



Avis nr R-23 /2019 de la Commission d'accès aux documents :

(demande de révision de la sàrl Felix GIORGETTI et de la sàrl A+P KIEFFER OMNITEC)

Par courrier recommandé du 7 novembre 2019, reçu le 8 novembre 2019, Maître Marc THEWES a au nom et pour compte des sàrl Felix GIORGETTI et A+P KIEFFER OMNITEC et en application de l'article 10 de la loi modifiée du 14 septembre 2018 relative à une administration transparente et ouverte saisi la CAD pour avis alors qu'il s'est vu opposer par courrier du 7 octobre 2019 de la part de la Commission des soumissions (ci-après la CS) un refus de communication d'une copie de l'avis du 9 août 2018 de la même Commission au sujet de l'abandon de la procédure de passation du contrat de partenariat public-privé (PPP) pour la construction d'un nouveau lycée à Bonnevoie, ainsi que l'ensemble des documents transmis à la CS dans ce contexte.

Dans son courrier du 7 octobre 2019 adressé à Maître THEWES, la Commission des soumissions refuse la communication en indiquant que les documents demandés seraient exclus du champ d'application de la loi alors que :

- La CS serait investie d'une **mission de contrôle** au sens de l'article 1^{er} paragraphe (2), point 7 de la loi ;
- La CS n'exercerait pas **d'activité administrative** au sens de l'article 1^{er}, paragraphe (1) de la loi ;
- Les documents sollicités seraient couverts par un **secret protégé par la loi** au sens de l'article 1^{er} paragraphe (2), point 6 de la loi.

La Commission des soumissions a pris position dans un courrier du 14 novembre 2019 et demande notamment un délai supplémentaire pour prendre position devant la CAD.

La CAD a examiné le dossier lors de sa réunion du 21 novembre 2019.

Etant donné que la CS a eu l'occasion de prendre position par écrit et que la CAD est tenue par des délais stricts, la demande de délai supplémentaire n'est pas justifiée.

L'hypothèse prévue au paragraphe (2) de l'article 11 de la loi (fixation de délai par la CAD) est celle où la CAD demande expressément la communication d'éléments de fait et de droit.

La saisine de la CAD fait référence à :

- 1) l'avis de la CS du 9 août 2018 et
- 2) à « l'ensemble des documents transmis par le ou les ministres l'ayant saisie ».

A défaut de précision sur les documents exacts qui sont demandés, ce deuxième volet de la demande est irrecevable alors que l'article 4 de la loi précitée du 14 septembre 2018 prévoit qu'une demande doit être formulée de façon suffisamment précise.

La décision de refus du 7 octobre 2019 indique plusieurs causes de refus :

1) Quant à l'existence ou non d'une activité administrative :

La Commission des soumissions est prévue à l'article 159 paragraphe 1^{er} de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics qui stipule :

« Art. 159 :(1) Il est institué, auprès du ministre ayant dans ses attributions les travaux publics, une Commission des soumissions, dont les membres sont nommés par arrêté du Gouvernement en conseil.

La commission est assistée d'un service administratif.

La composition de la commission, son mode de saisine et de fonctionnement, ainsi que celui du service administratif lui joint, de même que les indemnités des membres et du personnel administratif, sont déterminés par voie de règlement grand-ducal.

(2) *La Commission des soumissions a pour mission :*

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

Il ressort de la lecture de cet article que la CS a une mission de nature administrative.

Les avis de la CS sont des documents administratifs alors qu'il s'agit de documents produits dans le cadre d'une mission de service public et qui se rattachent par ailleurs à une compétence de la CS.

La loi précitée du 14 septembre 2018 trouve partant application.

2) Quant à la question de la mission de contrôle éventuelle de la CS :

Le libellé de l'article 159 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics renseigne que la CS a différentes missions.

Dans le cas d'espèce, elle semble avoir été saisie sur base du point d) du paragraphe 2 c'est-à-dire elle a été invitée à donner son avis relativement à un marché public précis.

Il s'agit en l'espèce d'une mission de nature purement consultative qui ne saurait être assimilée à une mission de contrôle. La CAD constate par ailleurs que la CS ne dispose d'aucun pouvoir d'instruction ou d'enquête.

Les missions de contrôle énoncées à l'article 1^{er}, paragraphe (2) point 7 de la loi impliquent de l'avis de la CAD l'existence d'un pouvoir décisionnel subséquent et inhérent à la mission de contrôle éventuelle.

Tel n'est pas le cas de la CS qui rend uniquement des avis et qui ne dispose d'aucun pouvoir décisionnel propre.

Il faut rappeler que l'accès aux documents est la règle voulue par le législateur et les cas d'exclusion doivent être interprétés de façon restrictive.

La CS ne dispose partant d'aucune mission de contrôle au sens de la loi.

3) Quant à l'existence ou non d'un secret protégé par la loi

Même si le règlement grand-ducal du 8 avril 2019 portant exécution de la loi du 8 avril 2019 sur les marchés publics énonce que les membres de la CS sont tenus au secret, ce principe ne saurait avoir comme conséquence automatique et directe que l'ensemble des avis rendus par la CS restent également secrets.

Les délibérations entre les membres de la CS sont secrètes mais les avis rendus sont des documents administratifs destinés à être rendus publics, notamment dans le cadre de la procédure administrative non contentieuse ou en cas de recours contentieux.

On peut citer par analogie les avis du Conseil d'Etat ou d'autres commissions consultatives étatiques (p.ex. la CAD) : les délibérations internes sont bien tenues secrètes mais les avis adoptés sont rendus publics et publiés.

Les avis de la CS ne sont partant pas des documents relatifs à un secret protégé par la loi au sens du point 6 du paragraphe (2) de l'article 1^{er}.

Les différentes causes de refus invoquées ne sont pas pertinentes.

L'avis de la CS du 9 août 2018 est partant communicable aux demandeurs.

Avis adopté à l'unanimité le 25 novembre 2019

Pierre Calmes

Tania Braas

Tine A. Larsen

Jean-Claude Olivier

