



Références: 236692/031593

Luxembourg, le 17 JUIL. 2018

## Lettre circulaire aux départements ministériels

### Les nouveautés en matière de marchés publics

#### I. Informations générales

- **Entrée en vigueur**

Étant publiés au Journal officiel du 16 avril 2018 (Mém. A n° 243 et n° 244), la nouvelle loi sur les marchés publics et son règlement grand-ducal d'exécution du 8 avril 2018 sont entrés en vigueur le 20 avril 2018.

Le 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, a été publié au Journal officiel du même jour (Mém. A n° 243), de sorte qu'il a pris effet le mardi 24 avril 2018.

- **Pas d'incidence sur les marchés en cours**

La loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics et son règlement grand-ducal du 3 août 2009 continueront à s'appliquer pour toutes les procédures de passation en cours, c'est-à-dire pour lesquelles l'avis de marché a été publié avant le 20 avril 2018. Les règles de 2009 continueront également à s'appliquer aux marchés en cours d'exécution.

- **Abrogation partielle de la législation de 2009, qui demeure applicable aux contrats de concession (jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle législation)**

Par l'entrée en vigueur des nouveaux textes, la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics et le règlement grand-ducal du 3 août 2009 sont abrogés. Ces textes demeurent cependant en vigueur pour l'attribution des **contrats de concession**<sup>1</sup>, jusqu'à l'entrée en vigueur, le **lundi 9 juillet 2018** de la nouvelle législation spécifiquement dédiée à l'attribution de ces contrats.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Pour rappel, les dispositions du Livre I<sup>er</sup> de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et de son règlement grand-ducal d'exécution sont applicables à l'attribution par des pouvoirs adjudicateurs de contrats de concessions de travaux (dont la valeur se situe sous le seuil de 5.548.000 €, fixé à l'article 48 de cette loi) et à l'attribution de contrats de concessions de services, peu importe la valeur. Pour l'attribution par des pouvoirs adjudicateurs de contrats de concessions de travaux dont la valeur est égale à 5.548.000 € ou dépasse ce seuil, les articles 48 à 50 de la loi trouvent à s'appliquer (Livre II).

<sup>2</sup> Loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution des contrats de concession : <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2018/07/03/a560/jo>  
Règlement grand-ducal d'exécution de la précitée loi du 3 juillet 2018 : <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/rgd/2018/07/03/a561/jo>

- **Pourquoi une réforme ? Quelle est son étendue ?**

1. C'est à l'occasion de la transposition de deux directives européennes (2014/24/UE et 2014/25/UE) que les règles applicables aux marchés dans le secteur classique et dans les secteurs spéciaux ont été révisées et remaniées.
2. La révision des règles n'affecte *pas* les grands principes applicables à la passation des marchés ainsi que les principaux mécanismes bien connus (notamment la structuration des textes en « Livres », applicables selon la valeur du marché et, en ce qui concerne les secteurs spéciaux, selon la valeur du marché et son objet). (*cf. tableau en page 4*)
3. Dans le cadre de la *Stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive*<sup>3</sup>, le but des nouvelles règles édictées par les directives précitées est notamment d'accroître la transparence, l'efficacité et le caractère responsable de la dépense publique, en permettant aux acheteurs de mieux utiliser l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociétaux communs.
4. Il s'agit également d'accroître au niveau européen la participation des petites et moyennes entreprises (PME), de simplifier la passation des marchés publics et d'alléger les contraintes.
5. La révision des règles existantes a également permis d'intégrer les enseignements de la Cour de justice de l'Union européenne et de faire évoluer le corps de règles applicables aux marchés publics en apportant les clarifications nécessaires à la sécurité juridique.

- **Méthodologie de transposition des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE**

Les règles édictées par les directives sont, pour la plupart, nettement plus étoffées que les articles des précédentes directives (2004), abrogées. Par ailleurs, elles ne se limitent plus à réglementer dans le détail les conditions d'accès aux procédures, les délais de publication etc., mais elles contribuent à présent également à clarifier des questions qui intéressent la passation et l'exécution des marchés de manière générale.<sup>4</sup>

Plutôt que d'intégrer ces modifications dans le cadre existant de la loi de 2009 (en la modifiant par l'ajout de nouveaux articles aux Livres II et III applicables aux marchés dont la valeur dépasse les seuils européens), il y a été jugé opportun de procéder à une refonte de la législation nationale, en conservant toutefois la même structuration en « Livres » que les textes de 2009.

Cette manière de procéder a notamment permis de rendre les nouvelles dispositions à portée générale applicables à tous les marchés en les intégrant dans le Livre I<sup>er</sup>, et ainsi d'éviter que des situations identiques ne soient réglées de manière différente en fonction du caractère national ou européen de la procédure.

*n.b. Étant donné qu'un nombre considérable de dispositions applicables aux marchés « nationaux » trouvent à présent leur origine dans les directives européennes, la terminologie a été adaptée : des concepts spécifiques au droit Luxembourgeois, tels que les mots « adjudication », « mise en adjudication » et « appel d'offres » ont été supprimés.*

<sup>3</sup> à noter la récente communication de la COM (2017) 572 dans le même sens « *Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe* ».

<sup>4</sup> Peuvent être cités à titre d'exemple : les conflits d'intérêts, les exclusions, la passation conjointe de procédures ou les marchés transfrontaliers, l'utilisation de labels dans les cahiers de charges, ...

- **Certaines annexes et les montants des seuils ne figurent plus dans la loi**

Toujours en ce qui concerne la méthodologie de transposition des directives, il convient de signaler que le Conseil d'État a préconisé de ne plus intégrer les annexes des directives qui sont susceptibles d'être modifiées par voie d'actes à adopter par la Commission européenne. Il en va de même pour le montant des seuils, régulièrement adaptés. Ce, pour éviter de devoir procéder à une modification de la loi par voie de procédure législative à chaque adaptation des annexes et des montants des seuils.

Lorsque des annexes susceptibles de faire l'objet de modifications par des actes de la Commission européenne sont concernées, le texte de la loi/du règlement grand-ducal renvoie à l'annexe de la directive (sans l'intégrer en droit national) et précise les modalités de l'entrée en vigueur des modifications en question, qui sont d'abord publiées au Journal officiel de l'Union européenne.

Un avis au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg renseignant sur les modifications ainsi intervenues sera ensuite publié, en y ajoutant une référence à l'acte publié au Journal officiel de l'Union européenne.

Afin de faciliter la consultation des annexes, de leurs modifications, et des montants des seuils, ces informations seront également publiées sur le PORTAIL DES MARCHÉS PUBLICS.

Quels sont les articles qui visent des annexes non intégrées dans les textes nationaux ?

|                       |   |
|-----------------------|---|
| Loi, art. 2, point b) | Annexe I de la Directive 2014/24<br>AUTORITÉS PUBLIQUES CENTRALES   |
| Loi, art.42           | <b>Annexe X de la Directive 2014/24</b><br>LISTE DES CONVENTIONS INTERNATIONALES DANS LE DOMAINE SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL  |
| Loi, art. 118 et 161  | <b>Annexe XIV de la Directive 2014/25</b><br>LISTE DES CONVENTIONS INTERNATIONALES DANS LE DOMAINE SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL  |
| RGD, art. 202         | <b>Annexe IV de la Directive 2014/24</b><br>EXIGENCES RELATIVES AUX OUTILS ET DISPOSITIFS DE RÉCEPTION ÉLECTRONIQUE DES OFFRES, DES DEMANDES DE PARTICIPATION AINSI QUE DES PLANS ET PROJETS DANS LE CADRE DES CONCOURS                               |
| RGD, art .247         | <b>Annexe V de la Directive 2014/25</b><br>EXIGENCES RELATIVES AUX OUTILS ET DISPOSITIFS DE RECEPTION ELECTRONIQUE DES OFFRES, DES DEMANDES DE PARTICIPATION, DES DEMANDES DE QUALIFICATION AINSI QUE DES PLANS ET PROJETS DANS LE CADRE DES CONCOURS |

Le texte de ces annexes est reproduit dans le cadre des annexes à la présente circulaire.

- **Non-concordance de la numérotation des articles avec les textes de 2009**

Un nombre important d'articles a été remanié, de sorte que leur numérotation ne coïncide plus avec celle du projet de loi et de son règlement d'exécution de 2009.

*n.b.* : des tables de concordance entre la nouvelle et l'ancienne législation sont en cours d'élaboration. Ces tables n'ont qu'une valeur indicative. Une version provisoire est annexée à la présente.

- **Indice valeur 100 (Loi, art. 160)**

Les seuils exprimés par rapport à la valeur 100 de l'indice des prix à la consommation sont adaptés à la dernière valeur de l'indice publié par le STATEC à la date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation, à savoir la valeur 851,31, publiée le 4 avril 2018 par le STATEC.

En date du 1<sup>er</sup> janvier de chaque année, ces seuils seront révisés par rapport à la dernière valeur de l'indice des prix à la consommation, publié par le STATEC à ce moment (**Loi, art. 160**). Les seuils sont indiqués HTVA.

Sont concernés les articles suivants :

| Base légale   | Objet  | Montant indiqué dans le texte | Valeur au 20 avril 2018 |
|---|--|-------------------------------|-------------------------|
| L. art. 19 (1) alinéa 1 <sup>er</sup>                         | Procédure restreinte avec publication d'avis – travaux par corps de métiers    | 125.000 €                     | 1.064.137,50 €          |
| L. art. 19 (1) alinéa 2                                       | Procédure restreinte avec publication d'avis – travaux par entreprise générale | 625.000 €                     | 5.320.687,50 €          |
| L. art. 20 (3)  | Procédures sans publication d'avis   | 14.000 €                      | 119.183,40 €            |
| L. art. 47  | Décomptes  | 20.000 €                      | 170.262 €               |
| L. art. 49  | Clause préf.   | 20.000 €                      | 170.262 €               |
| L. art. 159   | Commission Soum.   | 50.000 €                      | 425.655 €               |
| RGD, art. 4 (2), alinéa 2                                     | Lots   | 90.000 €                      | 766.179 €               |
| RGD, art. 116, 2 <sup>e</sup> phrase, 1 <sup>er</sup> montant | Adaptation des prix  | 50.000 €                      | 425.655 €               |
| RGD, art. 116, 2 <sup>e</sup> phrase, 2 <sup>e</sup> montant  | Adaptation des prix  | 2.500 €                       | 21.282,75 €             |

- **Le seuil visé à l'article 20 (1) a) de la loi, relatif aux marchés publics de très faible envergure, passe de 55.000 euros à 60.000 € HTVA (RGD, art. 151)**
- **ce qui distingue les règles applicables aux marchés dits « nationaux » de celles applicables aux marchés dits « européens » sont les caractéristiques suivantes :**

| Livre I - Marchés « nationaux »  | Livres I + II pour les marchés « européens »  |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• Les procédures (<i>moins nombreuses, plus générales</i>)</li> <li>• Les contraintes en matière de publication (<i>moins nombreuses</i>)</li> <li>• Les délais à respecter (<i>plus longs</i>)</li> <li>• DUME (<i>facultatif</i>)</li> <li>• Passation électronique (<i>facultative</i>)</li> <li>• Voies de recours (<i>droit commun</i>)</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Les procédures (<i>plus nombreuses, plus spécifiques</i>)</li> <li>• Les contraintes en matière de publication (<i>plus nombreuses</i>)</li> <li>• Les délais à respecter (<i>plus longs</i>)</li> <li>• DUME (<i>obligatoire</i>)</li> <li>• Passation électronique (<i>obligatoire à pd 18/10/2018</i>)</li> <li>• Voies de recours (<i>spécifiques, cf. L. 2010</i>)</li> </ul> |

## II. Application des nouveaux textes : Les questions à résoudre avant toute chose

### A. CHAMP D'APPLICATION

Afin d'être en mesure de déterminer le régime juridique à appliquer, l'autorité désireuse de passer un contrat est invitée à se poser un certain nombre de questions.

#### 1<sup>ère</sup> question : S'agit-il d'un marché « public », non exclu du champ d'application ?

Les neuf premiers articles permettent de déterminer si le contrat à passer est un « *marché public* », et si les nouveaux textes trouvent à s'appliquer :

1. L'objet du contrat tombe-t-il sous le champ d'application de la loi, en application des **articles 1<sup>er</sup> à 3** de la loi ? S'agit-il d'un « *marché* » ?
2. L'autorité qui souhaite passer le contrat est-elle un « *pouvoir adjudicateur* » (public) au sens de l'article 2 de la loi ? Avec pour conséquences :
  - ➔ une autorité qui n'est pas visée par l'article 2, n'est pas un « *pouvoir adjudicateur* » ;
  - ➔ or, l'article 1<sup>er</sup> précise que son champ d'application n'est destiné qu'aux seuls pouvoirs adjudicateurs ;
  - ➔ les autorités non visées par l'article 2 consulteront l'article 87 de la loi (Livre III).
3. En cas de réponse affirmative aux deux premières questions, il convient de déterminer si l'objet du contrat est visé par une exclusion, en application des **articles 6 à 9** de la loi :
  - **Loi, art. 6.** Marchés et concours organisés en vertu de règles internationales.
  - **Loi, art. 7.** Marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif.
  - **Loi, art. 8 et 9.** Marchés publics passés entre entités appartenant au secteur public *n.b. les deux derniers ont pour objet de consolider la jurisprudence dite « in-house » de la Cour de justice de l'Union européenne, qui fixait les conditions spécifiques d'une telle coopération sans qu'un marché public ne soit requis.*

Dès lors que le marché public à passer concorde avec une des hypothèses visées aux articles 6 à 9, les règles énoncées par la loi et le règlement grand-ducal ne trouvent pas à s'appliquer à la passation du contrat.

#### 2<sup>ème</sup> question : quelle est la valeur du contrat ?

1. L'article relatif au calcul de la valeur estimée du marché est énoncé dès le Livre I<sup>er</sup> (cf. **art. 12 (5) de la loi**). Il s'agit en effet de dispositions à caractère général applicables à tous les marchés, et non seulement aux marchés d'une certaine envergure.  
  
*n.b. Pour contribuer à davantage éviter la pratique prohibée du « saucissonnage », certaines dispositions relatives au calcul de la valeur estimée du marché ont été précisées ou reformulées comparé aux directives antérieures. Une lecture attentive est dès lors de mise.*
2. Les marchés publics dont la valeur est inférieure aux seuils européens (visés à l'art. 52 de la loi) se voient appliquer les règles relatives aux procédures « nationales ». Ils ne sont donc pas concernés par les exceptions prévues par les règles (Livre II) relatives aux procédures dites « européennes ».

*n.b. Le régime des procédures « européennes » se distingue essentiellement par l'étendue de la publicité et par les spécificités de certaines procédures.*

3. Comme dans les textes applicables précédemment, l'article de la loi relatif aux « seuils », se trouve dans le Livre II (**Loi, art. 52**), au niveau des dispositions relatives à son champ d'application.

Le **montant des seuils** n'est cependant plus inscrit dans la loi, et ce, afin de permettre une entrée en vigueur immédiate des seuils adaptés par simple publication de ceux-ci. Les seuils actualisés au 1<sup>er</sup> janvier 2018 (*montants HTVA*), tels que publiés au Journal officiel N° 321 du 29 janvier 2018, sont les suivants :

|   |             |
|---|-------------|
| pour les marchés publics de travaux   | 5.548.000 € |
| pour les marchés publics de fournitures et de services passés par des <b>autorités publiques centrales</b> et pour les concours organisés par celles-ci;      | 144.000 €   |
| pour les marchés publics de fournitures et de services passés par des pouvoirs adjudicateurs <b>sous-centraux</b> et pour les concours organisés par ceux-ci; | 221.000 €   |
| pour les marchés publics de services sociaux, culturels et de la santé (cf. ci-après) I   | 750.000 €   |

4. En ce qui concerne l'applicabilité du Livre II en application des règles ci-avant énoncées, il convient de mentionner que **l'exception relative au « petit lot » a été maintenue**. Cette exception est énoncée **à l'article 53 (5) de la loi**.
5. Dès lors que la valeur du marché public à passer est supérieure ou égale aux seuils européens, il convient encore de vérifier si le marché en question n'est pas visé par **une exclusion de l'application des règles du Livre II (Loi, art. 54 à 56)** ou un régime spécial lié à une **situation spécifique (Loi, art. 57 à 61)** (*c'est-à-dire : application du Livre II uniquement à certaines conditions*) :
- **Loi, art. 54.** Marchés passés dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.
  - **Loi, art. 55.** Exclusions spécifiques dans le domaine des communications électroniques.
  - **Loi, art. 56.** Exclusions spécifiques pour les **marchés de services**.
  
  - **Loi, art. 57.** Marchés subventionnés par les pouvoirs adjudicateurs (*application du Livre II uniquement à certaines conditions*).
  - **Loi, art. 58.** Services de recherche et de développement (*application du Livre II uniquement à certaines conditions*).
  - **Loi, art. 59 - 61.** Marchés comportant des aspects ayant trait à la défense ou à la sécurité (*application du Livre II uniquement à certaines conditions*).

## Aperçu n°1 : Situations constituant une exclusion ou étant spécifiquement règlementée

| Loi de 2009 (abrogée) :   | Nouvelle loi de 2018 – les changements :  |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>L.2009, art. 26.</b><br/>exclusion pour les marchés passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ;</li> <br/> <li>• <b>L. .2009, art. 27</b><br/>exclusion pour les marchés passés dans le domaine des télécommunications ;</li> <br/> <li>• <b>L. .2009, art. 28</b><br/>exclusion pour les marchés secrets ou exigeant des mesures particulières de sécurité ;</li> <br/> <li>• <b>L. .2009, art. 29 (et art. 24 et 25)</b><br/>exclusion pour les marchés passés en vertu de règles internationales (et secteur de la défense)</li> <br/> <li>• <b>L. .2009, art. 30</b><br/>exclusion pour certains marchés de services</li> <br/> <li>• <b>L. .2009, art. 32</b><br/>exclusion de marchés de services attribués sur base d'un droit exclusif</li> <br/> <li>• <b>L. 2009, art. 22 /art. 30</b><br/>conditions d'application du Livre II aux « <u>marchés subventionnés</u> » et les « <u>services de recherche et de développement</u> »</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Loi, art. 54</b><br/>exclusion relative aux <u>marchés passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux</u> (régis par le Livre III) voit son champ d'application élargie à certains services connexes aux services postaux (<i>services financiers, électroniques, de philatélie ainsi que les services logistiques</i>)</li> <br/> <li>• <b>Loi, art. 55</b><br/>exclusion relative aux <u>marchés passés dans le domaine des « télécommunications »</u> voit son champ d'application élargi aux « <u>réseaux publics de communications</u> » et aux « <u>services de communications électroniques</u> ».</li> <br/> <li>• <b>Loi, art. 59, 60 et 61</b><br/>exclusion relative aux <u>marchés secrets ou exigeant des mesures particulières de sécurité</u> a été déplacée et intégrée dans un dispositif global relatif aux « <u>marchés comportant des aspects ayant trait à la défense ou à la sécurité</u> »</li> <br/> <li>• <b>Loi, art. 6 :</b><br/>exclusion des marchés passés en vertu de règles internationales - <i>cette règle est passée dans le Livre I<sup>er</sup>, également en ce qui concerne le secteur de la défense</i></li> <br/> <li>• <b>Loi, art. 56 :</b><br/>exclusions spécifiques pour certains <u>marchés de services</u> – cf. page suivante</li> <br/> <li>• <b>Loi, art. 7 :</b><br/><u>Droits exclusifs</u> : <i>cette règle est passée dans le Livre I<sup>er</sup>,</i></li> <br/> <li>• <b>Loi., art. 57 et 58</b><br/>conditions d'application du Livre II aux « <u>marchés subventionnés</u> » et aux « <u>services de recherche et de développement</u> ».</li> </ul> |

### Que faire lorsque les conditions visées à l'un des articles ci-avant, sont remplies ?

➔ **seul le Livre I<sup>er</sup> trouve à s'appliquer** à la passation de ces marchés, et non le Livre II, malgré le fait que leur valeur dépasse les seuils européens. Pour la passation de ces marchés publics, le recours à la **procédure négociée** est autorisé (Loi, art. 20 (5))

## **Aperçu n°2 : Remaniement du régime applicable aux services :**

### **a) Ancien régime (Loi de 2009, abrogée) :**

Distinction :

- Pour les marchés de services dépassant le seuil européen (144 000 EUR), le régime commun des règles de passation des marchés publics du Livre II s'appliquait pleinement, sauf lorsque les marchés étaient exclus, en application d'articles spécifiques dans la loi de 2009 (art. 26 à 30). Pour les marchés exclus, les dispositions du livre II ne trouvaient pas à s'appliquer et le Livre I est applicable;
- Régime simplifié pour les marchés de services repris dans l'annexe II B :
  - o il n'est pas nécessaire de respecter une procédure de passation de marché spécifique;
  - o la passation de ces marchés est uniquement soumise aux règles communes dans le domaine technique et à l'obligation de l'information de passation du marché ;
  - o pas d'obligation de publication d'un avis de marché.

### **b) Nouveau régime (2018)**

**Le régime simplifié qui concerne les services visés à l'annexe I** est devenu plus contraignant pour les marchés à partir d'un montant de 750.000 EUR, étant donné qu'il implique à présent des mesures de publicité (préalables et après la passation de marché) ainsi que le respect de règles de procédures.

Pour les services visés à l'annexe I mais qui n'atteignent pas le montant de 750.000 EUR, une nouvelle règle a été insérée dans le Livre I pour permettre aux acheteurs publics d'attribuer le marché concerné par la voie d'une procédure négociée (art. 20 (4)).

Les marchés qui ne sont pas visés à l'annexe I tombent dans le **régime commun** (applicabilité de toutes les règles du Livre II à partir du seuil de 144.000 EUR), sauf si la catégorie de service en question tombe dans le champ d'application des dispositions relatives aux **exclusions** (art. 56).

n.b. : la liste des services exclus en application de l'article 56 de la loi a été reformulée à certains égards et n'est donc plus identique à celle énoncée à l'article 30 de la loi du 25 juin 2009.  
**cf. tableau page suivante**

Pour les services exclus du Livre II en application de l'article 56 de la loi, une nouvelle règle a été insérée dans le Livre I, pour permettre aux acheteurs publics d'attribuer le marché concerné par la voie d'une procédure négociée (art. 20 (5)).

**n.b. : la liste des services exclus en application de l'article 56 de la loi a été reformulée à certains égards et n'est donc plus identique à celle énoncée à l'article 30 de la loi du 25 juin 2009.**

**Quels sont les services exclus du champ d'application du Livre II et visés par l'article 56 de la loi ?**

- l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou concernant des droits sur ces biens;
- l'achat, le développement, la production ou la coproduction de matériel de programmes destiné à des services de médias audiovisuels ou radiophoniques qui sont passés par des fournisseurs de services de médias audiovisuels ou radiophoniques, ni aux marchés concernant les temps de diffusion ou la fourniture de programmes qui sont attribués à des fournisseurs de services de médias audiovisuels ou radiophoniques.
- les services d'arbitrage et de conciliation;
- certains services juridiques en relation avec la représentation en justice et dans d'autres procédures, ainsi que d'autres services juridiques qui sont liés, même occasionnellement à l'exercice de la puissance publique;
- des services financiers liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers;
- des prêts, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers;
- les contrats d'emploi;
- les services de défense civile, de protection civile et de prévention des risques qui sont fournis par des organisations ou des associations à but non lucratif, excepté les services ambulanciers de transport de patients;
- les services publics de transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro;
- les services liés aux campagnes politiques, lorsqu'ils sont passés par un parti politique dans le cadre d'une campagne électorale.

**n.b. : les services visés par l'article 56 ne sont pas à confondre avec les services spécifiques visés par l'article 76 (services culturels, sociaux et de la santé) et qui permettent l'application du régime assoupli (Loi, art .77) dès lors que leur valeur dépasse un certain seuil (plus élevé, cf. ci-dessous), dès lors que ces services suscitent moins d'intérêt transnational (ou alors seulement à partir du moment où ils acquièrent une masse critique suffisante)**

**Quels sont ces services ? (cf. Annexe I de la loi)**

- Services sanitaires, sociaux et connexes ;
- Services administratifs, sociaux, éducatifs et culturels et soins de santé ;
- Services de sécurité sociale obligatoire ;
- Services de prestations ;
- Autres services communautaires, sociaux et personnels y compris services fournis par les syndicats, les organisations politiques, les associations de jeunes et autres services des organisations associatives ;
- Services religieux ;
- Services d'hôtellerie et de restauration ;
- Services juridiques dans la mesure où ils ne sont pas exclus en vertu de l'article 56, point d) ;
- Autres services administratifs et publics ;
- Prestations de services pour la collectivité ;
- Services liés à l'administration pénitentiaire, services de sécurité publique et de secours, dans la mesure où ils - ne sont pas exclus en vertu de l'article 10, point h) ;
- Services d'enquête et de sécurité ;
- Services internationaux [n° CPV...], Services postaux ; Services divers.

→ **Quel est le seuil applicable à ces services spécifiques ? 750.000 EUR (DIRECTIVE 2014/24, art. 4).**  
Il s'agit donc d'une exception au seuil de 144.000 EUR.

## B. LES PROCÉDURES

### 1. Les spécificités des règles applicables aux procédures dites « nationales »

Le régime du Livre I<sup>er</sup> (Loi et règlement grand-ducal) est applicable aux marchés dont la valeur se situe sous les seuils visés à l'article 52 (cf. explications sur les seuils et sur le calcul de la valeur estimée du marché aux pages ci-avant).

- **Désignation des procédures et des conditions de recours**

|   | Conditions de recours  | Déroulement                           | Délais                     |
|---|--|---------------------------------------|----------------------------|
| Procédure ouverte - <b>Loi. art. 2 (a)</b>                                    | toujours possible  | L. art. 2 (a) et 18                   | RGD, art. 46, 48 et 50     |
| Procédure restreinte avec avis de marché - <b>Loi. art. 2 (c)</b>             | L. art. 19   | L. art. 2 (c) et 19 (2)               | RGD, art. 46, 47, 48 et 50 |
| Procédure restreinte sans publication d'avis - <b>Loi. art. 2 (d)</b>         | L. art. 20 (1) ;<br>L. art. 20 (3).  | L. art. 20 (1), al. 1 <sup>er</sup> * | RGD, art. 46               |
| <i>Procédure négociée sans publication préalable</i> - <b>Loi. art. 2 (e)</b> | L. art. 20 (1),<br>L. art. 20 (2) ;<br>L. art. 20 (3) ;<br>L. art. 20 (4) ;<br>L. art. 20 (5) ;<br>L. art. 20 (6). | L. art. 20 (1), al. 2*                | RGD, art. 46               |

\* *non autrement réglementés. Dès lors que le marché à passer présente un caractère transfrontalier, les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, impliquant la transparence, doivent être respectés malgré le fait que la procédure de passation de ces marchés n'est pas réglementée. À cela s'ajoutent le respect des principes de reconnaissance mutuelle et de proportionnalité.*

- **Les marchés de travaux et de services « complémentaires »**

Dans le cadre de l'exécution de marchés de travaux ou de services, les pouvoirs adjudicateurs contraints de modifier leur commande initiale ne retrouvent plus les hypothèses dans lesquelles un tel marché complémentaire pourrait être autorisé parmi les cas de figure des procédures négociées, mais parmi les hypothèses dans lesquelles une modification du marché peut être autorisée. (L. Art. 43).

En ce qui concerne les marchés publics de fournitures, une commande complémentaire pourra toujours être traitée comme procédure négociée (L. Art 20 (1) h., L. Art 64 (3)).

- **Possibilités de recours contre les décisions :**

Il est rappelé qu'un délai de « *standstill* » de quinze jours au moins doit être respecté entre la réception de la notification de la décision d'adjudication au(x) soumissionnaire(s) non retenu(s) et la passation de la commande (contrat civil) (RGD ; art. 98) et qu'en vertu des règles sur la procédure administrative non contentieuse, l'absence d'indication des voies de recours empêche le délai de courir.

*n.b. Toutes les procédures sont concernées par cette obligation (en ce compris celles sans publication d'un avis de marché).*

## 2. Les spécificités des procédures du Livre II dites « européennes »

Le régime du Livre II (Loi et règlement grand-ducal) est applicable aux marchés dont la valeur est égale ou supérieure aux montants visés à l'article 52, et qui ne sont par ailleurs pas visés par une exclusion ou ne relèvent pas des dispositions relatives aux situations spécifiques.

- **Désignation des procédures et de leurs dénominations (L. art. 63. et L. art. 64)**

| Terminologie de la loi du 25 juin 2009              | Equivalence dans les nouvelles règles (2018)  |
|---|---|
| Procédure ouverte                                   | Procédure ouverte                             |
| Procédure restreinte                                | Procédure restreinte                          |
| Marché négocié avec publication d'un avis de marché | Procédure concurrentielle avec négociation    |
| Dialogue compétitif                                 | Dialogue compétitif                           |
| --  | Partenariat d'innovation                      |
| Marché négocié sans publication d'un avis de marché | Procédure négociée sans publication préalable |

*n.b.* Le partenariat d'innovation couvre, dans une seule procédure d'attribution, le marché de recherche et de développement ainsi que le marché de volumes commerciaux de produits finaux.

- **Conditions de recours aux procédures, détail du déroulement des procédures et délais (L., art. 62. à L. 69. + RGD, art. 164 à 188)**

| Dénomination des procédures (2018)                           | Conditions de recours**    | Déroulement***  | Délais****        |
|--|----------------------------|-----------------|-------------------|
| Procédure ouverte - L. art. 2 a)                             | toujours possible          | L. art. 65      | RGD, art. 164-167 |
| Procédure restreinte - L. art. 2 b)                          | toujours possible          | L. art. 66      | RGD, art. 168-174 |
| Procédure concurrentielle avec négociation - L. art. 2 f)    | L. art. 63 (2)             | L. art. 67      | RGD, art. 175-182 |
| Dialogue compétitif - L. art. 2 g)                           | L. art. 63 (2)             | L. art. 68      | RGD, art. 183-185 |
| Partenariat d'innovation - L. art. 69 (1)                    | L. art. 69 (1)             | L. art. 69 **** | RGD, art. 186-187 |
| Procédure négociée sans publication préalable - L. art. 2 e) | L. art. 63 (4), L. art. 64 | --*             | --*               |

\* non réglementés. Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, impliquant la transparence, doivent être respectés malgré le fait que la procédure de passation de ces marchés n'est pas réglementée. À cela s'ajoutent le respect des principes de reconnaissance mutuelle et de proportionnalité.

\*\* Les conditions de recours aux procédures impliquant une phase de négociation ont été élargies. **Une lecture attentive est conseillée.**

\*\*\* Les délais minimaux des procédures ont été raccourcis. Un tableau des délais peut être consulté sur le PORTAIL DES MARCHES PUBLICS : <http://www.marches.public.lu/fr/procedures/delais.html>

\*\*\*\* Les étapes des différentes procédures ont été précisées.

- **Principe 'divide or justify' – Division des marchés en lots (RGD, art. 154)**

Les pouvoirs adjudicateurs ont l'obligation d'examiner l'opportunité de procéder à une division du marché en lots. L'objectif est, ici encore, de favoriser l'accès aux PME.

En cas de décision de ne *pas* procéder à une division en lots, de matérialiser cet examen dans les documents de marché ou dans le rapport individuel, en précisant les raisons<sup>5</sup> pour lesquelles il n'a pas jugé opportun de diviser le marché en lots.

Pour le secteur du bâtiment, la version 10.1. des clauses contractuelles standardisées CRTI-B prévoient un espace, destiné à permettre au pouvoir adjudicateur d'indiquer les motifs.

Pour les marchés passés dans **d'autres secteurs**, il est impératif que les pouvoirs adjudicateurs veillent à prévoir un endroit à cet effet dans leurs documents de marché.

- **Obligation de justifier en cas d'exigence d'un chiffre d'affaires élevé (Loi, art. 30 (3), al. 2)**

Désormais, le chiffre d'affaires annuel minimal que les opérateurs économiques sont tenus de réaliser ne doit pas dépasser le double de la valeur estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés. L'objectif est de ne pas restreindre l'accès aux PME par des exigences trop sévères.

Pour les marchés qui relèvent du champ d'application du Livre II, le pouvoir adjudicateur indique les principales raisons justifiant une telle exigence dans les documents de marché ou dans le rapport individuel sur les procédures d'attribution de marchés.

Pour le secteur du bâtiment, la version 10.1. des clauses contractuelles standardisées CRTI-B prévoient un espace, destiné à permettre au pouvoir adjudicateur d'indiquer les motifs.

Pour les marchés passés dans **d'autres secteurs**, il est conseillé aux pouvoirs adjudicateurs de veiller à prévoir un endroit à cet effet dans leurs documents de marché afin de ne pas oublier de respecter cette obligation.

- **L'acceptation obligatoire du DUME en lieu et place *a priori* des moyens de preuve exigés (Loi, art. 72)**

Les pouvoirs adjudicateurs trouveront un **guide d'application** sur le PORTAIL DES MARCHES PUBLICS en annexe à la présente, ainsi que via le lien suivant : <http://www.marches.public.lu/fr/procedures/dossier-soumission/dume.html>

- **Possibilités de recours contre les décisions**

Pour les procédures relevant des Livres II et III, l'application de la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics reste de mise.

A cet égard, il est rappelé qu'un délai de « *standstill* » doit être respecté et qu'en vertu des règles sur la procédure administrative non contentieuse, l'absence d'indication des voies de recours empêche le délai de recours de 3 mois de courir.

*n.b. Toutes les procédures sont concernées par cette obligation (en ce compris celles sans publication d'un avis de marché).*

<sup>5</sup> Selon le considérant introductif (78 – 2<sup>e</sup> paragraphe) aux dispositions de la directive 2014/24/UE, « *Le pouvoir adjudicateur devrait avoir l'obligation d'examiner l'opportunité de diviser les marchés en lots tout en demeurant libre de prendre sa décision de façon autonome sur la base de tout motif qu'il juge pertinent, sans faire l'objet d'un contrôle administratif ou judiciaire. Lorsque le pouvoir adjudicateur décide qu'il ne serait pas indiqué de diviser le marché en lots, le rapport individuel ou les documents de marché devraient comporter une mention des principaux motifs justifiant son choix. À ce titre, le pouvoir adjudicateur pourrait par exemple faire valoir qu'il estime que cette division risquerait de restreindre la concurrence ou de rendre l'exécution du marché excessivement coûteuse ou difficile sur le plan technique ou que la nécessité de coordonner les contractants des différents lots pourrait compromettre gravement la bonne exécution du marché.* »

- **Obligation de publier un avis d'attribution (RGD, art. 158)**

Dans le cadre des procédures sans publication d'avis passées dans le cadre du Livre II (procédures européennes), un avis d'attribution doit être publié (RGD, art. 158).

*n.b. Toutes les procédures sont concernées par cette obligation (en ce compris celles sans publication d'un avis de marché).*

Il convient d'attirer l'attention des pouvoirs adjudicateurs sur le fait que le défaut de publication d'un avis d'attribution a pour conséquence de prolonger le délai dans lequel une procédure de référé contractuel<sup>6</sup> pourra être introduite devant le président du Tribunal d'arrondissement. En effet, ce délai passe de trente jours à partir de la publication de l'avis d'attribution à six mois à partir de la conclusion du contrat lorsque le pouvoir adjudicateur ne procède pas à ladite publication.<sup>7</sup>

- **Obligation de publier un avis de modification de marché (Loi, art. 43 et RGD, art. 159)**

En cas de modification d'un marché en cours d'exécution, la publication d'un avis de marché spécifique est rendue obligatoire par l'article 43 (1), *in fine*, de la loi dans certaines hypothèses. Les pouvoirs adjudicateurs se réfèrent à l'article 159 RGD pour les modalités de publication de cet avis spécifique.

## C. LES NOUVEAUTÉS APPLICABLES DE MANIÈRE GÉNÉRALE (LIVRES I ET II)

---

### 1. La « clause sociale horizontale »

---

Partant du principe que le non-respect du droit environnemental, social et du travail a pour effet de fausser la concurrence et de permettre le dumping social, l'obligation incombant aux opérateurs économiques de respecter ces droits et de les faire respecter par leurs partenaires et exécutants constitue la mise en œuvre des principes d'égalité et de non-discrimination.

Dès lors, l'obligation de respect du **droit environnemental, social et du travail** est érigé en principe général dans le cadre de la passation de marchés publics et se retrouve non seulement lors des phases de la procédure de passation (motifs d'exclusion, motif de non-attribution) mais aussi au niveau de son exécution (motif de résiliation).

Dans la nouvelle législation, la clause sociale horizontale se traduit aux endroits suivants :

- **Loi, art. 12** : affirmation du principe l'obligation dans le chef des opérateurs économiques de respecter et de faire respecter par toute personne agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit et par toute personne mettant du personnel à disposition pour l'exécution du marché les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail (**principes**)
- **Loi, art. 29 (3), a** : possibilité d'exclure un opérateur économique de la participation à un marché en cas de non-respect desdites obligations, établi par tout moyen de preuve (**motif d'exclusion facultatif - cf. point 2 ci-dessous**);

---

<sup>6</sup> Par opposition au référé précontractuel qui peut être introduit pendant le délai de « standstill », cf. art. 98 RGD

<sup>7</sup> cf. art 9 et 15 de la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matières de marchés publics. Il convient à cet égard de mentionner que le président du Tribunal d'arrondissement dispose notamment du pouvoir de déclarer un marché dépourvu d'effets.

- **Loi, art. 28 (1), al. 2** : Les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de ne pas attribuer un marché au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse lorsqu'ils ont établi que cette offre ne respecte pas les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail (*principes d'attribution*);
- **Loi, art. 38 (2), d)**: obligation de ne pas attribuer un marché au soumissionnaire ayant remis l'offre au moindre prix, lorsque les pouvoirs adjudicateurs ont établi que cette offre ne respecte pas les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail (*offre anormalement basse*) ;
- **RGD, art. 25, 102 et 105 (3)** : affirmation de l'obligation, dans le chef des opérateurs économiques, de se conformer aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail dans l'exécution des marchés publics, et de prendre les mesures appropriées pour que leurs sous-traitants s'y conforment également
- **Loi, art. 29 (4), art. 29 (7), art. 33 (1), in fine et RGD, art. 105** : obligation de contrôler les motifs d'exclusion facultatifs (cf. point 2 ci-dessous) dans le chef des sous-traitants et des « autres entités » auxquelles l'opérateur économique entend avoir recours (et possibilité de demander le remplacement des sous-traitants).

## 2. Motifs d'exclusion obligatoires et facultatifs (L. art. 29)

Aux motifs d'exclusion obligatoires s'ajoutent désormais les motifs d'exclusion facultatifs (L. art. 29.3). Ces derniers portent sur des hypothèses dans lesquelles le pouvoir adjudicateur pourra décider, au cas par cas, s'il exclue un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché public sans cependant en avoir l'obligation (au contraire des motifs d'exclusion obligatoires).

La vérification des motifs d'exclusion est obligatoire et perdure non seulement lors de la phase de passation du marché mais aussi (cf. art. 29 (4) – « **à tout moment de la procédure** »). En ce compris pour les **sous-traitants** (Loi, art. 29 (7) et RGD, art. 105), ainsi que pour les **autres entités**, aux capacités desquelles un soumissionnaire à recours en vertu de l'article 33 de la loi.

➔ Les pouvoirs adjudicateurs sont invités à retravailler leurs cahiers des charges afin de préciser quels moyens de preuve ils exigent à cet effet (conformément à l'article 31 de la loi).

*n.b. cela est particulièrement important dans le cadre du Livre I<sup>er</sup> ; en ce qui concerne le Livre II, l'utilisation du DUME permet de disposer d'une déclaration sur l'honneur des soumissionnaires, qui suffit à couvrir une grande partie de ces critères*

En cas d'application de la **sanction** de l'exclusion, le pouvoir adjudicateur est tenu de respecter la procédure administrative prévue par l'article 29 (6) de la loi, afin de permettre à l'opérateur économique de présenter ses observations. La saisine préalable de la Commission des Soumissions est requise en lorsque les motifs d'exclusion relèvent des hypothèses au paragraphe (3) (motifs d'exclusion facultatifs).

Tout opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations visées ci-dessus (motifs d'exclusion obligatoires et facultatifs) peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes, l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure de passation de marché. (*self-cleaning* – Loi, art. 29 (5)).

### 3. Critères de sélection qualitative – Conditions minima (L. art. 30 (5))

---

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer des critères de sélection qualitative relatifs à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, à la capacité économique et financière et aux capacités techniques et professionnelles.

Il est important, lors de l'établissement de tels critères, de ne pas perdre de vue que toutes les conditions exigées parmi les critères de sélection qualitative doivent être liées et proportionnées à l'objet du marché. **(Loi, art. 30 (1))**

Les critères de sélection qualitative peuvent être exprimés en tant que conditions de participation comportant des exigences de capacité minimales, c'est-à-dire que les opérateurs économiques sont tenus de rapporter la preuve qu'ils réalisent à titre d'exemple un chiffre d'annual minimal demandé. **(Loi, art 30 (5))**

Il est à préciser que la nouvelle législation (Loi, article 30 (3)) fixe une limite en faveur de la participation des petites et moyennes entreprises aux marchés publics en exigeant que le chiffre d'affaires annuel minimal que les opérateurs sont tenus de réaliser ne dépasse pas le double de la valeur estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés.

Actuellement, en application de la jurisprudence des juridictions administratives, le respect des conditions minima de participation doit être rapporté moyennant la fourniture des données exigées lors de la remise de l'offre.

Ainsi dans un **arrêt du 12 mai 2011 (n° 27702C du rôle, confirmant un jugement du Trib. adm., 13 déc. 2010, n° 26633 du rôle)**, la Cour administrative a retenu que : *« les conditions minimales de participation telles qu'inscrites à l'article 2.1.18 des clauses contractuelles particulières et les données manquantes ne s'inscrivent en l'occurrence point dans le cadre de la fourniture de données économiques, financières, techniques ou professionnelles, telles que généralement, cas de figure également vérifié en l'espèce, demandées à titre de renseignement par les pouvoirs adjudicateurs dans le cadre des clauses contractuelles générales, mais dans un cadre spécifique, à savoir celui des clauses contractuelles particulières fixant des conditions minima de participation à la soumission litigieuse précises tendant à voir garantir au pouvoir adjudicateur la bonne exécution des travaux exigés par le marché en question. Or, dans ce cadre particulier, les informations afférentes doivent obligatoirement faire partie intégrante de l'offre présentée et il ne saurait être admis qu'elles soient communiquées seulement après la prise de la décision ou que le soumissionnaire attende que le pouvoir adjudicateur les lui réclame. » Cet arrêt est régulièrement référencé par des décisions plus récentes (Trib. adm., 11 février 2015, n° 33802 du rôle ; Prés. ord. 13 mars 2017, n° 39150 du rôle ; Prés. Ord. 29 juin 2018, n°41273 du rôle)*

Il n'est cependant pas exclu que la jurisprudence évolue, vu notamment les possibilités offertes par l'emploi du DUME (cf. guide d'application sur le DUME, les dernières pages).

### 4. Recours aux capacités d'autres entités (L. art. 33)

---

L'article 33 (1) vient préciser les conditions dans lesquelles un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, avoir recours aux capacités d'autres entités (p.ex. une maison-mère ou un sous-traitant), quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces entités, en ce qui concerne les critères de sélection relatifs à la capacité économique et financière énoncés à l'article 30, paragraphe 3, et les critères de sélection relatifs aux capacités techniques et professionnelles, visés à l'article 30, paragraphe 4.

Ces conditions valent tant pour un soumissionnaire participant à une procédure à titre individuel, que pour un groupement d'opérateurs économiques (p.ex. une association momentanée).

L'article 33 (1) précise également les conditions dans lesquelles le pouvoir adjudicateur peut exiger que l'opérateur économique et les autres entités en question soient solidairement responsables de l'exécution du marché. Il conviendrait de veiller à ne pas exiger cette solidarité systématiquement et en particulier, de veiller à ce que d'éventuels sous-traitants ne soient visés par cette exigence que dans les cas particuliers où la solidarité est justifiée.

L'article 33 (2) dispose que dans certain cas, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même ou, si l'offre est soumise par un groupement d'opérateurs économiques, par un participant dudit groupement.

#### 5. Modification de marchés en cours d'exécution (L. art. 43)

---

L'article 43 – lui aussi tiré de la transposition de la directive 2014/24/UE – vient préciser les conditions dans lesquelles des modifications apportées à un marché en cours d'exécution n'imposent pas une nouvelle procédure de passation de marché, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui avait beaucoup évolué sur cette question avant l'adoption des nouvelles directives.

❖ Les cas dans lesquels il devrait être possible d'apporter au marché des modifications sans devoir recourir à une nouvelle procédure de passation de marché sont fixés aux paragraphes (1) et (2) de l'article 43 :

- dans l'un des cas prévus à l'art. 43 (1) :
  - a) lorsque les modifications, quelle que soit leur valeur monétaire, ont été prévues dans les documents de marchés initiaux, p.ex. clauses de révision du prix ou options claires, précises et univoques, qui ne changent pas la nature globale du marché ;
  - b) pour les travaux, services ou fournitures supplémentaires (aux conditions prévues par l'art. 43 (1) b)) ;
  - c) en cas de circonstances imprévisibles (aux conditions prévues par l'art. 43 (1) c)) ;
  - d) en cas de remplacement de l'adjudicataire (aux conditions prévues par l'art. 43 (1) d)) ;
  - e) lorsque les modifications ne sont pas substantielles (au sens de l'art. 43 (4))
  
- lorsqu'il s'agit d'une modification entraînant une **variation mineure** de la valeur du marché, et qui n'est pas susceptible de changer sa nature globale. Afin de garantir la sécurité juridique, **des seuils minimaux**, en dessous desquels une nouvelle procédure de passation de marché n'est *pas* nécessaire, ont été déterminés à l'art. 43 (2), suivant lequel la valeur de la modification doit être inférieure aux deux valeurs suivantes :
  - i. les seuils fixés à l'article 52 ; et
  - ii. 10 pour cent de la valeur du marché initial pour les marchés de services et de fournitures et 15 pour cent de la valeur du marché initial pour les marchés de travaux.

*n.b. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la valeur est déterminée sur la base de la valeur cumulée nette des modifications successives.*

❖ Des précisions sont apportées aux paragraphes (4) et (5) de l'article 43 notamment en ce qui concerne le concept de « modification substantielle ».

On peut retenir, en résumé, qu'il devrait s'avérer indispensable d'engager une nouvelle procédure de passation de marché lorsque des **modifications substantielles** sont apportées au marché initial, notamment en ce qui concerne l'étendue et le contenu des droits et obligations réciproques des parties, y compris l'attribution de droits de propriété intellectuelle. Ces modifications attestent l'intention des parties de renégocier les **conditions essentielles** du marché. C'est notamment le cas de conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale, auraient influé sur son issue ;

❖ Les formalités prévues au paragraphe (6) devront être respectées

### III. Augmenter le nombre de marchés publics « stratégiques »

La recherche et l'innovation, y compris l'éco-innovation et l'innovation sociale, comptent parmi les principaux moteurs de la croissance future et ont été placées au cœur de la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive. Les pouvoirs publics devraient faire le meilleur usage stratégique des marchés publics pour stimuler l'innovation.

L'acquisition de produits, travaux et services innovants joue un rôle essentiel dans **l'amélioration de l'efficacité et de la qualité des services publics** tout en permettant de faire face aux grands enjeux de société. Elle aide à parvenir à une utilisation optimale des deniers publics ainsi qu'à dégager de plus larges avantages économiques, environnementaux et sociétaux à travers les nouvelles idées générées, leur concrétisation sous la forme de produits et services innovants et, partant, la promotion d'une croissance économique durable.

#### 1. Favoriser la QUALITÉ des travaux, services et fournitures et certains bénéfiques « stratégiques » (au lieu du prix le plus bas)

Pour tenir compte de préoccupations sociales et environnementales (Loi, art. 12 (2)), notamment pas le biais de l'innovation, l'analyse par les pouvoirs adjudicateurs/entités adjudicatrices des possibilités offertes par les dispositions ci-dessous, s'imposent :

1. Les pouvoirs adjudicateurs/entités adjudicatrices ont d'abord la possibilité d'influer sur la qualité de leurs commandes **en définissant les caractéristiques des achats** qu'ils souhaitent obtenir dans leur cahier des charges, par le biais des dispositions suivantes :

|                                    |  |
|------------------------------------|--|
| Spécifications techniques          | Loi, art. 36 (2) ; RGD, art. 16 et l'Annexe IV |
| Labels                             | Loi, art. 36 (2) ; RGD, art. 17                |
| Rapports d'essais et certification | Loi, art. 36 (3) ; RGD, art. 18 et 21          |

Conformément à l'article 36(2) de la loi, à l'article 16 et à l'annexe IV du règlement grand-ducal, les spécifications techniques peuvent être formulées en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, ou par référence à des normes, notamment (voy. l'annexe IV).

Un label ou des rapports d'essais /certification peuvent être exigés<sup>8</sup>. L'article 36 de la loi doit être consulté afin de déterminer ce qui est acceptable à titre de preuve ou pas.

2. Les pouvoirs adjudicateur/entités adjudicatrices ont la possibilité de fixer des **conditions d'exécution particulières**, qui peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi

<sup>8</sup> Il convient de noter que le **label, le rapport d'essai et la certification** peuvent être exigés au titre des spécifications, des critères d'attribution ou des conditions particulières d'exécution.

|                                      |  |
|--------------------------------------|--|
| Conditions particulières d'exécution | RGD, art. 36 (2) et (3) ; RGD, art. 27 |
|--------------------------------------|--|

3. Les pouvoirs adjudicateur/entités adjudicatrices peuvent encore favoriser la qualité de leur commande en mettant les soumissionnaires en concurrence non seulement sur le prix, mais aussi sur d'autres facteurs, à l'aide de critères, qu'ils auront préalablement déterminés :

|                        |   |
|------------------------|---|
| Critères d'attribution | Loi, art. 35 (2), point c)                |
| Coût du cycle de vie   | Loi, art. 35 (2), point b) + Loi, art. 37 |

Dans le cadre de la loi du 25 juin 2009, le pouvoir adjudicateur avait le choix entre l'attribution du marché au soumissionnaire ayant remis soit l'offre économiquement la plus avantageuse (sur base de différents critères d'attribution en lien avec l'objet du marché tels la qualité, le prix, la valeur technique,...), soit l'offre au prix le plus bas.

A présent, l'attribution doit toujours être faite à l'offre économiquement la plus avantageuse. Cependant, l'expression « offre économiquement la plus avantageuse » revêt une signification différente de celle de la loi du 25 juin 2009. En effet, conformément à l'article 35 de la loi, l'offre économiquement la plus avantageuse pourra à présent être déterminée soit sur base de son prix, soit sur base du coût, selon une approche coût/efficacité (coût du cycle de vie, visé à l'art. 37), soit sur base du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères d'attribution, comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux, à la condition que ceux-ci soient **liés à l'objet du marché**, conformément à l'article 35 (3) de la loi<sup>9</sup>.

Des **exemples de critères d'attribution** sont énumérés à l'article 35 (2), c) de la loi. Une nouveauté est que parmi les critères d'attribution peuvent figurer l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel affecté à l'exécution du marché si la qualité de celui-ci peut avoir « *une influence significative sur le niveau d'exécution du marché* ».<sup>10</sup>

Il convient bien entendu de préciser le mode d'attribution dans les documents de marché.

4. Enfin, dans le cadre des procédures européennes, les pouvoirs adjudicateurs/entités adjudicatrices ont encore la possibilité d'influer sur la qualité de la commande par le **choix d'une procédure impliquant des négociations** afin de permettre d'apporter des solutions plus appropriées face à des objectifs plus complexes :

|                          |              |
|--------------------------|--------------|
| Dialogue compétitif      | Loi, art. 68 |
| Partenariat d'innovation | Loi, art. 69 |

5. Dans l'hypothèse où un **regroupement** des achats serait indiqué (aux fins de l'obtention d'un meilleur prix ou de meilleures conditions), les précisions apportées par de nouvelles dispositions permettent d'adresser des situations qui peuvent s'avérer intéressantes pour certains domaines en particulier. Il s'agit :

- Les accords-cadres (**Loi, art. 22**) ;
- Les centrales d'achat (**Loi, art. 23**) ;
- La passation conjointe occasionnelle (**Loi, art. 24**) ;

<sup>9</sup> Conformément à l'article 35 (3) de la loi, les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans :

- a) le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services ; ou
- b) un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel.

<sup>10</sup> Il convient de bien veiller à ne pas formuler les critères d'attribution (liés à l'objet du marché) de manière à ce qu'ils s'apparentent à des **critères de sélection** (liés à l'aptitude et à la capacité des opérateurs économiques), au sens de l'article 30 de la loi.

- Les marchés transfrontaliers (**Loi, art. 25**)

## **2. Marchés réservés à des ateliers protégés (Loi, art. 15)**

---

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées, ou prévoir l'exécution de ces marchés dans le contexte de programmes d'emplois protégés, à condition qu'au moins 30 pour cent du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés.

## **3. L'accès des PME aux marchés publics**

---

**1.** Les pouvoirs adjudicateurs devraient en particulier être encouragés à diviser en lots les marchés importants. Cette division pourrait se faire sur une base quantitative, en faisant mieux correspondre la taille des différents marchés à la capacité des PME, ou sur une base qualitative, en fonction des différentes branches d'activité et spécialisations concernées, afin d'adapter plus étroitement le contenu de chaque marché aux secteurs de spécialisation des PME, ou selon les différentes phases successives du projet.

La division des marchés en lots n'est pas obligatoire. Ainsi, le recours à l'entreprise générale reste permis, à titre exceptionnel. Mais les pouvoirs adjudicateurs ont l'obligation d'examiner l'opportunité de diviser leurs marchés en lots. Dans le cadre d'une procédure européenne, les pouvoirs adjudicateurs ont l'obligation de motiver leur décision de ne *pas* diviser les marchés en lots (cf. art. 154 de la loi, et pp. 11-12 de la présente circulaire).

**2.** Les pouvoirs adjudicateurs devraient par ailleurs veiller à ne pas exiger un chiffre d'affaires hors de proportion avec l'objet du marché. (cf. art. 30 de la loi, et p. 12 de la présente circulaire).

**3.** Les pouvoirs adjudicateurs devraient dans la mesure du possible faciliter la tâche aux petites et moyennes entreprises, notamment en veillant à la clarté de leurs documents de marché, et en préconfigurant le DUME (cf. guide d'application sur le DUME, annexé).

## IV. La Gouvernance des marchés publics (Livre IV de la loi)

### A. La Commission des soumissions (Loi, art. 159 / RGD, art. 262-269)

Conformément à l'article 159 (3) de la loi, la Commission des soumissions doit obligatoirement être saisie en cas de recours à une procédure restreinte sans publication d'avis ou à une procédure négociée sans publication préalable pour un marché dont la valeur est estimée à pour un marché estimé, hors TVA, à plus de 50.000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948, adapté conformément à l'article 160 (c'est-à-dire concrètement 425.655 EUR, au 20 avril 2018)

La Commission des soumissions doit encore obligatoirement être saisie dans les cas suivants :

- Renonciation (Loi, art 39 (2))
- Annulation d'une mise en adjudication si les offres remises ne sont pas satisfaisantes (Loi, art 39 (3))
- Exclusion facultative (Loi, art 29 (3) et 29 6))
- Résiliation (Loi, art. 44)

Il est rappelé que le **service administratif** de la Commission des soumissions fonctionne comme organe d'information :

| Service administratif de la Commission des soumissions |  |
|--|--|
| M. Claude Pauly – Tél. 247 83351                       | M. Philippe Keiser – Tél. 247 83324  |
| Mme Véronique Wiot – Tél. 247 83331                    | e-mail: <a href="mailto:Commission.soumissions@tp.etat.lu">Commission.soumissions@tp.etat.lu</a> |

### B. Digitalisation (obligatoire – 18.10.2018 - procédures européennes)

A compter du 18 octobre 2018, pour les procédures européennes, la passation des procédures de marchés publics et toutes les communications devront obligatoirement se faire de manière électronique (RGD, art 196 et art. 275). Sont notamment concernés :

- la mise à disposition du dossier de soumission ;
- les questions/réponses avant l'ouverture des offres ;
- la remise des offres
- l'ouverture des offres.

Toutes les prédites opérations se feront via le PORTAIL DES MARCHES PUBLICS, sur lequel les avis de marché sont actuellement déjà publiés de manière électronique, et par le biais duquel il est d'ores et déjà possible d'organiser la remise des offres de manière électronique.

**En d'autres termes, pour les procédures européennes, les opérations telles que la remise d'un dossier 'physique' et une ouverture des offres 'papier' ne seront plus autorisées à compter du 18 octobre 2018.**

Les pouvoirs adjudicateurs trouveront un **guide** (Newsletter 01/2018) sur le PORTAIL DES MARCHES PUBLICS en annexe à la présente, ainsi que via le lien suivant : <http://www.marches.public.lu/fr/agent.html>.

**L'équipe du PORTAIL DES MARCHES PUBLICS**, dont les coordonnées figurent dans le tableau ci-dessous, se tient à la disposition des agents et des opérateurs économiques pour toute question :

| PORTAIL DES MARCHES PUBLICS  |   |
|--|---|
| M. Marc Nosbusch et son équipe<br>Tél. assistance: 247 83355<br>e-mail: <a href="mailto:info@marches.public.lu">info@marches.public.lu</a> | <a href="http://www.marches.public.lu/fr.html">http://www.marches.public.lu/fr.html</a> (partie informationnelle)<br><a href="http://www.pmp.lu">www.pmp.lu</a> (offres, accès au DUME, etc.) |

## C. Rapport de Gouvernance

En application de l'article 261 du RGD, le Département des Travaux publics a la charge de présenter à la Commission européenne, tous les trois ans, un rapport de gouvernance. Cette obligation provient des directives sur les marchés publics.

Il ne s'agit plus seulement de fournir des données statistiques quant à l'envergure quantitative des marchés publics, mais également de fournir ces données en ce qui concerne l'aspect qualitatif (c'est-à-dire pour les « achats stratégiques »). L'aspect qualitatif a notamment trait à l'aspect social, environnemental, l'implication des petites et moyennes entreprises dans les marchés publics, ainsi que les possibilités de contrôle et de recours en matière de marchés publics.

Les pouvoirs adjudicateurs, entités adjudicatrices et instances de contrôle ont l'obligation de transmettre au Département des Travaux publics, annuellement et par écrit, les informations nécessaires à la préparation de ce rapport, et ce, en fonction de leurs domaines de compétence respectifs (RGD, art. 261 (4)).

Les pouvoirs adjudicateurs, entités adjudicatrices et entités de contrôle sont dès lors invités à s'organiser afin d'être en mesure de présenter ces données au terme de chaque année (1<sup>er</sup> février de chaque année subséquente).

→ Les tableaux devant servir à la présentation structurée des données figurent en annexe à la présente

Les pouvoirs adjudicateurs, entités adjudicatrices et entités de contrôle livreront également des informations au sujet des questions suivantes :

- a) le résultat des opérations de contrôle (*n.b.* ceci concerne les organes de contrôle);
- b) le cas échéant, des informations sur les causes les plus fréquentes de mauvaise application des règles ou d'insécurité juridique, y compris d'éventuels problèmes structurels ou récurrents dans l'application des règles, sur le niveau de participation des PME aux procédures de passation des marchés publics ainsi que sur la prévention, la détection et le signalement adéquat des cas de fraude, de corruption, de conflit d'intérêts et d'autres irrégularités graves dans le cadre de la passation de marchés.

Prière de bien vouloir continuer la présente circulaire à **vos administrations, établissements publics et autres pouvoirs adjudicateurs** qui dépendent d'une manière ou d'une autre de vos administrations.

Prière de bien vouloir donner instructions à ces pouvoirs adjudicateurs de se préparer à la **passation électronique**, obligatoire à partir du 18 octobre 2018.

Prière, enfin, de bien vouloir donner instruction à ces pouvoirs adjudicateurs de s'organiser de manière à être en mesure de livrer, chaque année, les données nécessaires à la rédaction du **rapport de gouvernance**.



**François Bausch**  
Ministre du Développement durable  
et des Infrastructures

## ANNEXES

1. LES ANNEXES DES DIRECTIVES NON INTEGRÉES DANS LES TEXTES NATIONAUX
2. TABLEAUX DE CONCORDANCE DES ARTICLES AVEC LES TEXTES DE 2009 (Version provisoire des tableaux relatifs au Livre I<sup>er</sup> de la loi et du règlement grand-ducal)
3. LES TABLEAUX DE COLLECTE DES DONNÉES (EN VUE DE LA RÉDACTION DU RAPPORT DE GOUVERNANCE)
4. NEWSLETTER 01/2018 SUR LA REMISE ET L'OUVERTURE ÉLECTRONIQUE DES OFFRES (Guide à l'attention des pouvoirs adjudicateurs devant procéder à l'ouverture électronique des offres)
5. GUIDE D'APPLICATION RELATIF AU DUME (DOCUMENT UNIQUE DE MARCHÉ EUROPÉEN) - (Guide à l'attention des pouvoirs adjudicateurs, des entités adjudicatrices et des opérateurs économiques)