

5 QUESTIONS À NOTRE EXPERT



Me Thibault CHEVRIER

Thibault CHEVRIER a été admis au Barreau de Luxembourg en 2010 et il a fondé en 2019 le cabinet CHEVRIER & FAVARI, après avoir été associé au sein de plusieurs cabinets réputés de la place, expériences lui ayant permis d'acquérir une approche pratique afin d'établir la stratégie la plus adaptée à chaque problématique.

Rompu au traitement des problématiques de droit administratif, il dispose d'une expertise reconnue en droit de la commande publique (marchés publics, concessions de service public, PPP, etc.), matière dans laquelle il forme, assiste et accompagne régulièrement les acheteurs publics dans leurs démarches.

Intervenant depuis 2016 auprès d'IFE pour dispenser la formation " L'essentiel des Marchés Publics " , il a accepté de répondre à 5 questions :

1/ Quel bilan tirer de la réforme de 2018 ?

Thibault CHEVRIER : Plus de trois ans après l'entrée en vigueur de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics – et de son règlement grand-ducal d'exécution – le bilan à tirer de cette réforme est, à mon avis, globalement très positif, tant pour les acheteurs publics que pour les entreprises participant aux procédures de mise en concurrence.

Du côté des acheteurs publics, la typologie des critères de sélection et d'adjudication a ainsi été sensiblement étoffée afin de pouvoir prendre en considération l'évolution des priorités en la matière.

Un point très intéressant qu'on remarque sous cet angle est que là où prévalaient la sélection via la taille du chiffres d'affaires et l'attribution au meilleur prix, le cadre légal de 2018 fait la part belle à la mise en valeur des expériences et des compétences des opérateurs économiques.

C'est important car cela met en position les acheteurs publics d'être à même de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse, qu'on ne réduit plus à la simple expression du prix mais qu'on apprécie comme étant véritablement celle présentant le meilleur rapport qualité/prix.

D'autre part, le souci d'adopter une démarche écologiquement responsable incite également de

plus en plus les acteurs à favoriser les propositions permettant d'être en adéquation avec les objectifs de développement durable : caractère recyclable des matériaux, prise en compte du coût de cycle de vie, présentation de certifications pertinentes attestant les valeurs et les processus internes des opérateurs économiques, etc.

Du côté des opérateurs économiques, si les premiers mois de la réforme ont suscité quelques incertitudes notamment afin de s'adapter aux obligations liées à la dématérialisation des marchés publics, le ressenti est globalement positif, notamment du fait de la simplification de la participation via la remise du Document Unique de Marché Européen – le " DUME " pour les aficionados – et, surtout, de la mise en place d'un cadre légal (un peu) plus structuré au niveau des possibilités d'être repêché dans l'hypothèse où des informations étaient jugées manquantes.

Pour le surplus, on peut en tout état de cause observer une certaine stabilisation du cadre juridique, les ajustements qui ont été opérés, comparativement au cadre légal précédent, s'apparentant plus à des clarifications et des consolidations qu'à de profonds remaniements qui auraient pu déconcerter les praticiens.

2/ Où en sommes-nous de la dématérialisation des procédures pour toutes les étapes d'un marché, du lancement de l'appel d'offres au paiement ?

Thibault CHEVRIER : Suite à la transposition des directives européennes de 2014, et depuis la date butoir qui avait été fixée au 1^{er} octobre 2018, toutes les étapes des procédures liées à la passation et à la conclusion d'un marché public dépassant les seuils européens doivent être, sauf exception, accomplies de façon complètement dématérialisée.

Le lancement du marché public s'initie en effet via une publication sur le Portail des Marchés Publics, portail sur lequel le dossier de soumission peut être téléchargé.

Les entreprises et les acheteurs doivent communiquer via cette plateforme, notamment lors des questions/réponses ou encore pour solliciter/fournir un complément d'informations intéressant la procédure ou le contenu du dossier de soumission.

Les offres doivent ensuite être munies d'une signature électronique qualifiée permettant d'authentifier son signataire, avant d'être uploadées sur le portail, et ce avant l'expiration du délai de remise électronique des plis.

Après le processus d'analyse, qui peut donner lieu à des demandes de documents complémentaires ou de clarifications – toujours via le Portail des Marchés Publics –, les courriers d'attribution et de rejets sont aussi uniquement transmis de façon dématérialisée.

En outre, mais de manière optionnelle, les pouvoirs adjudicateurs disposent de la possibilité d'adopter ce régime pour les marchés de moindre importance – les marchés nationaux – et la pratique a démontré que certains acheteurs publics ont décidé de franchir ce pas de manière systématique, dans un souci d'uniformisation de leurs opérations.

À l'heure actuelle, si le processus de passation peut être considéré, sauf dans des cas particuliers, comme entièrement dématérialisé (pour les marchés d'envergure dépassant les seuils européens), le régime de l'exécution est quant à lui fixé selon le choix du pouvoir adjudicateur.

La question de la dématérialisation de la facturation reste – à ce stade – en pleine évolution, la loi du 16 mai 2019 relative à la facturation électronique étant à l'heure actuelle en cours de refonte afin de la rendre désormais obligatoire.

A l'origine, cette loi se voulait un système marqué par la flexibilité, dans le sens où elle obligeait uniquement les acheteurs publics à accepter les factures électroniques conformes à la norme européenne, sans interdire non plus la fixation d'un autre régime de facturation.

Depuis le début de l'année 2021, une proposition visant à modifier cette loi est en discussion afin d'imposer aux adjudicataires des marchés l'utilisation d'un système de facturation électronique, ce dernier devant nécessairement être conforme à un certain nombre de standards techniques.

Cette obligation pèsera donc principalement sur les titulaires des marchés qui devront adapter leur fonctionnement, et ce dans un délai de 5 à 15 mois suivant l'entrée en vigueur de la loi modificative, le délai variant selon la taille de l'entreprise.

Une fois cette prochaine étape franchie – et sauf si le législateur décide de mettre en place une procédure de recours contentieux dématérialisée – il pourra à mon avis être considéré que la dématérialisation aura atteint son maximum.

3/ Quelles évolutions avez-vous pu observer depuis le début de la crise sanitaire ?

Thibault CHEVRIER : Comme dans tous les secteurs, la crise sanitaire que nous avons traversée a entraîné son lot de bouleversements et de changements des habitudes, la matière des marchés publics n'ayant pas été épargnée, loin de là.

De manière rétrospective, la crise sanitaire s'est accompagnée, pour certains acheteurs, d'un besoin impérieux d'accélération des délais afin de répondre presqu'instantanément à la survenance des premiers effets de la pandémie (besoin de fournitures pour les hôpitaux, achats de masques, organisation de tests, etc.).

Dans d'autres cas de figure, la crise sanitaire a mis à l'arrêt la poursuite de certains projets et les principaux points d'attention étaient liés à

la prolongation des délais de remise des offres, au traitement des retards et à la limitation des conséquences dommageables de la situation.

En tout état de cause, il est un fait que la crise sanitaire a mis à rude épreuve le traitement des modifications des marchés en cours d'exécution : que ce soit sur le plan des prolongations, des renonciations aux pénalités, de la prise en charge (ou non) de coûts supplémentaires pour frais sanitaires.

Même à l'heure actuelle, et dans le prolongement direct de la crise sanitaire, le secteur de la construction est confronté à des problèmes de pénurie et d'augmentation du coût des matières premières qui sont susceptibles de répercussions

sur la plan de leur traitement d'un point de vue juridique, selon la nature forfaitaire ou non du marché, ou encore en fonction des clauses de révision des prix qui ont été contractuellement prévues (ou non).

Enfin, sur un plan plus positif, il faut remarquer que la crise sanitaire a constitué un facteur d'accélération de la dématérialisation encore plus poussée de certains marchés publics de services, notamment

au niveau de l'exécution des prestations de consultance, favorisant par la même occasion une ouverture un peu plus large de la concurrence.

Une fois cette prochaine étape franchie – et sauf si le législateur décide de mettre en place une procédure de recours contentieux dématérialisée – il pourra à mon avis être considéré que la dématérialisation aura atteint son maximum.

4/ Comment intégrer le développement durable et les critères sociaux dans les marchés publics ?

Thibault CHEVRIER : Apparues en 1992 à l'occasion du Sommet de Rio, les préoccupations relatives à la place du développement durable au sein des politiques d'achat sont devenues de plus en plus prépondérantes au cours des dernières années.

Sous l'impulsion des commentaires précédant les directives européennes de 2004, les considérations de développement durable ont fait progressivement leur apparition au sein des critères de sélection et d'attribution, ainsi que dans les spécifications techniques d'un marché, ou encore dans le cadre de son exécution.

Il est ainsi possible pour un acheteur public de conditionner l'accès à un marché à la détention de certifications permettant d'attester d'une responsabilité sociétale. Même s'ils sont encore assez peu présents sur le secteur luxembourgeois, la certification ISO 26000 ou le label RSE permettent par exemple de démontrer que l'opérateur économique s'est inscrit dans une démarche responsable en termes de développement durable.

En sollicitant – et en évaluant – des variantes permettant de valoriser une démarche écologique, comme par exemple une réduction des émissions liée à des procédés innovants, les acheteurs publics ont aussi la possibilité de mettre l'accent sur des facteurs environnementaux en les intégrant dans leurs critères d'adjudication.

Sur le plan des spécifications techniques, un pouvoir adjudicateur dispose de la faculté de solliciter des écolabels ou de mettre en œuvre une analyse qualitative qui s'appuiera sur le coût de cycle de vie des produits ou des équipements qui seront fournis par l'adjudicataire du marché.

A titre d'exemple, il est ainsi devenu quasiment systématique que l'acheteur a l'initiative d'un marché de nettoyage impose l'utilisation de produits respectueux de l'environnement et, en cas de manquement au cours de l'exécution, pénalise le recours à des produits présentant une quelconque toxicité.

À côté du développement durable, les critères sociaux, comme l'implication de l'entreprise au niveau de l'insertion professionnelle ou encore les démarches pour promouvoir l'emploi local, peuvent être utilisés dans les marchés publics s'ils sont en lien avec l'objet du marché ou avec ses conditions d'exécution.

Au Luxembourg, outre les possibilités de solliciter des certifications, les acheteurs publics peuvent imposer que l'adjudicataire s'associe, s'il ne l'est pas lui-même, à une entité ayant pris la forme d'une société d'impact sociétal (SIS), type de société créé en 2016 et visant à l'exercice d'une activité économique à finalité sociale (par ex : l'apport d'un soutien à des personnes en situation de fragilité ou la contribution à la lutte contre les exclusions et les inégalités).

En intégrant une approche sociale au niveau des critères d'adjudication, l'acheteur public ne dispose pas d'une faculté d'avantage une entreprise pour sa politique générale mais devra s'assurer d'une valorisation en véritable adéquation, concrètement, avec le marché qui aura été initié.

En ce sens, la directive de 2014 énonce que " la condition de l'existence d'un lien avec l'objet du marché exclut les critères et conditions relatifs à la politique générale de l'entreprise, qui ne peuvent être considérés comme un élément caractérisant le processus spécifique de production ou de fourniture des travaux, produits ou services achetés.

Il se dégage de la combinaison de ces différentes considérations qu'en voulant s'engager dans cette direction en faire reposer – dans une certaine mesure – son choix sur cet élément, le pouvoir adjudicateur devra être attentif à s'astreindre à la mise en place de critères appropriés, précis et clairs qui sont en lien avec l'objet du marché.

Si la voie à emprunter n'est pas celle de la facilité, les enjeux justifient amplement qu'on y consacre sans tarder une attention toute particulière.

5/ Est-ce un simple effet de la médiatisation ou est-ce qu'il y a de plus en plus de recours ?

Thibault CHEVRIER : Du point de vue du contentieux, le nombre de décisions rendues par les juridictions reste à un niveau sensiblement similaire à ce qui a pu être observé dans les années ayant précédé la réforme de 2018, mais il faut toutefois noter que cette tendance est à apprécier dans un contexte d'augmentation du nombre de marchés publics publiés sur le Portail des Marchés Publics.

La raison de cette augmentation sensible du recours aux marchés publics (+11 % sur 2020 par rapport à 2019) est non seulement liée à la multiplication des projets menés par les différents acteurs publics, mais elle s'inscrit – dans une certaine mesure – dans un souci d'être parfaitement en conformité avec les obligations de publicité et de remise en concurrence régulière des acteurs des différents secteurs, afin d'apporter une réponse adaptée aux besoins des entités publiques tout en verrouillant juridiquement leurs achats.

Cette volonté d'atteindre une plus grande sécurité juridique explique aussi – en partie – la relative stabilité du nombre de contentieux auprès des juridictions administratives, mais cette stabilité est aussi le reflet des nombreux obstacles – parfois un peu formels – devant être surmontés pour obtenir, en parallèle d'une annulation, une décision

de suspension de la signature du marché, objectif n° 1 recherché par une entreprise dont l'offre n'a pas été retenue.

Cette tendance jurisprudentielle – qui s'observe par ailleurs tant sur le plan national que devant les juridictions européennes – a toutefois tendance à être sur-interprétée au Luxembourg, principalement en raison du nombre d'actions judiciaires, en valeur absolue.

L'obtention d'une décision de suspension de la signature d'un marché est à appréhender comme une sanction particulièrement sévère qui, à défaut d'être strictement encadrée, risquerait d'entraver l'action des acheteurs publics.

On ne saurait, en tout état de cause, y déceler une quelconque mansuétude des juges quant au respect des normes en vigueur, des manquements pouvant toujours aboutir à remettre en cause la légalité de la décision d'adjudication (au fond) et, conséutivement, l'allocation de dommages et intérêts aux soumissionnaires irrégulièrement écartés.

Prudence et sécurisation des processus restent dès lors de mise !

