

Lettre circulaire aux départements ministériels

Circulaire relative à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics suivant le règlement grand-ducal modifié du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics.

Le règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics (ci-après : *le règlement du 27 août 2013*) va être modifié par le règlement grand-ducal du 25 janvier 2019, qui devrait très prochainement être publié dans le Journal officiel.¹

Des changements étaient nécessaires pour adapter ce règlement aux obligations énoncées par la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics (ci-après : *la loi sur les marchés publics*) et son règlement grand-ducal d'exécution du 8 avril 2018 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics (ci-après : *le règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics*), ainsi qu'aux obligations en matière de protection des données à caractère personnel. Par ailleurs, il a encore été jugé approprié de tenir compte du retour d'expérience de l'utilisation du portail des marchés publics (ci-après : *le Portail*) pour intégrer des modifications destinées à faciliter la remise électronique des offres.

La présente a pour objet de mettre en exergue les principales nouveautés en ce qui concerne l'utilisation des moyens électroniques.²

Il convient de noter que les modifications s'appliqueront à toute nouvelle procédure de passation de marché initiée après l'entrée en vigueur du règlement modifié du 27 août 2013.

¹ L'intitulé exact du règlement grand-ducal du 25 janvier 2019 est le suivant : « *Règlement grand-ducal portant modification : 1° du règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics modifiant le règlement grand-ducal modifié du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale du 13 décembre 1988 ;*

2° du règlement grand-ducal d'exécution de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics »

² En effet, les modifications apportées ne se rapportent pas toutes à l'utilisation des moyens électroniques. Ainsi, il a encore été jugé souhaitable de profiter de la nécessaire procédure réglementaire (engagée dans l'intérêt de l'utilisation des moyens électroniques) pour corriger certaines erreurs matérielles. Il est notamment question des articles 90, 105 §3, 162 §2, 257 §1^{er}, et du Titre IV du règlement d'exécution. Par ailleurs, afin de ne pas laisser subsister sans raison deux régimes distincts entre le livre I et le livre II, les règles relatives à la mise en adjudication, qui avaient été reprises des précédentes législations, ont été abrogées. Sont concernées, d'une part, les dispositions relatives à l'exigence d'un engagement solidaire systématique pour les offres collectives (voy. art. 56 - cette exigence reste possible, mais ne demeure plus la règle) et d'autre part, celles relatives à la division des marchés en lots (voy. art. 2. al. 2 à 6 : le principe étant dorénavant que les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider d'attribuer un marché sous la forme de lots distincts, dont ils sont libres de déterminer la taille et l'objet).

1. Pour les procédures relevant des livres II et III de la législation sur les marchés publics, la remise d'une offre ou les communications sur support physique (« papier »), n'est plus permise que dans des cas exceptionnels.³

i. La situation depuis le 18 octobre 2018

Conformément aux articles 196 et 241 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics, toutes les communications et tous les échanges d'informations doivent exclusivement être réalisés par des moyens de communication électroniques.⁴

Cette obligation implique notamment que la remise de manière électronique des offres est obligatoire pour les marchés relevant des livres II et III. Suivant l'article 270 du règlement précité et suivant l'article 10 du règlement du 27 août 2013, tel que modifié, la remise électronique des offres se fait par le biais du Portail.

ii. Les adaptations nécessaires du règlement grand-ducal d'exécution de la loi sur les marchés publics (apportées par le règlement modifié du 27 août 2013)

Plusieurs dispositions ont été adaptées :

- afin que le courrier classique, qu'il soit recommandé ou non, puisse être remplacé, en fonction des cas de figure, par une communication via le Portail, lorsque des moyens électronique sont utilisés ;⁵
- qu'il ne soit notamment plus obligatoire d'organiser une séance d'ouverture des offres en cas de remise électronique⁶.

³ Ces obligations résultent de la loi sur les marchés publics et de son règlement d'exécution. Compte tenu des dispositions transitoires, elles sont applicables à toute nouvelle procédure de passage de marché initiée à compter du 18 octobre 2018. Le règlement modifié du 27 août 2013 a été adapté pour tenir compte de ces changements.

⁴ Excepté dans les cas prévus aux articles 197 et 242 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics.

⁵ Sont visés les articles suivants du règlement grand-ducal d'exécution de la loi sur les marchés publics:

- a. Article 39 relatif à la possibilité conférée aux soumissionnaires de signaler des ambiguïtés, des erreurs ou des omissions dans les dossiers de soumission
- b. Article 47 relatif aux notifications à opérer dans le cadre de procédures restreintes avec publication d'avis
- c. Article 51 relatif aux réclamations introduites par les soumissionnaires concernant des dossiers de soumission
- d. Article 54 relatif aux renseignements supplémentaires par les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices aux soumissionnaires
- e. Article 78 conférant aux soumissionnaires la possibilité de demander copie du procès-verbal de la séance d'ouverture des soumissions
- f. Article 86 qui s'applique quand les offres sont à égalité de prix et dès lors qu'il s'agit de solliciter un nouveau prix
- g. Article 89 relatif à la demande de justification de prix
- h. Article 97 relatif à l'information à donner à l'adjudicataire que le marché lui a été attribué.

⁶ Voyez l'article 17 (1), tel que modifié, qui prévoit : « (1) L'article 55, paragraphe 2, l'article 30, paragraphe 2, dernière phrase, et les articles 69, 70, 71, 73, 74, 76 et 77 [du règlement grand-ducal d'exécution de la loi sur les marchés publics] ne s'appliquent pas (...). »

- iii. Incidences en matière de délai de standstill (Loi du 10 novembre 2010 relative aux recours en matière de marchés publics et d'attribution de contrats de concession, art. 5)

Il doit être rappelé que l'utilisation des moyens de communication électroniques permet de ramener le délai de *standstill* à 10 jours (+1) pour les procédures relevant des livres II et III.⁷

2. Pour les procédures relevant du livre I et pour les concessions, le pouvoir adjudicateur peut décider de permettre la remise électronique des offres et des demandes de participation.

- i. L'obligation d'utiliser les moyens électroniques ne s'applique pas

Les dispositions des articles 196 et 241 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics ne s'appliquent *pas* aux procédures de passation relevant du livre I, ni aux procédures d'attribution des contrats de concessions⁸.

Pour les procédures relevant du livre I et pour les concessions, la « règle » demeure la remise de l'offre sur support physique / papier.

- ii. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir la possibilité de la remise électronique mais ne peuvent pas l'imposer

L'article 11 du règlement du 27 août 2013 a néanmoins été modifié de sorte à donner la possibilité aux pouvoirs adjudicateurs – pour les marchés publics régis par les dispositions du livre I et pour les concessions – de déroger à la règle du support physique, et de prescrire que les offres et les demandes de participation « peuvent exclusivement » être remises de manière électronique (pour reprendre exactement les termes du règlement).

En d'autres termes, si le pouvoir adjudicateur prévoit cette possibilité, cela signifie que le soumissionnaire pourra faire le choix de remettre son offre électroniquement uniquement, et le pouvoir adjudicateur ne pourra pas reprocher à un soumissionnaire de ne pas avoir livré de support papier.

Le choix du pouvoir adjudicateur doit cependant être clairement indiqué dans l'avis de marché ou dans l'avis de concession.

⁷ Art.5. « La conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché relevant du champ d'application des livres II et III de la loi sur les marchés publics ou du champ d'application de la loi du 26 décembre 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité ou de la loi sur l'attribution de contrats de concession ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés. (...)».

⁸ Les procédures d'attribution des contrats de concessions sont régies par la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution de contrats de concession et par son règlement grand-ducal d'exécution du 3 juillet 2018. Seule la mise à disposition des documents de concession par la voie électronique est exigée (excepté dans certaines hypothèses, prévues à l'article 33 de la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution de contrats de concession).

- iii. Un soumissionnaire qui choisit la remise électronique ne pourra pas cumuler cette remise avec une version sur support physique (papier), sauf à remettre une « copie de sauvegarde », conformément à l'article 15 (2)

Aux termes des articles 11⁹ et 15¹⁰, tels que modifiés, un même opérateur économique ne devrait, en principe, *pas* être autorisé à remettre son offre *tant* sur support physique *que* de manière électronique - à moins que le support physique respecte les dispositions de l'article 15 (2) relatives à la « copie de sauvegarde »¹¹.

- iv. Le choix, par le soumissionnaire, de la remise électronique aura des conséquences sur l'entièreté du déroulement de la procédure

Lorsqu'un opérateur fait le choix de la remise électronique, les étapes relatives au déroulement de la procédure et toutes les communications devront également être effectuées par le biais du Portail.

- v. Incidence en matière de délai de *standstill* (uniquement pour les concessions)

Dans la mesure où l'article 5 de la loi du 10 novembre 2010 relative aux recours en matière de marchés publics et d'attribution de contrats de concession ne s'applique pas aux procédures de passation de marchés publics relevant du livre I, l'utilisation de moyens de communication électronique pour la communication de la décision de rejet / d'attribution, n'a **aucune incidence** sur le délai de *standstill*.¹²

Par contre, pour les procédures d'attribution de contrats de concession, l'utilisation des moyens de communication électroniques permet de ramener le délai de *standstill* à 10 jours (+1).¹³

⁹ L'article 11 emploie les termes « exclusivement ».

¹⁰ L'article 15(2) n'envisage la remise sur support « physique » qu'à titre de copie de sauvegarde.

¹¹ (voyez à ce sujet, les explications au point 3 ci-dessous)

¹² Conformément à l'article 98 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018, le délai de *standstill* est de 15 jours à compter de l'information donnée aux concurrents, en application de l'article 97 (2) du même règlement.

¹³ **Art.5.** « La conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché relevant du champ d'application des livres II et III de la loi sur les marchés publics ou du champ d'application de la loi du 26 décembre 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité ou de la loi sur l'attribution de contrats de concession ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés. (...) ».

3. Les règles particulières applicables à la « copie de sauvegarde ».

L'article 15 (2) du règlement modifié du 27 août 2013 prévoit la possibilité pour les opérateurs économiques de remettre les offres sur support physique, à titre de copie de sauvegarde.

Pour que celle-ci soit valable, elle doit être spécialement identifiée par l'apposition d'une mention « copie de sauvegarde » et avoir été remise dans les délais prévus, conformément aux dispositions du règlement grand-ducal d'exécution de la loi sur les marchés publics.

Une copie de sauvegarde sera uniquement ouverte si l'opérateur économique a accompli les diligences pour remettre l'offre par le biais du Portail et qu'il se trouve dans les cas de figure envisagés, à savoir :

- a) les documents transmis au moyen du Portail sont endommagés ou corrompus, en particulier lorsqu'un programme informatique malveillant est détecté lors de la séance d'ouverture dans les documents transmis par voie électronique, la trace du problème technique étant conservée ;
- b) une demande de participation ou une offre a été transmise au moyen du Portail et n'a pu être ouverte, sous réserve que la copie de sauvegarde soit parvenue dans les délais.

Il est ainsi précisé que la remise d'une copie de sauvegarde ne se substitue pas à la remise d'une offre de manière électronique par le Portail. Il faut bien que l'opérateur économique puisse démontrer qu'il a accompli toutes les diligences pour remettre l'offre de manière électronique, mais qu'il se trouve dans une des deux hypothèses citées sous a) et b).

4. Une séance d'ouverture des offres ne doit plus nécessairement être organisée dans le cadre des procédures relevant des livres II et III (mais demeure conseillée pour les « copies de sauvegarde »).

- Une fois le délai pour la remise des offres écoulé, les offres peuvent être ouvertes sans qu'il soit obligatoire d'organiser une séance.

L'article 17 du règlement du 27 août 2013, tel que modifié, dispose à présent que les articles du règlement grand-ducal d'exécution de la loi sur les marchés publics relatifs à la séance d'ouverture des offres ne sont pas d'application en cas de remise électronique. En d'autres termes, pour les procédures relevant des livres II et III, il n'est plus requis d'organiser une « séance » d'ouverture des offres.¹⁴

Pour les procédures (ouvertes et restreintes) relevant des livres II et III, il conviendra de penser à adapter le texte des avis de marché à publier en conséquence.¹⁵

¹⁴ Afin de tenir compte des particularités relatives aux « copies de sauvegarde », il pourrait être conseillé de maintenir une séance d'ouverture des offres pour le cas où des copies de sauvegarde seraient remises (voyez le point 3 à ce sujet).

¹⁵ Aux termes de l'article 45 (3) du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs indiquent dans l'avis de marché, « les lieux, dates et heures de l'ouverture des soumissions ».

- Mise à disposition du procès-verbal d'ouverture des soumissions

Conformément à l'article 78 du règlement grand-ducal d'exécution de la loi sur les marchés publics, les soumissionnaires pourront solliciter une copie du procès-verbal d'ouverture des soumissions.¹⁶

- Organisation d'une séance spécifiquement dédiée à l'ouverture des copies de sauvegarde

Afin de pouvoir retracer que la ou les copies de sauvegarde ont bien été remises dans les délais prévus, et malgré ce qui vient d'être exposé, l'idéal serait toutefois de maintenir (pour les procédures relevant des livres II et III) l'organisation d'une séance d'ouverture des « *copies de sauvegarde* » et de dresser un procès-verbal d'ouverture des soumissions, daté et signé.

Pour cela, l'organisation de cette séance d'ouverture des offres devra préalablement être annoncée dans l'avis de marché (en application de l'article 45 (3) du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics).

Dans la mesure où il s'agit d'une séance d'ouverture volontaire (étant donné qu'elle n'est plus obligatoire, vu la teneur de l'article 17 précité), rien n'interdit au pouvoir adjudicateur / l'entité adjudicatrice de prévoir (dans l'avis de marché) :

- qu'elle n'aura lieu que pour autant que des copies de sauvegarde aient été remises, et
- qu'elle soit exclusivement dédiée à l'ouverture des copies de sauvegarde.

A cet égard, il est rappelé que depuis l'entrée en vigueur du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics, la date de remise des offres ne doit plus forcément concorder avec la date d'ouverture des offres.¹⁷

Cette solution n'est cependant pas à préconiser pour les procédures relevant du livre I.¹⁸

5. Seules les offres doivent comporter une signature électronique.

L'article 13 du règlement modifié du 27 août 2013 précise que seules les offres doivent être munies d'une signature électronique. Il n'est pas requis que les demandes de participation ou d'autres documents soient pourvus d'une signature électronique.

¹⁶ Évidemment, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice pourront également transmettre spontanément au soumissionnaires par le biais du Portail une copie du procès-verbal d'ouverture des soumissions.

¹⁷ Voyez les articles 72 et 73 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics.

¹⁸ Une séance d'ouverture des offres demeure indispensable dans le cadre des procédures relevant du livre I, si l'on considère que le règlement grand-ducal modifié du 27 août 2013 ne permet pas d'interdire la remise sur support « papier ». Il paraît toutefois possible que l'avis de marché énonce 1) la date de la séance d'ouverture des offres et 2) précise que « *la séance d'ouverture des offres n'aura pas lieu si les seules offres remises l'ont été par le biais du Portail et qu'aucune copie de sauvegarde n'a par ailleurs été remise* ».

6. En cas de remise électronique, seule l'offre ou la demande de participation remise le plus récemment est prise en considération.

L'article 16 du règlement modifié grand-ducal du 27 août 2013, relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics, prévoit qu'en cas de remise électronique, l'offre ou la demande de participation remise le plus récemment est prise en considération.

7. Tableau synoptique :

	Livre I	Livres II et III	Concessions
La remise électronique des offres est-elle obligatoire ?	non <i>(mais autorisable → cf. p. 3)</i>	oui	non <i>(mais autorisable → cf. p. 3)</i>
Une offre sur support physique peut-elle encore être remise ?	oui	non	oui
La tenue d'une séance d'ouverture des offres est-elle obligatoire ?	oui	non <i>(mais conseillée pour les copies de sauvegarde → cf. p. 5)</i>	non
En cas de remise électronique, y a-t-il une incidence sur le délai de <i>standstill</i> ?	non <i>(15j à compter de la <u>réception</u>)</i>	oui <i>(devient 1+10 j. à c. <u>envoi</u>)</i>	oui <i>(devient 1+10 j. à c. <u>envoi</u>)</i>

8. Informations à caractère technique :

Il est rappelé que des informations à caractère technique sont mis à disposition sur le Portail. Il y a notamment lieu de consulter :

- Le guide à l'attention des pouvoirs adjudicateurs / entités adjudicatrices (partie « agent » du Portail) :
<https://marches.public.lu/fr/agent/remise-ouverture-electronique.html>
- Le guide à l'attention des entreprises :
<https://marches.public.lu/fr/procedures/dematerialisation.html>

Les opérateurs économiques peuvent désormais créer des comptes (authentification) sur le Portail avec un mécanisme simple de type nom utilisateur / mot de passe, à côté de l'authentification par LUXTRUST, eID luxembourgeois ou eIDAS.

Il convient cependant de rappeler que la signature électronique **des offres** avec un certificat LUXTRUST (*smartcard, signing stick USB, eID*) ou un « certificat qualifié européen » reconnu (issu de la Trusted List de la Commission européenne : <https://webgate.ec.europa.eu/tl-browser>) est obligatoire.



François Bausch

**Ministre de la Mobilité
et des Travaux publics**