



## Lettre circulaire aux départements ministériels

### **Objet : La loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics**

La nouvelle loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics a pour objet de transposer en droit national la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics. Cette loi est publiée au Mémorial A-203 du 12 novembre 2010.

La directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 a été transposée en droit national par la loi du 13 mars 1993 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive 89/665, et la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 a été transposée en droit national par la loi du 27 juillet 1997, règlent actuellement les recours pour les marchés publics.

Par la nouvelle loi, les deux lois citées ci-dessus sont abrogées. Cependant, la plupart des dispositions contenues dans ces lois se retrouvent dans la nouvelle loi du 10 novembre 2010, qui cependant apporte encore plusieurs nouvelles possibilités pour les opérateurs économiques de faire valoir leurs droits.

#### o **Champ d'application :**

La nouvelle loi s'applique uniquement aux marchés tombant dans le champ d'application des livres II et III de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, c'est-à-dire ceux comportant publication au niveau européen. Sont visés les marchés de travaux se rapportant à des ouvrages dont l'envergure dépasse 4.845.000 €, que ce soit pour le livre II ou III. En ce qui concerne les marchés de services et de fournitures, sont visés, pour le livre II, les marchés dépassant 125.000 € lorsque le pouvoir adjudicateur est une administration étatique, et dépassant 193.000 € lorsque le pouvoir adjudicateur est une commune ou un syndicat communal. Pour les marchés tombant dans le champ d'application du livre III, le seuil d'application de cette nouvelle loi s'élève à 387.000 € pour les marchés de services et de fournitures.

Cette nouvelle loi vise uniquement des procédures de recours spécifiques aux marchés publics. Les recours de droit commun devant les juridictions civiles en dommages et intérêts et le recours en annulation devant les juridictions administratives ne sont pas réglés par la présente loi, alors que pour ces recours le Nouveau Code de procédure civile, ainsi que la législation y afférente concernant les juridictions administratives fixent les règles généralement applicables.

- **Dispositions contenues dans les anciens textes et reprises par la nouvelle loi :**
  1. Le délai de suspension de 15 jours entre la décision d'adjudication et la conclusion du contrat (prévu par l'article 90 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics), qui permet aux opérateurs économiques de pouvoir réclamer contre une décision d'adjudication irrégulière sans que la commande n'ait été passée, et partant l'exécution du contrat n'ait commencé. A noter que le délai de suspension court à partir du lendemain du jour où la décision motivée de rejet de leur offre a été envoyée aux opérateurs économiques dont l'offre n'a pas été retenue.
  2. La possibilité de recours en référé devant le Président du Tribunal administratif aux fins de corriger des dispositions irrégulières contenues dans les dossiers de soumissions.
  3. La possibilité de recours en référé devant le Président du Tribunal administratif aux fins de prononcer un sursis à exécution de la décision d'adjudication jusqu'à une décision au fond

- **Dispositions nouvelles :**

- Sanctions en cas de violations de certaines dispositions dans la procédure d'attribution d'un marché

La nouvelle loi n'engendre pas d'exigences procédurales nouvelles pour les administrations. Elle institue en effet essentiellement des voies de recours et des sanctions à l'encontre de décisions irrégulières.

Ainsi le non respect du délai de suspension de 15 jours visé au point 1 ci-dessus, et la continuation de la procédure d'adjudication par le commencement d'exécution d'un marché public dans l'hypothèse que le Président du Tribunal administratif soit saisi dans les hypothèses 2 et 3 ci-dessus peut avoir comme conséquence la saisine du juge judiciaire par l'opérateur économique lésé aux fins de déclarer le marché, dont l'exécution a commencé, sans effet. Cette sanction est cependant uniquement prévue lorsque la violation de la procédure a compromis les chances du soumissionnaire d'obtenir le marché.

Lorsque des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus, le juge judiciaire peut prononcer des sanctions financières à l'encontre du pouvoir adjudicateur concerné. Ces sanctions financières peuvent également être prononcées lorsque le juge judiciaire estime qu'il y a eu violation de la procédure, mais que les chances du soumissionnaire d'obtenir le marché n'ont pas été lésées.

Vu ces nouvelles dispositions, il est recommandé aux pouvoirs adjudicateurs de respecter, comme déjà auparavant, strictement les procédures d'attribution des marchés, et de ne pas continuer en procédure avant qu'une décision judiciaire n'ait été rendue en cas de saisine dans les cas sus-mentionnés.

- Sanction en cas de recours non justifié à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur attribue un marché par la procédure négociée sans publication d'avis, sans que le recours à cette procédure sans mise en concurrence ne soit autorisé par un des cas de figure énumérés à l'article 40 de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, d'autres opérateurs économiques ont la possibilité de demander devant le juge judiciaire que le contrat soit déclaré comme dépourvu d'effets. Ainsi le marché pourra être remis en concurrence, de manière que d'autres opérateurs économiques aient également la possibilité de remettre leur offre.

La nouvelle loi donne cependant aux pouvoirs adjudicateurs, qui ne veulent pas s'exposer au risque de cette résiliation judiciaire du contrat conclu, la possibilité de publier *un avis de transparence ex ante volontaire* au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE), et de ne conclure le marché qu'après l'écoulement de ces 10 jours. Des opérateurs économiques potentiels auront ainsi eu l'occasion de contester le recours à la procédure négociée avant la conclusion du contrat. Le recours devant le juge judiciaire aux fins de déclarer le contrat par après sans effet, n'est plus possible en cas de *cette publication ex ante*.

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de ne pas publier *un avis de transparence ex ante volontaire*, le délai endéans lequel un soumissionnaire peut intenter un procès en vue de voir déclaré un contrat sans effet est de :

- 30 jours à partir de la publication d'un *avis d'attribution* du marché dans le JOUE ;
- 6 mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat lorsqu'aucune publicité n'a été donnée à la conclusion du contrat.

Il convient de noter que *l'avis d'attribution ex ante volontaire* n'est pas à confondre avec *l'avis d'attribution du marché*, qui est déjà prévu dans la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et qui doit en tout état de cause être publié au Journal officiel de l'Union européenne pour les marchés tombant dans le champ d'application des livres II et III de la loi sur les marchés publics.

Les deux avis sont à publier, à l'instar des avis de marché, par le biais du portail des marchés publics. Le portail prévoit des formulaires qui peuvent être remplis en ligne et être mis en ligne de suite. L'accès au portail pour la publication de tels avis se fait de la même manière que pour la publication d'avis de mise en concurrence.



**Claude Wiseler**  
**Ministre du Développement durable**  
**et des Infrastructures**