable de gaz à effet de serre et impacte la concurrence sur le marché. Le *statu quo* est ainsi en conflit avec les objectifs de développement durable poursuivis par la politique gouvernementale.

(ii) Le recours aux **salariés détachés** par les entreprises de construction est monnaie courante au Luxembourg. Les pratiques illégales en matières de salariés détachés sont d'ores-et-déjà bien traitées par les services de l'ITM. Pour autant, le Conseil estime que les amendes en matières de détachement pourraient être plus élevées et suggère de porter le maximum de 50.000 à 500.000€, à l'instar de la France.

(iii) La récente **pénurie des matériaux de construction** a touché l'ensemble de la chaîne de valeur du secteur de la construction. Il ressort de l'enquête que les entreprises sont inégalement touchées par ce phénomène de pénurie. La persistance de cette pénurie pourrait avoir des conséquences plus importantes sur la santé économique du secteur de la construction. Il n'y a pas de prévision sur la durée probable de la crise.

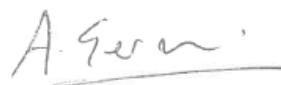
Ainsi délibéré et avisé en date du 7 octobre 2021.



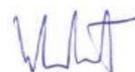
Pierre Barthelmé
Président



Mattia Melloni
Conseiller



Agnès Germain
Conseillère



Jean-Claude Weidert
Conseiller

¹⁴⁵ Chapitre 13

¹⁴⁶ Chapitres 14, 15 et 16

Sigles, acronymes et abréviations

ABP : Administration des bâtiments publics
BIM : *Building Information Modeling*
CA : Chiffre d'affaires
CROMP : Conférence romande des marchés publics
CRTI-B : Centre de ressources des technologies et de l'innovation pour le bâtiment
CTIE : Centre des technologies de l'information de L'État
DUME : Document unique de marché européen
FDA : Fédération des Artisans
FIEC : Fédération de l'industrie européenne et de la construction
Groupement : Groupement des Entrepreneurs du Bâtiment et des Travaux publics (Groupement)
GAEB : *Gemeinsamer Ausschuss Elektronik im Bauwesen*
ITM: Inspection du travail et des mines
MMTP : Ministère de la Mobilité et des Travaux publics
NACELUX : Nomenclature statistique des activités économiques dans la Communauté européenne – Version luxembourgeoise
OAI : Ordre des architectes et ingénieurs-conseils
OCDE : Organisation de coopération et de développement économiques
PIB : Produit intérieur brut
PME : Micro, petites et moyennes entreprises
PMP : Portail des marchés publics
RCS : Registre de commerce et des sociétés
SNHBM : Société nationale des habitations à bon marché
STATEC : Institut national de la statistique et des études économiques du Grand-Duché de Luxembourg
StLB : *Standardleistungsbuch*
TED : Tenders Electronic Daily
TFUE : Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne

Glossaire

A-B-C

Architecte : Est un architecte celui qui fait profession habituelle de la création et de la composition d'une œuvre de construction, d'urbanisme ou d'aménagement du territoire, de l'établissement d'une telle œuvre, de la synthèse et de l'analyse des activités diverses participant à la réalisation de l'œuvre. (article 1^{er} de la loi du 13 décembre 1989 portant organisation des professions d'architecte et d'ingénieur-conseil)

Autocomplétion : Action de se compléter de manière automatique. (Conseil)

Avis d'attribution : L'avis d'attribution est un document récapitulatif publié par le pouvoir adjudicateur. Il informe le public des résultats de la procédure de marché. L'avis contient des informations relatives à la valeur du marché et à l'identité du soumissionnaire gagnant. (Conseil)

Avis de marché : L'avis de marché récapitule les informations qui permettent aux entreprises de savoir s'ils sont intéressés par le marché public. (Conseil)

Bordereau de soumission : Le bordereau désigne le tableau des prix sur lequel les travaux sont subdivisés en « *position* » ou en « *prestation* » et pour lesquels le soumissionnaire est obligé d'inscrire un prix unitaire. (marches.publics.lu)

Building Information Modeling (BIM) : La modélisation des informations du bâtiment (BIM) est un processus soutenu par divers outils et techniques en vue de la génération et de la gestion de représentations numériques des caractéristiques physiques et fonctionnelles des bâtiments et espaces. (CRTI-B)

Bringschuld : dette portable. Lorsque la dette est dite « portable », le débiteur doit acquitter celle-ci spontanément au domicile du créancier ou dans tout autre lieu déterminé.

Bureau d'études : cabinet d'architectes, d'ingénieurs de construction, en génie civil ou en génie technique. (Conseil)

Cahier spécial des charges : Le cahier spécial des charges est un document contractuel faisant autorité lors d'un projet. (Conseil)

Canevas : Trame, modèle type. (Conseil)

Code de déontologie : Texte réglementaire énonçant les règles de conduite professionnelle qui régissent l'exercice d'une profession ou d'une fonction et faisant état des devoirs, des obligations et des responsabilités auxquels sont soumis ceux qui l'exercent. (Office québécois de la langue française)

Concours : Le concours est une procédure d'attribution qui vise précisément les missions d'architecture ou d'ingénierie à attribuer à un bureau d'études. Les concours sont, au sens du Livre II, les procédures qui permettent 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 du traitement de données, un plan ou un projet qui est choisi par un jury après mise en concurrence avec ou sans attribution de primes. (article 3, (2), h) de la Loi.)

Conditions minima : Les critères de sélection se rapportant aux capacités économiques (CA minimum) techniques et professionnelles prennent la forme de conditions minima que les entreprises doivent remplir afin de participer au marché. (Conseil)

Corps de métier : Un corps de métier correspond à un métier spécifique de la construction. (Conseil)

Critère d'attribution : Critère à prendre en compte dans le cadre d'une attribution de marché. (Conseil)

Critère de sélection : Critère à prendre en compte dans le cadre de la sélection des soumissionnaires participant à une procédure d'attribution de marché. (Conseil)

CROMP : Conférence romande des marchés publics. Le terme suisse « Conférence » peut s'apparenter au Luxembourg à un syndicat ou une association. Les membres de la CROMP sont les différents cantons de la suisse occidentale et latine. (CROMP)

CRTI-B : Le CRTI-B (Centre de Ressources des Technologies et de l'Innovation pour le Bâtiment) est un Groupement d'intérêt économique (GIE) composé « *des intervenants de l'acte de construire et cherche à améliorer la productivité et la compétitivité des acteurs de la construction. Le CRTI-B a entre autres objectifs de définir, de documenter, d'introduire et de tenir à jour des standards en matière de dossiers de soumission régissant les marchés des projets de construction* ». (CRTI-B)

D-E-F

Dossier de soumission : Le dossier de soumission contient le cahier spécial des charges, le bordereau de prix et éventuellement des plans, dessins etc. (Conseil)

Distribution de fréquence : La distribution statistique, distribution empirique ou distribution des fréquences est un tableau qui associe des classes de valeurs obtenues lors d'une expérience à leurs fréquences d'apparition. Ce tableau de valeurs est modélisé en théorie des probabilités par une loi de probabilité. (Conseil)

DUME : Le « Document unique de marché européen » (DUME), prévu à l'article 72 de la Loi, consiste en une déclaration sur l'honneur d'un opérateur économique, au sujet de son statut financier, de ses capacités et son aptitude pour participer à une procédure de marché public (marches.publics.lu)

Envergure : Un marché d'envergure (ou européen) est un marché à conclure qui dépasse un certain seuil, de sorte que le Livre II de la Loi est applicable. (Conseil)

Entreprise générale globale : On entend par entreprise générale globale un marché englobant tous les métiers intervenant dans la réalisation d'un ouvrage. (marches.publics.lu)

Entreprise générale partielle : On entend par entreprise générale partielle le fait d'englober dans un marché deux ou plusieurs métiers. (gros-œuvre fermé, génie technique, parachèvement). (marches.publics.lu)

FIEC : Créée en 1905, la Fédération européenne de l'industrie de la construction représente des entreprises de construction à travers ses 33 fédérations nationales membres. La FIEC est le partenaire social officiellement reconnu, représentant les employeurs, dans le dialogue social sectoriel européen « Construction ». (FIEC)

G-H-I

GAEB : Der Gemeinsame Ausschuss Elektronik im Bauwesen Einer der 4 Hauptausschüsse des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen (DVA) mit über 600 ehrenamtlichen MitarbeiterInnen in rund 100 Gremien. Gleichzeitig steht GAEB auch synonym für den neutralen Datenaustausch für Ausschreibungs- und Vergabeprozesse. (GAEB)

Génie civil : Ensemble des activités et des techniques nécessaires à la réalisation de constructions civiles. Plus largement il s'agit souvent de la mise en œuvre des décisions d'aménagement du territoire. (Conseil)

Gros-œuvre fermé : Il s'agit du gros-œuvre comprenant tout ce qui ferme la maison (mur, toiture, fenêtre). Le bâtiment est dit « hors d'eau » et « hors d'air ». (Conseil)

Groupement : Groupement des Entrepreneurs du Bâtiment et des Travaux publics.

Holschuld : dette quérable; il appartient au créancier d'en réclamer l'exécution au domicile du débiteur. (Conseil)

Ingénieur-conseil : Est un ingénieur de construction, celui qui fait profession habituelle de la conception d'une œuvre de construction à caractère technique, d'urbanisme ou d'aménagement du territoire, de l'établissement des plans d'une telle œuvre et de la synthèse des activités diverses participant à la réalisation de l'œuvre. Est un ingénieur des autres disciplines, celui qui fait profession habituelle de la conception d'une œuvre dans le domaine technique ou scientifique, de l'établissement des plans et de la synthèse des activités participant à la réalisation de cette œuvre. (article 1^{er} de la loi du 13 décembre 1989 portant organisation des professions d'architecte et d'ingénieur-conseil)

J-K-L-M

Leitfabrikat : Produit, modèle ou marque qui est utilisé dans le cahier des charges comme un produit souhaité par le pouvoir adjudicateur (*Ein Leitfabrikat ist ein Produkt, welches in der Leistungsbeschreibung als Wunschvorstellung des öffentlichen Auftraggebers verwendet wird*) (Conseil / evergabe.de)

Leistungsverzeichnis : *Das Leistungsverzeichnis (LV) ist ein Bestandteil der Leistungsbeschreibung und definiert im Rahmen der zu erbringenden Gesamtleistung die einzelnen geforderten Teilleistungen. In diesem sind ausschließlich Art und Umfang der zu erbringenden Leistungen sowie alle die Ausführung der Leistung beeinflussenden Umstände zu beschreiben.* (evergabe.de)

Lot : Subdivision d'un marché en plusieurs corps de métier. (marches.publics.lu)

Maître d'œuvre : Le maître d'œuvre est la personne chargée de la conception du projet. Il assure le suivi des travaux et la coordination des différents corps de métiers. (Futura)

Maître d'ouvrage : Personne (publique ou privée) pour le compte de laquelle des travaux immobiliers sont réalisés. (guichet.public.lu)

Marché public : Contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services. (article 3 (1) de la Loi)

Marché public de fourniture : Des marchés publics ayant pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits. Un marché public de fourniture peut comprendre, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation. (article 3, (1), a), de la Loi)

Marché public de service : Des marchés publics ayant pour objet la prestation de services. (article 3, (1), d), de la Loi)

Marché public de travaux : marché public ayant l'un des objets suivants :

- i. soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution de travaux ;
- ii. soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution d'un ouvrage ;
- iii. la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception ; (article 3, (1), b), de la Loi)

Micro, petite et moyenne entreprise :

La catégorie des micro, petites et moyennes entreprises (PME) est constituée des entreprises qui occupent moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros.

Dans la catégorie des PME, une petite entreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 10 millions d'euros. Une microentreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 10 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total

du bilan annuel n'excède pas 2 millions d'euros. (article 3 du règlement grand-ducal du 16 mars 2005 portant adaptation de la définition des micro, petites et moyennes entreprises.)

N-O-P

Offre au prix de revient : Le pouvoir adjudicateur demande séparément, dans le bordereau de soumission, les éléments de calcul du prix de revient, ainsi que leurs modalités de décompte. (article 10 du Règlement)

Offre au prix unitaire : Le pouvoir adjudicateur sépare, autant que possible, la prestation des travaux ou services et les fournitures en unités homogènes du point de vue technique et économique, et en définit, aussi exactement que possible, les quantités par poids, mesure ou nombre. (article 9 du Règlement)

Opérateur économique : Toute personne physique ou morale ou entité publique, ou tout groupement de ces personnes ou entités, y compris toute association temporaire d'entreprises, qui offre la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché. (article 3, (2), i) de la Loi)

Parachèvement : L'ensemble des activités de construction spécialisée ayant pour fonction de rendre la construction habitable. (Conseil)

Passation d'un marché : La mise en place d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs. (Conseil)

Portail des marchés publics : le Portail des marchés publics (PMP) est une plateforme électronique dont la mission est la centralisation et la publication des avis de marchés et des documents de soumission de tous les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices qui tombent sous le champ d'application de la législation sur les marchés publics. (marches.publics.lu)

Pouvoir adjudicateur/ entité adjudicatrice : L'État, les communes, les organismes de droit public ou les associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public ; (article 2, a) de la Loi)

Procédures concurrentielles avec négociation : La procédure concurrentielle avec négociation est une procédure à laquelle tout opérateur économique peut demander à participer et dans laquelle seuls les opérateurs économiques invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre initiale qui sera susceptible de faire l'objet de négociations, en vue de l'amélioration de son contenu. (article 3, (2), f) de la Loi)

Procédures restreintes : Les procédures restreintes sont, au sens du Livre II, les procédures auxquelles tout opérateur économique peut demander à participer et dans lesquelles seuls les opérateurs économiques invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre. (article 3, (2), b) de la Loi)

Procédures restreintes avec publication d'avis : Les procédures restreintes avec publication d'avis sont, au sens du Livre Ier, les procédures auxquelles tout opérateur économique peut demander à participer et dans lesquelles seuls les opérateurs économiques invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre. (article 3, (2), c) de la Loi)

Les procédures restreintes sans publication d'avis : Les procédures restreintes sans publication d'avis sont, au sens du Livre Ier, les procédures dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs s'adressent à un nombre limité d'entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de leur choix pour présenter une offre. (article 3, (2), d) de la Loi)

Procédures ouvertes : Les procédures ouvertes sont, au sens des Livres Ier et II, les procédures dans lesquelles tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre en réponse à un appel à concurrence. (article 3 (2) a) de la Loi)

Promotion immobilière : La promotion immobilière peut se définir par le développement et réalisation de projets immobiliers en vue de leur location ou vente. (Conseil)

Q-R-S-T-U

Résidentiel/non résidentiel : Le terme résidentiel signifie que l'usage de la construction est destiné à des fins d'habitation. Non résidentiel se rapporte à un bâtiment dont l'usage principal est industriel, commercial, culturel ou administratif. (Conseil)

Rotation des offres : La rotation des offres est une forme de collusion dans les marchés publics. Par ce mécanisme, les entreprises conviennent que chacune remportera le marché à tour de rôle tout en continuant de soumissionner. Les entreprises vont ainsi alterner le gagnant des procédures. (Conseil)

Soumissionnaire : Le soumissionnaire est une entreprise qui participe à la procédure de passation. (article 3, (2), j) de la Loi)

Standardleistungsbuch : Das Standardleistungsbuch für das Bauwesen (StLB) dient der rationellen Beschreibung von Bauleistungen und dem Informationsaustausch der am Bau beteiligten Partner. (GAEB)

Urbanisme : Ensemble des règles et mesures juridiques qui permettent aux pouvoirs publics de contrôler l'affectation et l'utilisation des sols. (Larousse)

Téléversement : Transmission de données depuis un ordinateur vers l'Internet ou un serveur (*upload*)

V-W-X-Y-Z

Variante : La variante peut se définir comme une solution alternative à la prestation décrite dans le cahier des charges. (Conseil)

Références légales

Droit national

Loi du 13 décembre 1989 portant organisation des professions d'architecte et d'ingénieur-conseil.

Loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance

Règlement grand-ducal du 17 juin 1992 déterminant la déontologie des architectes et des ingénieurs-conseils

Règlement grand-ducal du 16 mars 2005 portant adaptation de la définition des micro, petites et moyennes entreprises.

Loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics et d'attribution de contrats de concession

Règlement grand-ducal du 22 janvier 2011 portant exécution de l'article 19 de la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics.

Règlement grand-ducal du 17 juin 2011 relatif à la promotion de véhicules de transport routier propres et économes en énergie

Règlement grand-ducal du 10 juillet 2011 fixant les règles relatives au déroulement des concours d'aménagement du territoire, d'urbanisme, d'architecture et d'ingénierie

Loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

Loi modifiée du 21 mars 2012 relative à la gestion des déchets, et modifiant

1. la loi du 31 mai 1999 portant institution d'un fonds pour la protection de l'environnement;
2. la loi du 25 mars 2005 relative au fonctionnement et au financement de l'action SuperDrecksKëscht;
3. la loi du 19 décembre 2008 a) relative aux piles et accumulateurs ainsi qu'aux déchets de piles et d'accumulateurs b) modifiant la loi modifiée du 17 juin 1994 relative à la prévention et à la gestion des déchets;
4. la loi du 24 mai 2011 relative aux services dans le marché intérieur.

Loi du 26 décembre 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité

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

Règlement grand-ducal du 24 mars 2014 portant institution de cahiers spéciaux des charges standardisés en matière de marchés publics et portant modification de l'article 103 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

Règlement ministériel du 24 juillet 2014 instituant le cahier spécial des charges standardisé relatif aux clauses contractuelles générales et le cahier spécial des charges standardisé relatif aux clauses techniques générales, applicables à tous les marchés publics de travaux relatifs au secteur du bâtiment, et instituant des cahiers spéciaux des charges standardisés relatifs aux marchés de travaux.

Règlement ministériel du 25 novembre 2015 instituant des cahiers spéciaux des charges standardisés relatifs aux marchés de travaux de parachèvement.

Loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics.

Règlement grand-ducal modifié du 8 avril 2018 portant exécution de la loi 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.

Règlement ministériel du 20 avril 2018 instituant un cahier spécial des charges standardisé relatif aux clauses contractuelles générales, applicable à tous les marchés publics de travaux relatifs au secteur du bâtiment.

Règlement ministériel du 31 juillet 2018 instituant des cahiers spéciaux des charges standardisés relatifs aux marchés de travaux de gros œuvre et de fermeture du bâtiment, d'installations techniques et de parachèvement.

Règlement grand-ducal du 25 janvier 2019 portant modification :

1° du règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics modifiant le règlement grand-ducal modifié du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale du 13 décembre 1988 ;

2° du règlement grand-ducal d'exécution de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics

Loi du 16 mai 2019 relative à la facturation électronique dans le cadre des marchés publics

Règlement ministériel du 18 janvier 2021 instituant les conditions d'utilisation du portail des marchés publics.

Règlement ministériel du 25 juin 2021 instituant des cahiers spéciaux des charges standardisés relatifs aux marchés de travaux d'installations de chauffage et de préparation d'eau chaude, aux marchés de travaux d'installations sanitaires, aux marchés de travaux d'installations sprinkler et aux marchés de travaux d'installations de ventilation et de climatisation

Recueil Marchés publics - Mémorial A - 42 du 21 janvier 2021.

Union européenne :

Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Directive 2014/24/UE du parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

Directive 2014/25/UE du parlement européen et du conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

Allemagne :

Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen. Teil A ; § 7 Leistungsbeschreibung

Espagne :

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014

France :

Code de déontologie des architectes

Loi n°77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture

Jurisprudence :

Beschluss 1 VK 59/14 vom 29.01.2015 – Vergabekammer Baden-Württemberg

Arrêts n° 38104 - 38105 du 9.10 2017 – Tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg

Décision 2010-FO-01 – Affaire carreleurs – Conseil de la concurrence

Décision 2017-E-01 – Affaire Transport Union Lëtzebuerg – Conseil de la concurrence

Bibliographie

Circulaire OAI n°34. *Attribution aux membres OAI de missions dans le cadre des marchés publics*. Luxembourg. 2020.

Conférence romande des marchés publics. *Guide romand pour les marchés publics*. Lausanne. 2020.

Conseil de la concurrence. *Avis N°2015-AV-02*. Luxembourg. 2015.

Conseil de la concurrence. *L'interdiction de la collusion dans les marchés publics, guide à l'attention des entreprises*. Luxembourg. 2021.

Conseil de la concurrence. *L'interdiction de la collusion dans les marchés publics, guide à l'attention des pouvoirs adjudicateurs*. Luxembourg. 2021.

Conseil de la concurrence. *Les offres communes dans le cadre d'appels d'offres*. Luxembourg. 2021.

Fédération des Artisans. *La sortie de crise fait resurgir les défis structurels des entreprises artisanales*. Luxembourg. 2021.

Fondation IDEA. Décryptage N°19, *Construction : un secteur de poids au Luxembourg*. Luxembourg. 2021.

Inspection du travail et des mines. *Rapport annuel 2020*. Luxembourg. 2021.

Marchés publics et concessions. Legitech, Luxembourg, édition 2018.

Organisation de Coopération et de Développement Economiques. *Panorama des administrations publiques 2017*. Éditions OCDE. Paris. 2017.

Ministère de la Mobilité et des Travaux publics, Département des Travaux publics. *Rapport d'activité 2020*. Luxembourg. 2021.

Ministère de la Mobilité et des Travaux publics. *Rapport de contrôle à l'attention de la Commission européenne sur les marchés publics et les contrats de concession (Année : 2017)*. Luxembourg. 2019.

Ministère de l'Environnement, du Climat et du Développement durable. *Plan national de gestion des déchets et des ressources*. Luxembourg. 2018.

Ministère français de l'Économie, des Finances et de la Relance publique. *Oser les variantes dans les marchés publics*. Paris. 2020.

Question parlementaire N°1146 du 19 mai 2015, y inclus réponse.

Question parlementaire N°4185 du 29 avril 2021, y inclus réponse.

Sitographie

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado : <https://www.boe.es/>
ATEXO : <http://www.atexo.com/>
Batiactu : <https://www.batiactu.com/>
Chambre des députés du Grand-Duché de Luxembourg : <https://chd.lu/>
Chambre des métiers : <https://www.cdm.lu/>
Chambre des salariés : <https://www.csl.lu/>
Commission européenne : https://ec.europa.eu/info/index_fr
Conseil de la concurrence : <https://concurrence.public.lu/fr.html>
CRTI-B : <http://www.crtib.lu/>
Dejure.org : <https://dejure.org/>
DVVD Architectes et DVVD Ingénieurs : <https://www.dvvd.fr/>
État de Vaud : <http://www.vd.ch/>
European Construction Industry Federation: <https://www.fiec.eu/>
Evergabe.de : <https://www.evergabe.de/>
Federal Reserve Bank of St. Louis: <https://fred.stlouisfed.org>
Freightos Baltic Index: <https://fbx.freightos.com/>
Futura : <https://www.futura-sciences.com/>
GAEB : <https://www.gaeb.de/de/>
Guichet.lu : <https://guichet.public.lu/fr.html>
Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg : <http://legilux.public.lu/>
Inspection du travail et des mines : <https://itm.public.lu/fr.html>
Le gouvernement luxembourgeois : <https://gouvernement.lu/fr.html>
Le Monde : <https://www.lemonde.fr/>
Le Moniteur : <https://www.lemoniteur.fr/>
Le Portail des Statistiques du Luxembourg : <https://statistiques.public.lu/fr/index.html>
Légifrance : <https://www.legifrance.gouv.fr/>
London Metal Exchange : <https://www.lme.com/>
Ministère de la Mobilité et des Travaux publics : <https://mmtg.gouvernement.lu/fr.html>
Ministère de l'Environnement, du Climat et du Développement durable : <https://mecdd.gouvernement.lu/fr.html>
Ministère français de l'Économie, des Finances et de la Relance publique : <https://www.economie.gouv.fr/>
OECD ILibrary : <https://www.oecd-ilibrary.org/>
Office québécois de la langue française : <http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/>
Ordre des architectes et des ingénieurs-conseils : <https://www.oai.lu/fr/1/accueil/>
Paperjam : <https://paperjam.lu/>
PLACE : <https://www.marches-publics.gouv.fr/>
Plasteurope.com : <https://www.plasteurope.com/>
Portail des marchés publics : <https://marches.public.lu/fr.html> ; <https://pmp.b2g.etat.lu>
Portail de l'environnement : <https://environnement.public.lu/>
Réussir : <https://www.reussir.fr/>
RTL 5 minutes : <https://5minutes.rtl.lu/>
South China Morning Post: <https://www.scmp.com/> Statista: <https://fr.statista.com/>
Tenders Electronic Daily : <https://ted.europa.eu/TED>
Tradingeconomics : <https://tradingeconomics.com/>
Ville de Luxembourg : <https://www.vdl.lu/fr>

Annexes

Annexe I: Demande de renseignement du 21 décembre 2020

envoyée aux membres du Groupement des entrepreneurs du bâtiment et des travaux publics a.s.b.l.

1. Veuillez indiquer le chiffre d'affaires réalisé de 2018 à 2020 dans les secteurs suivants (en millions EUR):

	2018	2019	2020 (estimation)
Promotion immobilière (sans construction, NACELUX 41.1)			
Construction de bâtiments (NACELUX 41.2)			
Génie civil (NACELUX 42)			
Travaux de construction spécialisés (NACELUX 43)			
Autres (veuillez préciser)			
Total			

Total du chiffre d'affaires issu exclusivement des marchés publics			
---	--	--	--

2. Veuillez fournir les chiffres suivants en relation avec votre activité en matière de marchés publics :

	2018	2019	2020 (estimation)
Nombre d'appels d'offres auxquels votre entreprise a répondu seule (tous types de procédures confondues)			
Nombre d'appels d'offres auxquels votre entreprise a répondu sous forme d'une offre commune (sous-traitance, association momentanée, société commune (=joint venture), autre)			
Dont en tant que sous-traitant			
Dont en tant que partie à une association momentanée			
Dont en tant que partie à une société commune (=joint venture)			

Nombre de marchés publics attribués à votre entreprise quand elle a participé seule			
Nombre de marchés publics attribués à votre entreprise quand elle était partie à une offre commune			

3. Êtes-vous satisfait des **critères de sélection** formulés par les pouvoirs adjudicateurs ?
4. Avez-vous, en particulier connu des difficultés en relation avec les attestations relatives aux conditions légales que les soumissionnaires doivent satisfaire (cf. par ex. art. 90 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018) ?
5. Êtes-vous satisfait des **critères d'attribution** (non-financiers) formulés par les pouvoirs adjudicateurs ?
6. Pensez-vous que certaines entreprises sont victimes de discrimination ?
Connaissez-vous des exemples ?
7. Êtes-vous satisfait en général de la manière dont les pouvoirs adjudicateurs gèrent les marchés publics ?
8. Connaissez-vous l'utilisation de marques / produits de référence (*Leitfabrikate*) lors de la rédaction des cahiers des charges ?
Qu'en pensez-vous ?
9. Avez-vous déjà connu un litige avec un pouvoir adjudicateur ?
Si oui, pour quelle raison ?
10. Estimez-vous qu'il y a une forte concurrence de la part d'entreprises étrangères (dont soit le siège soit la main d'œuvre se trouve à l'étranger) ?
11. Répondez-vous à des appels d'offres à l'étranger ?
Si oui à quelle fréquence, par an ?
Si non, pourquoi pas ?
12. Avez-vous d'autres remarques concernant l'organisation des appels d'offres, au Luxembourg ou à l'étranger ?

Annexe II: Les changements introduits par le nouveau cadre législatif et réglementaire : comparaison des régimes

Nouveau régime (loi du 8 avril 2018)	Ancien régime (loi du 25 juin 2009)
Marchés mixtes (art. 5) : la loi fournit les éléments nécessaires pour déterminer le régime applicable à un marché qui a pour objet différents types d'achats (travaux, services ou fournitures).	La loi ne visait que des marchés spécifiques et des marchés ayant pour objet différents types de services (art. 84).
Exclusions (art. 6 à 9) : la loi énonce en son Livre I ^{er} les règles applicables aux exclusions, c'est-à-dire lorsqu'un marché n'est pas soumis au champ d'application de la loi.	La loi prévoyait quelques exclusions du champ d'application de la loi, mais seulement pour les marchés d'une certaine envergure (art. 26 à 32).
Montants à prendre en considération pour déterminer la valeur d'un marché (art. 12 (5)) : la loi met en place certaines règles pour pouvoir calculer la valeur estimée d'un marché.	La loi ne prévoyait aucune disposition en la matière.
Conflits d'intérêts (art. 13) : la loi contient une disposition visant à prévenir et détecter tout conflit d'intérêts lors d'une procédure de passation de marché – un des objectifs des nouvelles Directives.	La loi ne contenait aucune disposition relative au conflit d'intérêts.
Groupements d'opérateurs économiques (art. 14) : la loi autorise des groupements d'opérateurs économiques à participer à une procédure de marché et contient des informations concernant leur participation.	La loi n'envisageait pas la participation à un appel d'offres de groupements d'opérateurs économiques.
Accords-cadres (art. 22) : la loi complète le cadre juridique des accords-cadres tel que présent dans la loi du 25 juin 2009 (la loi indique les règles d'attribution en cas d'accords-cadres conclu avec un seul opérateur économique, avec plusieurs opérateurs économiques, etc.).	La loi contenait quelques dispositions concernant les accords-cadres, que la loi actuelle est venue compléter (article 5).

Nouveau régime (loi du 8 avril 2018)	Ancien régime (loi du 25 juin 2009)
Activités d'achat centralisées et centrales d'achat (art. 23) : la loi précise le cadre légal en cas d'achat de fournitures ou de services par le biais d'une centrale d'achat.	La loi permettait le recours aux centrales d'achat. La nouvelle loi a néanmoins précisé le cadre légal de ce recours.
Marchés passés conjointement (art. 24) : cette disposition détermine la responsabilité des pouvoirs adjudicateurs en cas de marché conjoint (responsabilité solidaire des pouvoirs adjudicateurs totale ou partielle).	La loi ne contenait pas de dispositions à ce sujet.
Marchés auxquels participent des acheteurs de plusieurs États membres (art. 25) : cette disposition règle ce cas de figure et prévoit des formalités à respecter pour protéger la procédure de passation de marché (accord sur les règles régissant la responsabilité des pouvoirs adjudicateurs, l'organisation de la procédure, etc.).	La loi ne contenait pas de dispositions en la matière.
Participation préalable de candidats ou soumissionnaires (art. 27) : dans ce cas de figure, la loi oblige le pouvoir adjudicateur concerné à s'assurer du respect de la concurrence lorsqu'un opérateur économique a donné son avis sur une procédure de passation de marché ou lorsqu'il a participé à sa préparation.	La loi ne contenait pas de dispositions à ce sujet.
Motifs d'exclusion (art. 29) : la loi fixe les cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché (motifs obligatoires ou laissés à l'appréciation du pouvoir adjudicateur).	La loi ne contenait pas de disposition similaire. La seule disposition concernant une exclusion d'un opérateur économique par un pouvoir adjudicateur concernait le cas d'un manquement lors de l'exécution du marché (art. 13).
Critères de sélection (art. 30) : introduction du critère de chiffre d'affaires minimal comme critère de sélection lié à la capacité économique et financière – introduction de règles régissant la production de preuves liées aux normes	Pas de disposition similaire dans la loi.

Nouveau régime (loi du 8 avril 2018)	Ancien régime (loi du 25 juin 2009)
d'assurance et aux normes de gestion environnementale.	
Moyens de preuve de conformité admissibles (art. 31 et 32) : la loi énonce les moyens de preuve à disposition d'un opérateur économique pour justifier qu'il répond aux critères de sélection.	La loi ne contenait pas de disposition en la matière.
Possibilité d'avoir recours à la capacité d'autres entités (art. 33) : la loi vient préciser les modalités dans lesquelles le pouvoir adjudicateur peut avoir recours à la capacité d'autres entités.	La loi n'autorisait le recours à la capacité d'autres entités qu'en ce qui concernait les marchés publics d'une certaine envergure (art. 228). Elle ne fixait aucune règle concernant cette faculté.
Inscription à une liste officielle d'entrepreneurs, de fournisseurs ou de prestataires de services ou certifications (art. 34) : la loi offre la possibilité aux opérateurs économiques de fournir la preuve d'une inscription à une liste officielle d'entrepreneurs ou d'une certification par des organismes de droit public ou privé, considérée comme une présomption d'aptitude concernant les exigences en matière de sélection (pour prouver la capacité technique et professionnelle par exemple).	Pas de mention à ce sujet dans la loi.
Critères d'attribution (art. 35) : la loi a préféré le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse (qui peut être déterminée sur base du prix). La loi donne aux pouvoirs adjudicateurs les clés pour définir une offre économiquement la plus avantageuse (sur base du prix, du coût, du meilleur rapport qualité/prix).	La loi fixait comme critère d'attribution soit l'offre économiquement la plus avantageuse, soit l'offre au prix le plus bas (art. 11).
Critère relatif au coût du cycle de vie (art. 37) : cette disposition définit de manière non exhaustive les coûts pouvant être pris en compte pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse sur base du coût et plus particulièrement du	Pas de mention à ce sujet dans la loi.

Nouveau régime (loi du 8 avril 2018)	Ancien régime (loi du 25 juin 2009)
coût du cycle de la vie et les modalités entourant l'utilisation de cette méthode de calcul.	
Offres anormalement basses (art. 38) : le Livre I ^{er} énonce à présent les règles applicables aux offres anormalement basses.	Aucune mention à ce sujet dans la loi.
Hypothèses d'attribution, de renonciation et d'annulation du marché (art. 39) : le Livre I ^{er} énonce à présent les hypothèses d'attribution, de renonciation et d'annulation du marché offertes au pouvoir adjudicateur.	Les dispositions sont nouvelles. Bien que la loi envisageait l'hypothèse de l'annulation, elle donnait compétence au Grand-Duc pour annuler un marché en cas de violation de la loi ou lorsque celui-ci était contraire à l'intérêt général (art. 19).
Modification des marchés en cours d'exécution (art. 43) : la loi fixe les cas où une modification du marché peut intervenir sans nouvelle procédure ou lorsqu'une nouvelle procédure est requise.	Aucune mention similaire dans la loi.
Spécificités du Livre II (marchés d'une certaine envergure – marchés européens)	
Montant des seuils (art. 52) : contrairement à l'ancienne loi, le montant des seuils ne sont plus publiés dans la loi.	L' article 21 contenait effectivement les seuils déterminant la qualification d'un marché d'une certaine envergure. Le Conseil d'État s'est opposé à la publication dans la loi de ces seuils.
Conditions de recours aux différentes procédures (art. 65 et suivants) : la loi fixe les conditions de recours aux procédures dans un article dédié (art. 63), qui renvoie aux articles spécifiques régissant la procédure concernée.	La loi ne disposait pas d'un article dédié aux conditions de recours aux procédures.
Partenariat d'innovation (art. 69) : la loi introduit cette nouvelle procédure d'attribution de marché pour les marchés européens.	Aucune mention de cette procédure dans la loi.

Nouveau régime (loi du 8 avril 2018)	Ancien régime (loi du 25 juin 2009)
<p><i>Utilisation de systèmes d'acquisition dynamiques, d'enchères électroniques et de catalogues électroniques (art. 70)</i> : la loi autorise l'utilisation de ces systèmes, dont le régime applicable est défini par voie de RGD.</p>	<p>Aucune disposition similaire dans la loi.</p>
<p><i>Document unique de marché européen (DUME) (art. 72)</i> : les entreprises peuvent utiliser le DUME comme une déclaration sur l'honneur au sujet de son statut financier, de ses capacités et son aptitude pour participer à une procédure de marché public ; il certifie qu'il ne se trouve pas dans l'une des situations qui doit ou peut entraîner son exclusion (<i>art. 29</i>) et qu'il répond aux critères de sélection établis par le pouvoir adjudicateur (<i>art. 30</i>).</p>	<p>Le DUME est une nouveauté du nouveau régime.</p>

Annexe III: Article 20 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics.

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

(1) En cas de procédure restreinte sans publications d'avis, les pouvoirs adjudicateurs adressent une demande d'offre à un nombre limité d'opérateurs économiques, au gré du pouvoir adjudicateur, dans les cas prévus à l'alinéa 3 et au paragraphe 3. Le nombre minimum de candidats invités à soumissionner est de trois.

En cas de procédure négociée, les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient les conditions de marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

Il peut être recouru soit à la procédure restreinte sans publication d'avis, soit à la procédure négociée dans les cas suivants :

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 8000 euros hors TVA, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948, adapté conformément à l'article 160.

S'il s'agit de dépenses à engager au cours d'une même année et pour un même objet 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 opérateur économique.

b) en présence d'offres non conformes ou inacceptables à la suite du recours à une procédure ouverte ou à une procédure restreinte avec publication d'avis 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 procédure ouverte ou une seconde procédure restreinte avec publication d'avis ;

c) pour des travaux, fournitures et services qui sont réalisés à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de mise au point ;

d) 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 ;

e) pour les 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 opérateur économique déterminé;

f) 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 ;

g) Pour de nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires confiés à l'opérateur économique adjudicataire du marché initial par

les mêmes pouvoirs adjudicateurs, à condition que ces travaux ou ces services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un marché initial passé selon une procédure dans le cadre de laquelle un appel à concurrence a été publié. Le projet de base précise l'étendue des travaux ou services supplémentaires possibles, et les conditions de leur attribution.

La possibilité de recourir à cette procédure est indiquée dès la mise en concurrence du premier projet et le montant total envisagé pour les travaux ou les services supplémentaires est pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour l'application de l'article 52.

Il n'est possible de recourir à cette procédure que pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial.

h) dans le cadre de marchés publics de fournitures, pour des livraisons complémentaires effectuées par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques ou d'entretien disproportionnées ;

i) dans le cadre de marchés publics de fournitures, pour les fournitures cotées et achetées à une bourse des matières premières ;

j) lorsqu'il s'agit de travaux, fournitures et services dont les prix sont en fait soustraits au jeu normal de la concurrence ou s'il s'agit de services rémunérés suivant un barème officiel ;

k) pour les marchés de travaux, de fournitures, et de services de la Police grand-ducale :

- pour les prestations occasionnées par le déplacement et le séjour de personnel policier à l'étranger dans le cadre des missions policières ;
- lorsque la sécurité du personnel engagé est directement menacée ;
- pour les fournitures d'effets d'habillement et d'équipement militaire destinés à être revendus au cadre.

l) pour les marchés de travaux, de fournitures, et de services de l'Armée :

- si le secret militaire l'exige ;
- pour les besoins d'une standardisation des matériels et équipements ;
- 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 ;
- pour les fournitures d'effets d'habillement et d'équipement militaire destinés à être revendus au cadre.

m) pour les marchés de la protection nationale :

- pour les fournitures ou services qui sont déclarés secrets ;
- pour les fournitures ou services nécessaires à la protection des intérêts vitaux ou des besoins essentiels de tout ou partie du pays ou de la population, et en particulier les fournitures ou services relatifs à la prévention et la gestion de crises ;

- pour les fournitures d'effets d'équipement et de matériel d'intervention ainsi que d'effets personnels de protection et de sécurité des membres des unités d'intervention.

(2) Il peut être recouru à la procédure négociée dans les cas suivants :

a) pour les marchés à conclure par les pouvoirs adjudicateurs compétents pour l'Armée, la Police grand-ducale, l'Administration des Douanes et Accises et pour les services de secours, pour des 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 ;

b) pour les marchés publics de services, lorsque le marché considéré fait suite à un concours dont les règles sont à instituer par voie de règlement grand-ducal, et est, en vertu des règles prévues dans le cadre du concours, attribué au lauréat ou à un des lauréats de ce concours ; dans ce dernier cas, tous les lauréats du concours sont invités à participer aux négociations ;

c) pour les achats d'opportunité, lorsqu'il est possible d'acquérir des fournitures en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui s'est présentée dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur les marchés ainsi que pour les achats de fournitures dans des conditions particulièrement avantageuses soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités soit auprès de curateurs ou liquidateurs, d'une faillite ou d'un concordat judiciaire ;

d) pour les marchés qui servent à la mise en œuvre de moyens techniques particuliers et confidentiels de recherche, d'investigation et de sécurisation lorsque la protection des intérêts essentiels de l'État l'exige.

(3) Il peut être recouru soit à la procédure restreinte sans publication d'avis, soit à la procédure négociée lorsque le montant total du marché se situe entre le seuil fixé par voie de règlement grand-ducal et quatorze mille euros hors TVA, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948, adapté conformément à l'article 160, sous condition que le pouvoir adjudicateur, dans l'hypothèse d'une procédure restreinte sans publication d'avis, invite au moins trois candidats à soumissionner, et dans l'hypothèse d'une procédure négociée, admet au moins trois candidats aux négociations, à condition chaque fois qu'il y ait un nombre suffisant de candidats appropriés.

(4) Les marchés publics pour les services sociaux et pour d'autres services spécifiques visés à l'article 76 et à l'article 148, et qui tombent dans le champ d'application du présent Livre, peuvent en toute hypothèse être attribués par voie de procédure négociée.

(5) Les marchés qui sont exclus du champ d'application du Livre II conformément aux articles 55 à 61 et qui relèvent du champ d'application du présent Livre, peuvent en toute hypothèse être attribués par voie de procédure négociée.

(6) Les marchés qui sont exclus du champ d'application du Livre III conformément aux articles 100 à 115 et qui relèvent du champ d'application du présent Livre, peuvent en toute hypothèse être attribués par voie de procédure négociée.

Annexe IV: Analyse détaillée de certaines fonctionnalités du PMP

1. Avis de marché

Les navigations dans les pages « Voir tous les marchés » / « Voir les marchés en cours » ne permet ni d'afficher l'entité publique qui a publié l'offre ni de faire un tri par entité publique. En effet, l'organisme indiqué est toujours « Portail des marchés publics ». Ceci complique la recherche des utilisateurs.

Figure 38 : Copie d'écran (tous les marchés) du site pmp.lu

The screenshot shows the search results for 'Avis de marché' on the PMP website. The page displays 2803 results. The search criteria are: Procédure: EU.OUV Services; Référence: 1200002; Intitulé: Audit de sécurité; Date limite de remise des plis: 31 Mars 2012. The object is 'Audit de sécurité d'une plateforme de dématérialisation' and the organism is 'Portail des marchés publics (-)'. The date of publication is 15 Feb 2012. The page includes navigation controls for displaying 10 results per page, page 1 of 281, and a legend icon.

Source : PMP

Le Conseil invite le CTIE et le MMTP à améliorer ce mode de tri pour permettre un affichage alphabétique des données par entité publique, comme l'exemple ci-dessous.

Figure 39 : Copie d'écran (tous les marchés) du site marches-publics.gouv.fr

The screenshot shows the search results for 'Annonces de consultation' on the marches-publics.gouv.fr website. The page displays 48 results. The search criteria are: Procédure: AOO Services; Référence: 2021-14-QC_EvalEEE; Intitulé: Réalisation d'évaluations énergétiques, environnementales et économiques de bâtiments neufs et de v...; Date limite de remise des plis: 10 Juin 2021. The object is 'Réalisation d'évaluations énergétiques, environnementales et économiques de bâtiments neufs et de variantes (bâtiments se...' and the organism is 'Ministère de la Transition Écologique, Ministère de la Cohésion des Territoires, Ministère de la Mer - Direction Général...'. The date of publication is 12 April 2021. The page includes navigation controls for displaying 10 results per page, page 1 of 5, and a legend icon.

Source : marches-publics.gouv.fr

Aussi, la page d'accueil propose plusieurs liens hypertexte – par exemple « Voir les marchés en cours » et « consulter les avis en cours » qui mènent au même résultat et qui contribuent à la confusion générale.

Enfin, le Conseil constate que de nombreux avis de marché incluent un lien hypertexte « Version intégrale de l'avis ». Ce lien amène les utilisateurs sur la rubrique du site internet *marches.public.lu* qui cite les derniers avis publiés, mais pas vers la version intégrale de l'avis concerné.

Figure 40 : Copies d'écran de l'avis et du renvoi

<p>Date d'envoi de l'avis au Journal officiel de l'U.E. :01/07/2021</p> <p>La version intégrale de l'avis no 2101434 peut être consultée sur www.marches-publics.lu</p>
<p>Beauftragung eines Planungsbüros für Energiekonzepte im Rahmen der Entwicklung eines Ökoquartiers "Porte de Hollerch" in Luxemburg-Stadt</p> <p>Date de publication : 01/07/2021</p> <p>Type de marché : Services Catégorie : Avis de marché</p>

Source : PMP

Le Conseil suggère de supprimer cette mention des avis et/ou de corriger le lien hypertexte le cas échéant.

2. Recherche avancée

Le Conseil constate que la requête « Recherche avancée » du PMP fait l'objet d'un certain nombre de malfonctionnements.

Le champ de recherche « Entité publique » ne fonctionne correctement ni en mode « Recherche par autocomplétion » ni en mode « Recherche dans une liste ».

La recherche par autocomplétion ne propose aucune entité publique à partir des caractères saisis. Le champ de recherche « Entité publique » par liste est inutilement compliqué : il faut d'abord faire un choix d'arborescence entre « Portail des marchés publics » et « Organisme de test pour les entreprises » avant de pouvoir accéder à une liste d'entités publiques. Le Conseil propose de supprimer ce niveau d'arborescence et d'accéder directement à la liste des entités, comme sur la plateforme française.

Aussi, les entités publiques sont classées par un code qui débute par le sigle « PMP.LU », suivi du type du pouvoir adjudicateur (Administration, Commune, Établissement, Organisme, Syndicat) abrégé par les lettres A, C, E, O, S. Le Conseil conseille au CTIE d'enlever ce code et de classer les entités publiques par ordre alphabétique.

Figure 41 : Copie d'écran (recherche avancée) du site pmp.lu

The screenshot shows the 'Recherche avancée' page on the PMP website. It features two search modes: 'Recherche multicritères' and 'Recherche d'une procédure restreinte'. Under 'Recherche multicritères', there is a search box for 'Recherche par mots clés' with the placeholder text 'Dans la référence, l'intitulé ou l'objet du marché'. Below this is a dropdown menu for 'Entité publique' currently set to 'Portail des marchés publics (-)'. To the right of the dropdown are two buttons: 'Recherche par autocomplétion' and 'Recherche dans une liste'. A dropdown menu is open below the 'Entité publique' dropdown, showing a list of entities with 'PMP.LU - Portail des marchés publics' selected. Below the list is a 'Référence' field with the value 'PMP.LU / A AGRI / SER - Services d'Economie Rurale'.

Source : PMP

Puis, la recherche avancée contient de nombreux critères de recherche qui aux yeux du Conseil sont inutilisables et qui, même s'ils étaient fonctionnels n'apporteraient pas de valeur ajoutée aux utilisateurs. Ces critères de recherche sont les suivants:

- conditions de participation ;
- autre(s) pouvoir(s) adjudicateur(s) ;
- formule de signature ;
- modalité de visite des lieux/réunion ;
- lieu d'exécution.

Figure 42 : Copie d'écran (recherche avancée) du site pmp.lu

Source : PMP

Le Conseil ne comprend pas la présence de ces critères de recherches et suggère de les supprimer, afin d'alléger la navigation.

Annexe V: Eléments complémentaires aux critères d'attribution de la CROMP

Tableau 26 : Tableau de comparaison des méthodes de notation de prix de la CROMP

N°	Libellé	T1,5	T2	T3	T200	T300	TMOYENNE
1	Différence de prix marquée → différence de note marquée ?	Très peu marquée	Marquée	Très Marquée	Marquée	Très peu marquée	Marquée
2	Pour tout prix différent → botes différentes ?	OUI	OUI	OUI	Partiel (note 0 si prix > double du prix le plus bas)	Partiel (note 0 si prix > triple du prix le plus bas)	NON (application du montant de l'adjudicateur comme référence)
3	Méthode valable en cas de moins de 5 offres ?	OUI	OUI	OUI	OUI	OUI	NON (application du montant de l'adjudicateur comme référence)
4	Possibilité de récupérer les offres de meilleure qualité à prix supérieur ?	Très possible	Possible (difficile dès +/- 60% d'écart avec le prix le plus bas)	Difficile (dès +/- 40% d'écart avec le prix le plus bas)	Possible (difficile dès +/- 60% d'écart avec le prix le plus bas)	Possible (difficile dès 120% d'écart avec le prix le plus bas)	Très possible (difficile dès 150% d'écart avec le prix le plus bas si > 5 offres, toujours si < 5 offres)
5	Méthode valable en présence d'offres se situant dans un écart < 30% par rapport au prix le plus bas	OUI	OUI	OUI	OUI	OUI	OUI (notes trop hautes si < 5 offres et si le montant estimé est plus haut que l'offre la plus chère)
6	Méthode valable en présence d'offres se situant dans un écart allant jusqu'à 200%	OUI	OUI	OUI	OUI	OUI	NON (les offres trop élevées faussent la moyenne et créent des notes très favorables pour toutes les offres, surtout si le nombre d'offres est < 5)
7	Méthode valable en présence d'une offre anormalement basse	OUI	OUI, mais (difficilement rattrapable dès 60% d'écart avec l'offre la moins chère)	OUI, mais (difficilement rattrapable dès 40% d'écart avec l'offre la	OUI, mais (difficilement rattrapable dès 60% d'écart avec l'offre la	OUI	OUI (encore plus facile à rattraper si nombre d'offres < 5)

N°	Libellé	T1,5	T2	T3	T200	T300	TMOYENNE
				moins chère)	moins chère)		

Source : CROMP

Tableau 27 : Évaluation du critère de formation des entreprises

Nbr Apprentis	1 à 3 ETP ¹⁴⁷	4 à 6 ETP	7 à 10 ETP	11 à 50 ETP		51 à 100 ETP		> 100 ETP	
	Note	Note	Note	Ratio ¹⁴⁸	Note	Ratio	Note	Ratio	Note
0	2,5	2	1,5	0%	0	0%	0	0%	0
A ¹⁴⁹	3	2,5	2	A	1,5	A	1	A	0,5
1	3,25	3	2,5	1 à 5%	1,75	1 à 3%	1,5	1%	1
2	3,5	3,25	3	6 à 10%	2	4 à 6%	1,75	2%	1,25
3	3,75	3,5	3,25	11 à 15%	2,25	6 à 8%	2	3%	1,5
4	4	3,75	3,5	16 à 20%	2,5	9 à 11%	2,25	4%	1,75
5	4,25	4	3,75	21 à 25%	2,75	12 à 14%	2,5	5%	2
6	4,5	4,25	4	26 à 30%	3	15 à 17%	2,75	6%	2,25
7	4,75	4,5	4,25	31 à 35%	3,25	18 à 20%	3	7%	2,5
8	5	4,75	4,5	36 à 40%	3,5	21 à 23%	3,25	8%	2,75
9	4	5	4,75	41 à 45%	3,75	24 à 26%	3,5	9%	3
10	3	5	5	46 à 50%	4	27 à 29%	3,75	10%	3,25
11	3	4	5	51 à 55%	4,25	30 à 32%	4	11%	3,5
12	3	4	5	56 à 60%	4,5	33 à 35%	4,25	12%	3,75
13	3	3	4	61 à 65%	4,75	36 à 38%	4,5	13%	4
14	3	3	4	66 à 70%	5	39 à 41%	4,75	14%	4,25
15	3	3	4	71 à 75%	5	42 à 44%	5	15%	4,5
16	3	3	3	76 à 80%	5	45 à 47%	5	16%	4,75
>16	3	3	3	81 à 85%	5	48 à 50%	5	17 à 27%	5
				86 à 120%	5->3	51 à 77%	5->3	28-35%	4,75->3
						>77%	3	>35%	3

Source : CROMP ; Production : Conseil

¹⁴⁷ ETP : Équivalent temps-plein

¹⁴⁸ Correspond au nombre d'apprentis sur quatre ans divisé par le nombre d'ETP.

¹⁴⁹ Entreprise qui a recherché, sans succès, des apprentis les 12 derniers mois ou en cours de recrutement.

Tableau 28 : Questions notation 1-3 critère environnement de la CROMP

Questions	Points	Nbr de points	Note
Démarche en cours de développement durable	5	50 à 65	3
Stratégie de développement durable	5	40 à 49	2,5
Organisation mise en place	5	30 à 39	2
Suivi des performances – monitoring	5	20 à 29	1,5
Communication	5	10 à 19	1
Achats responsables	5	1 à 9	0,5
Exigences développement durable du soumissionnaire vis-à-vis de ses sous-traitants, fournisseurs, partenaires	5		
Gestion de l'énergie	5		
Gestion des déchets	5		
Plan mobilité	5		
Attractivité de l'entreprise	5		
Insertion et réinsertion professionnelles	5		
Santé et sécurité	5		
TOTAL	65		

Source : CROMP

Annexe VI: INFORMATIONS QUI DOIVENT FIGURER DANS LES AVIS

Annexe II partie D du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi 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. Informations qui doivent figurer dans les avis d'attribution de marchés (visés à l'article 158).

ANNEXE II

INFORMATIONS QUI DOIVENT FIGURER DANS LES AVIS (Livre II)

PARTIE D INFORMATIONS QUI DOIVENT FIGURER DANS LES AVIS D'ATTRIBUTION DE MARCHÉS (visés à l'article 158)

1. Nom, numéro d'identification (dans les cas où il est prévu dans la législation nationale), adresse, y compris code NUTS, numéro de téléphone, numéro de télécopieur, adresse électronique et adresse Internet du pouvoir adjudicateur et, s'ils sont différents, du service à contacter pour tout complément d'information.
2. Type de pouvoir adjudicateur et principale activité exercée.
3. Le cas échéant, indiquer si le pouvoir adjudicateur est une centrale d'achat ou signaler tout recours à une autre forme de passation de marchés conjoints.
4. Codes CPV.
5. Code NUTS du lieu principal des travaux pour les marchés de travaux, ou code NUTS du lieu principal de livraison ou d'exécution pour les marchés de fournitures et de services.
6. Description du marché : nature et étendue des travaux, nature et quantité ou valeur des fournitures, nature et étendue des services. Si le marché est divisé en lots, indiquer cette information pour chaque lot. Le cas échéant, description des options.
7. Type de procédure d'attribution ; en cas de procédure négociée sans publication préalable, justification.
8. Le cas échéant, indiquer s'il y a :
 - a) un accord-cadre,
 - b) un système d'acquisition dynamique.

9. Critères visés à l'article 35 de la loi sur les marchés publics, qui ont été appliqués lors de l'attribution du ou des marchés. Le cas échéant, indiquer s'il y a eu enchère électronique (en cas de procédures ouvertes ou restreintes ou de procédures concurrentielles avec négociation).

10. Date de conclusion du ou des marché(s) ou de l'accord-cadre ou des accords-cadres à la suite de la décision d'attribution ou de conclusion.

11. Nombre d'offres reçues pour chaque attribution, notamment :

a) nombre d'offres reçues d'opérateurs économiques qui sont des petites et moyennes entreprises ;

b) nombre d'offres reçues en provenance d'un autre État membre ou d'un pays tiers ;

c) nombre d'offres reçues par voie électronique.

12. Pour chaque attribution, nom, adresse, y compris le code NUTS, numéro de téléphone, numéro de télécopieur, adresse électronique et adresse Internet du ou des soumissionnaires, et notamment :

a) indiquer si le soumissionnaire est une petite ou moyenne entreprise ;

b) indiquer si le marché a été attribué à un groupement d'opérateurs économiques (coentreprise, consortium ou autre).

13. Valeur de l'offre ou des offres retenues ou de l'offre la plus élevée et de l'offre la moins élevée prises en considération pour l'attribution du marché ou des marchés.

14. Le cas échéant, pour chaque attribution, valeur et part du contrat susceptible d'être sous-traitée à des tiers.

15. Préciser si le marché est lié à un projet et/ou un programme financé par des fonds de l'Union.

16. Nom et adresse de l'instance compétente pour les procédures de recours et, le cas échéant, de médiation. Précisions concernant le délai d'introduction des recours ou, au besoin, nom, adresse, numéro de téléphone, numéro de télécopieur et adresse électronique du service à contacter pour tout complément d'information.

17. Date(s) et référence(s) des publications précédentes au Journal officiel de l'Union européenne pertinentes pour le ou les marchés publiés dans cet avis.

18. Date d'envoi de l'avis.

19. Toute autre information pertinente.

Sommaire des figures

Figure 1 : Poids des marchés publics dans le PIB (en %, en 2007, 2009 et 2015).....	10
Figure 2 : Type de pouvoir adjudicateur – marchés de travaux – 05/2020 à 04/2021 ...	11
Figure 3 : Marchés de travaux selon les pouvoirs adjudicateurs - 05/2020 à 04/2021...	12
Figure 4 : Marchés de travaux - nombre de publications par mois – 05/2020 à 04/2021	12
Figure 5 : Distribution de fréquence du délai de soumission	13
Figure 6 : CA en millions d'€ par NACELUX.....	14
Figure 7 : Nombre d'entreprises par NACELUX.....	14
Figure 8 : Distribution de fréquence du CA des entreprises du Groupement	14
Figure 9 : Distribution de fréquence de la part des marchés publics dans le CA.....	15
Figure 10 : Type de procédure par type de pouvoir adjudicateur.....	20
Figure 11 : Ligne de temps d'une procédure de passation de marché public de travaux	25
Figure 12 : Extrait d'un cahier spécial des charges	30
Figure 13 : Bureaux d'architectes.....	30
Figure 14 : Bureaux d'ingénieurs civils	31
Figure 15 : Bureaux d'ingénieurs techniques les plus fréquents.....	31
Figure 16 : Extrait du calculateur du CRTI-B	47
Figure 17 : Effet d'exclusion de la condition minimum d'effectif.....	51
Figure 18 : Illustration de la clause « produits de référence ».....	58
Figure 19 : Exemple d'une position sur un bordereau	59
Figure 20 : Exemple d'une feuille de calcul récapitulative.....	60
Figure 21 : Distribution statistique de la part du bordereau au sein des dossiers.....	62
Figure 22 : Extrait d'une position selon le <i>StLB</i>	63
Figure 23 : Copie d'écran du site internet du CRTI-B – rubrique « bibliothèque ».....	64
Figure 24 : Exemple de critères d'attribution au sein d'une procédure.....	71
Figure 25 : Exemple d'évaluation et de notation de critère	71
Figure 26 : Méthodes de notation des prix	75
Figure 27 : Schéma d'évaluation du critère de temps	76
Figure 28 : Évaluation du critère de formation pour les entreprises	77
Figure 29 : Marchés gagnés par chaque entreprise du Groupement de 2018 à 2020	89
Figure 30 : Carte des décharges de déchets inertes (2021)	96
Figure 31 : Évolution de nombre de déclarations de détachement au Luxembourg	99
Figure 32 : Salariés détachés en fonction du secteur économique	100
Figure 33 : Évolution du prix de l'acier en USD - 01/12/2020 au 28/09/2021.....	103
Figure 34 : Évolution du prix du bois en USD/1.000 pieds – 28/09/2020 au 28/09/2021	103
Figure 35 : Évolution du prix du plastique en points – août 2020 à août 2021	104
Figure 36 : Évolution du prix du polystyrène en points – décembre 2020 à août 2021	105
Figure 37 : Évolution du prix de transport du container – 24 septembre 2020 au 24 septembre 2021.....	105
Figure 38 : Copie d'écran (tous les marchés) du site pmp.lu	135
Figure 39 : Copie d'écran (tous les marchés) du site marches-publics.gouv.fr	135
Figure 40 : Copies d'écran de l'avis et du renvoi.....	136
Figure 41 : Copie d'écran (recherche avancée) du site pmp.lu	136
Figure 42 : Copie d'écran (recherche avancée) du site pmp.lu	137

Sommaire des tableaux

Tableau 1 : Répartition des entreprises – NACELUX 41	7
Tableau 2 : Répartition des entreprises – NACELUX 42	8
Tableau 3 : Répartition des entreprises – NACELUX 43	8
Tableau 4 : Chiffres clés - construction.....	9
Tableau 5 : Chiffres clés du PMP pour l'année 2020.....	10
Tableau 6 : Montants collectés par le MMTP dans le cadre du rapport de contrôle (2017)	11
Tableau 7 : Répartition des marchés par type – 05/2020 à 04/2021.....	11
Tableau 8 : CA des entreprises de construction	15
Tableau 9 : Seuils applicables aux marchés d'envergure/européens.....	18
Tableau 10 : Seuils applicables aux procédures dites nationales	19
Tableau 11 : Marchés publics de travaux par type de procédure – 05/2020 à 04/2021 .	20
Tableau 12 : Pourcentage des marchés qui font recours à un bureau d'études	30
Tableau 13 : Pourcentage par mode de passation.....	40
Tableau 14 : Pourcentage d'autorisation des variantes	43
Tableau 15 : Pourcentage des conditions minimales.....	48
Tableau 16 : Conditions minima par NACELUX	49
Tableau 17 : Mention de <i>Leitfabrikat</i> dans le cahier des charges par type de NACE....	54
Tableau 18 : Étude de la taille des dossiers de soumissions.....	61
Tableau 19 : Pourcentage selon la base d'attribution	72
Tableau 20 : Pondération du critère prix selon les recommandation de la CROMP	74
Tableau 21: Application comparée des méthodes de notation	76
Tableau 22 : Barème de notation en fonction des certificats détenus	79
Tableau 23 : Tableau synoptique des réponses à la demande de renseignements.....	89
Tableau 24 : Capacité restante en m ³ fin 2019	96
Tableau 25 : Nombre de salariés détachés, en fonction de la nationalité.....	99
Tableau 26 : Tableau de comparaison des méthodes de notation de prix de la CROMP	138
Tableau 27 : Évaluation du critère de formation des entreprises	139
Tableau 28 : Questions notation 1-3 critère environnement de la CROMP	140