

PROJET DE LOI SUR LES MARCHES PUBLICS

COMMENTAIRE DES ARTICLES

LIVRE I^{er} - DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Titre I^{er} - OBJET, DÉFINITIONS ET CHAMP D'APPLICATION

CHAPITRE I^{er} - OBJET ET CHAMP D'APPLICATION

Art. 1^{er}. Objet et champ d'application

Comme ce fut déjà le cas pour les versions précédentes de la loi sur les marchés publics, le projet de loi est subdivisé en plusieurs « Livres », dont le champ d'application est à chaque fois défini.

Le champ d'application du Livre I demeure inchangé par rapport à la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics (ci-après : « *la loi modifiée du 25 juin 2009* » ou « *la législation de 2009* »). Le principe demeure le même : tant que les Livres II et III, qui contiennent exclusivement des règles transposées de directives européennes, ne prévoient pas de dispositions spécifiques, le Livre I trouve à s'appliquer aux acheteurs publics qui sont des pouvoirs adjudicateurs.

Une partie du texte énoncé à l'article 1^{er} est reprise de celle qui figurait à l'article 1^{er} de la loi modifiée du 25 juin 2009. Il s'agit du premier alinéa du premier paragraphe, qui définit le champ d'application de Livre I. Le deuxième paragraphe de l'article 1^{er} reprend le texte qui avait été inséré au moment de l'entrée en vigueur de la loi du 26 décembre 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité, loi qui porte transposition de la directive 2009/81/CE.

Y ont été ajoutées les précisions énoncées par l'article 1^{er} de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics (ci-après : « *la directive 2014/24* »). La notion de « passation d'un marché », qui figure dans le titre même de la directive, a été insérée au paragraphe 1^{er}, alinéa 2.

Tel que cela résulte des considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 4), « *Les formes de plus en plus diverses que prend l'action publique ont rendu nécessaire de définir plus clairement la notion même de marché public. Cette clarification ne devrait toutefois pas élargir le champ d'application de la présente directive par rapport à celui de la directive 2004/18/CE. Les règles de l'Union relatives à la passation des marchés publics ne sont pas destinées à couvrir toutes les formes de dépenses de fonds publics, mais uniquement celles qui visent l'acquisition de travaux, de fournitures ou de services à titre onéreux au moyen d'un marché public. Il convient de préciser que ces acquisitions de travaux, de fournitures ou de services devraient relever de la présente directive, qu'elles soient réalisées au moyen d'un achat, d'un crédit-bail ou d'autres formes contractuelles.*

La notion d'acquisition devrait être entendue au sens large, en tant qu'obtention de la jouissance des travaux, fournitures ou services en question, ne nécessitant pas nécessairement de transfert de propriété aux pouvoirs adjudicateurs. En outre, le simple financement d'une activité, notamment par le biais de subventions, auquel est fréquemment liée l'obligation de rembourser les montants perçus lorsqu'ils ne sont pas utilisés aux fins prévues, n'entre habituellement pas dans le champ d'application des règles relatives à la passation des marchés publics. De même, les cas dans lesquels tous les opérateurs remplissant certaines conditions sont autorisés à exécuter une tâche donnée sans aucune sélectivité, comme dans les systèmes de libre choix des clients ou de chèques-services, ne devraient pas être considérés comme des marchés publics, mais comme de simples régimes d'autorisations (les licences pour des médicaments ou des services médicaux, par exemple). »

Les règles tirées de l'article 1^{er} de la directive 2014/24 apportent encore des précisions sur la portée et les incidences des règles relatives à la passation des marchés publics sur les prérogatives de l'Etat et le principe de libre administration.

A cet égard, « Il convient de rappeler que rien dans la présente directive ne fait obligation aux États membres de confier à des tiers ou d'externaliser la fourniture de services qu'ils souhaitent fournir eux-mêmes ou organiser autrement que par la passation d'un marché public au sens de la présente directive. La prestation de services fondés sur la législation, la réglementation ou des contrats d'emploi ne devrait pas être concernée. Dans certains États membres, cela pourrait par exemple être le cas pour certains services administratifs et publics, tels que les services exécutifs et législatifs, ou la fourniture de certains services à la population, tels que des services en matière d'affaires étrangères ou de justice ou des services de sécurité sociale obligatoire.

Il convient également de rappeler que la présente directive ne devrait pas affecter la législation des États membres en matière de sécurité sociale. Elle ne devrait pas non plus traiter de la libéralisation des services d'intérêt économique général, réservés à des organismes publics ou privés, ni de la privatisation d'organismes publics prestataires de services.

Il convient également de rappeler que les États membres sont libres d'organiser la fourniture de services sociaux obligatoires ou d'autres services, tels que les services postaux, soit en tant que services d'intérêt économique général, soit en tant que services d'intérêt général non économiques, ou une combinaison des deux. Il y a lieu de préciser que les services d'intérêt général non économiques ne devraient pas relever du champ d'application de la présente directive.

Enfin, il convient de rappeler que la présente directive est sans préjudice de la liberté des autorités nationales, régionales et locales de définir, conformément au droit de l'Union, des services d'intérêt économique général, leur champ d'application et les caractéristiques des services à fournir, et notamment toute condition relative à leur qualité, afin d'assurer la poursuite de leurs objectifs de politique publique. La présente directive devrait également s'entendre sans préjudice de la compétence des autorités nationales, régionales et locales de fournir, de faire exécuter et de financer des services d'intérêt économique général, conformément à l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et au protocole n°26 sur les services d'intérêt général annexé au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou au traité sur l'Union européenne. En outre, la présente directive ne concerne pas le financement des services d'intérêt économique général ni les systèmes d'aides accordées par les États membres, en particulier dans le domaine social, conformément aux règles de l'Union sur la concurrence. ».

CHAPITRE II - DÉFINITIONS

Art. 2 à 4

Les articles 2 et 3 de la loi modifiée du 25 juin 2009 énonçaient des définitions en partie tirées de la directive de 2004 sur les marchés publics et en partie reprises de la législation antérieure. Pour la présente loi, il a été décidé de ne pas se limiter à reprendre les définitions énoncées par la directive 2014/24 mais de maintenir, dans la mesure où elles sont encore pertinentes, les définitions antérieures et s'il y a lieu, de les adapter ou de les compléter.

A l'**article 2**, les définitions autour de la **notion de pouvoir adjudicateur** sont tirées de l'article 2, paragraphes 1 à 4 de la directive 2014/24, qui les a quelque peu reformulées.

Ainsi, des précisions ont été apportées en ce qui concerne le champ d'application *ratione personae*, alors que les notions de «*pouvoirs adjudicateurs*» et, en particulier, celle d'«*organismes de droit public*» ont, à plusieurs reprises, fait l'objet d'un examen dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Afin d'indiquer clairement que le champ d'application *ratione personae* des directives demeure inchangé, il a été jugé opportun de conserver la définition sur laquelle la Cour s'est fondée et d'introduire un certain nombre de clarifications apportées par ladite jurisprudence pour une meilleure compréhension des définitions elles-mêmes, sans viser à modifier la compréhension des concepts tels qu'ils ont été élaborés par la jurisprudence. (cf. considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 10)).

À cette fin, il faudrait préciser qu'un organisme, qui opère dans des conditions normales de marché, poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l'exercice de son activité, ne devrait pas être considéré comme un «*organisme de droit public*», étant donné que les besoins d'intérêt général pour la satisfaction desquels il a été créé ou qu'il a été chargé de satisfaire peuvent être réputés avoir un caractère industriel ou commercial.

Les définitions à l'**article 3** autour de la **notion de marché public et des procédures** ne sont pas uniquement tirées de la directive.

Le premier paragraphe, qui porte sur la notion de marché public, est entièrement tiré des définitions énoncées à l'article 2.

En ce qui concerne le **champ d'application matériel**, il convient de noter la reformulation de la notion de «*marchés publics de travaux*». Une précision a en effet été apportée à la notion de «*réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur*» en ce que le texte requiert que celui-ci ait exercé une «*influence déterminante*» sur la nature de l'ouvrage ou sa conception, par exemple en prenant des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage. Le fait que le contractant réalise tout ou partie de l'ouvrage par ses propres moyens ou qu'il en assure la réalisation par d'autres moyens ne devrait pas avoir d'incidence sur la qualification du marché en tant que marché de travaux, tant que le contractant a l'obligation directe ou indirecte, légalement exécutoire, de garantir la réalisation des travaux. (cf. considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 9)).

En ce qui concerne les « *marchés de services* », la distinction entre « *services prioritaires* » et « *services non prioritaires* », énoncées aux annexes II A et II B de la directive 2004/18, n'a plus été reprises par la directive 2014/24/UE. Au lieu de cela, un certain nombre de services « sociaux », énumérés à l'annexe XIV, bénéficient d'un régime simplifié lorsqu'ils ont une valeur qui atteint 750.000 EUR. Par ailleurs, la liste des services qui font l'objet d'une exclusion du champ d'application du Livre II a été élargie.

Au deuxième paragraphe, les définitions énoncées aux lettres a) à e) du deuxième paragraphe sont reprises de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

Les lettres f) à h) correspondant aux procédures qui trouvent à s'appliquer dans le Livre II (et auxquelles il est désormais également possible d'avoir recours dans le Livre I) ont été créées à partir d'éléments de langage de la directive 2014/24 (en particulier des articles 29 à 31 et des considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive), qui n'énonçait pas de définitions pour ces procédures : il s'agit essentiellement, pour ces trois procédures, de faire lien entre la définition et les deux articles du Livre II qui trouveront à s'appliquer.

Les lettres i) à l) sont reprises de l'article 2, paragraphe 1^{er} de la directive 2014/24.

En ce qui concerne la lettre m), relative à la notion d'avis de marché, la première phrase est reprise de la définition qui figurait à l'article 3 de la loi modifiée du 25 juin 2009. La deuxième reprend le principe énoncé à l'article 49 de la directive 2014/24. Les informations que doivent contenir les avis de marchés et les règles de publication sont transposées dans le cadre du règlement grand-ducal d'exécution de la loi sur les marchés publics.

Les définitions énoncées aux lettres n) à t) de l'article 3 paragraphe 2 sont reprises de l'article 2 paragraphe 1^{er} de la directive 2014/24.

Il convient de noter les précisions apportées à la notion d'« *opérateur économique* », qui devrait s'interpréter au sens large, peu importe la forme juridique, y compris lorsqu'ils sont constitués sous la forme d'une association temporaire (cf. les considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 14 et 15)).

Tout comme dans la loi modifiée du 25 juin 2009, la liste des définitions comprend, à la lettre u), la notion de « *Vocabulaire commun pour les marchés publics* », reprise de l'article 23 de la directive.

La liste des définitions est enfin complétée, à la lettre v) par une définition de la notion de « *document unique européen* » (en abrégé « DUME »), qui se base sur les éléments énoncés à l'article 59, paragraphe 1^{er} de la directive 2014/24.

La liste des définitions de l'article 3 se termine à la lettre w), par l'expression « *e-Certis* », qui est tirée des éléments énoncés à l'article 61 de la directive 2014/24.

Les notions qui sont définies à l'article 4 concernent, ce que la directive 2014/24 appelle « *certaines modes et techniques de passation de marchés* ». Ces notions ont été énoncées dans un article distinct, afin de les distinguer des définitions en lien avec les procédures. Dans la mesure où ces modes de passation sont électroniques et, pour certains, peu appropriés à la taille du marché

luxembourgeois, les règles y relatives sont énoncées dans le cadre du règlement grand-ducal d'exécution.

La définition de « *l'accord-cadre* », énoncée à la lettre a), est reprise de l'article 33, paragraphe 1^{er} de la directive 2014/24.

La directive n'ayant pas proposé de définition des notions de « *système d'acquisition dynamique* », « *d'enchère électronique* » et de « *catalogue électronique* », les définitions proposées aux lettres b), c) et d) s'inspirent du texte figurant aux articles 34, 35 et 36 de la directive 2014/24, ainsi que des considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 55).

Le texte des définitions des notions « *d'activité d'achat centralisées* », « *d'activité d'achat auxiliaires* », de « *centrale d'achat* » et de « *prestataire de services de passation de marché* » est repris à la lettre du texte de l'article 2 de la directive.

CHAPITRE III - MARCHÉS MIXTES ET RÉGIMES APPLICABLES

Art. 5

Les dispositions de l'article 5 constituent la transposition de l'article 3 de la directive 2014/24/UE et détermine les règles applicables aux « *marchés mixtes* ».

Sont visés, d'une part, des marchés dans lesquels sont regroupés plusieurs types d'achats, à savoir travaux, fournitures ou services et d'autre part, les marchés portant sur des prestations qui relèvent de différents régimes juridiques, pour lesquels soit les dispositions des Livres I ou II s'appliquent, voire encore les dispositions du Livre III ou encore la loi du 26 décembre 2012 sur les marchés publics de la défense ou de la sécurité.

Comparé à la réglementation tirée de la directive de 2004, des précisions ont été apportées en considération des enseignements de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Les considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 11 à 13) retiennent que les règles applicables devraient être établies eu égard à l'objet principal du marché, lorsque les différentes parties qui le composent ne sont objectivement pas séparables. Il convient dès lors de préciser la manière dont les pouvoirs adjudicateurs devraient déterminer si les différentes parties sont séparables ou non. Cette précision devrait se fonder sur la jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne.

L'appréciation du caractère séparable ou non des différentes parties devrait être faite au cas par cas, les intentions exprimées ou présumées du pouvoir adjudicateur de considérer les différents aspects d'un marché mixte comme indivisibles ne devant pas suffire, mais devant être corroborées par des éléments de preuve objectifs de nature à les justifier et à établir la nécessité de conclure un marché unique. Ce besoin justifié de conclure un marché unique pourrait, par exemple, exister dans le cas de la construction d'un seul et même bâtiment dont l'une des parties serait destinée à être utilisée directement par le pouvoir adjudicateur concerné et l'autre à être exploitée sur la base d'une concession, par exemple pour offrir des emplacements de stationnement au public. Il convient de

préciser que la nécessité de conclure un marché unique peut être due à des raisons tant techniques qu'économiques (cf. considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 11)).

Par ailleurs, dans le cas de marchés mixtes, qui peuvent donner lieu à des marchés séparés, les pouvoirs adjudicateurs sont toujours libres d'attribuer des marchés distincts pour les différentes parties du marché mixte, auquel cas les dispositions applicables à chaque partie distincte devraient être établies exclusivement eu égard aux caractéristiques du marché en question. Cela étant, lorsque les pouvoirs adjudicateurs décident d'inclure d'autres éléments dans le marché, qu'elle qu'en soit la valeur ou quel que soit le régime juridique dont les éléments ajoutés auraient autrement relevé, le principe directeur devrait être que, lorsqu'un marché attribué indépendamment devrait être passé conformément aux dispositions de la présente directive, celle-ci continue de s'appliquer au marché mixte dans son ensemble (cf. les considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 12)).

Enfin, pour les marchés mixtes comportant des aspects ayant trait à la défense ou à la sécurité ou dont certaines parties ne relèvent pas du champ d'application du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, des dispositions particulières trouvent à s'appliquer. Dans ces cas, il devrait être possible de ne pas appliquer la présente directive, à condition que la passation d'un marché unique se justifie pour des raisons objectives et que la décision de passer un marché unique ne soit pas prise dans le but de soustraire des marchés à l'application de la présente directive ou de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil. Il convient de préciser que les pouvoirs adjudicateurs ne devraient pas être empêchés de choisir d'appliquer à certains marchés mixtes les dispositions de la présente directive plutôt que celles de la directive 2009/81/CE. (cf. considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 13)).

CHAPITRE IV - EXCLUSIONS

Art. 6 à 9

Les articles 6 à 9 portent sur une partie des marchés pour lesquels la directive 2014/24 a considéré que les règles européennes ne trouvent pas à s'appliquer.

Il s'agit des :

- marchés et concours organisés en vertu des règles internationales (en ce compris dans le domaine de la défense ou de la sécurité) ;
- marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif ;
- marchés passés entre entités appartenant au secteur public.

Une partie de ces règles (les deux premières) existe en partie déjà dans le Livre II de la loi modifiée du 25 juin 2009. Les raisons pour lesquelles il a été décidé d'insérer ces règles dans le Livre I ont été exposées au titre de l'exposé des motifs. Les règles portant sur les marchés passés entre entités appartenant au secteur public sont nouvelles.

Marchés et concours organisés en vertu des règles internationales (en ce compris dans le domaine de la défense ou de la sécurité)

L'article 6 comprend 5 paragraphes. Les trois premiers comprennent les règles énoncées par l'article 9 de la directive 2014/24 (portant sur les marchés et concours organisés en vertu des règles internationales); les paragraphes 4 et 5 comprennent les règles énoncées par l'article 17 de la directive (domaine de la défense ou de la sécurité). Il s'agit de dispositions qui existent déjà dans le cadre de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

« La présente directive ayant les États membres comme destinataires, elle ne s'applique pas aux marchés passés par des organisations internationales en leur nom et pour leur propre compte. Il est cependant nécessaire de préciser dans quelle mesure la présente directive devrait s'appliquer à la passation de marchés régie par des règles internationales spécifiques. » (cf. considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 22)).

Marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif

L'article 7 comprend les règles énoncées par l'article 11 de la directive 2014/24/UE portant sur les marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif.

Le texte prévoit que sont visés les marchés publics de services attribués par un pouvoir adjudicateur à un autre pouvoir adjudicateur ou à une association de pouvoirs adjudicateurs sur la base d'un droit exclusif dont ceux-ci bénéficient en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou de dispositions administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Il s'agit de dispositions qui existent déjà - de manière similaire - dans le cadre de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

Il convient d'emblée d'observer que la notion de droit exclusif employée dans le contexte du champ d'application *ratione personae* ne se confond pas avec celle de l'article 87 relatif aux entités adjudicatrices (cf. le commentaire de cet article)

Si un pouvoir adjudicateur jouit d'un droit exclusif au sens de l'article 7 (la même disposition existe pour les marchés relevant de la directive 2014/25, cf. article 104), les autres pouvoirs adjudicateurs ne peuvent attribuer les contrats de services respectifs qu'à cette entité. *« Cette disposition a été introduite principalement pour éviter des procédures de mise en concurrence dans les cas où, en raison de l'existence d'un droit exclusif, seule une entité pourrait in fine obtenir le marché en question. »* (cf. Document de travail des services de la Commission européenne, concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs («coopération public-public»), 2011 (1169), page 22, disponible sur internet via le lien http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public_public_cooperation/sec2011_1169_fr.pdf).

« Dans certains cas, un pouvoir adjudicateur donné ou une association de pouvoirs adjudicateurs peut être la seule source d'un service spécifique, pour la fourniture duquel il jouit d'un droit exclusif en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou de dispositions administratives

publiées qui sont compatibles avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il y a lieu de préciser que la présente directive ne doit pas nécessairement s'appliquer à l'attribution de marchés publics de services audit pouvoir adjudicateur ou à ladite association. » (cf. considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 30)).

« En général, la notion de «droits exclusifs» peut couvrir différentes situations, telles que le fait de réserver tout un secteur économique aux autorités publiques ou le fait de confier de manière exclusive l'accomplissement d'une tâche spécifique à une entreprise donnée. Cependant, tous les droits exclusifs ne justifient pas l'exemption de mise en concurrence d'un marché public de service. L'article 18 dispose que ce droit exclusif doit être octroyé par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives, publiées et compatibles avec le traité. En outre, l'article 18 ne concerne que les droits octroyés à certains organismes du secteur public en vue de fournir certains services, de manière exclusive, au secteur public. Le fait que cette exemption soit limitée aux contrats conclus avec des entités qui sont elles-mêmes des pouvoirs adjudicateurs garantit la mise en concurrence sur les marchés en aval, étant donné que le pouvoir adjudicateur qui jouit du droit exclusif doit respecter les directives UE sur les marchés publics pour ses propres acquisitions. » (cf. Document de travail des services de la Commission européenne, concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs («coopération public-public»), 2011 (1169), page 22, disponible sur internet via le lien indiqué ci-avant).

La Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée sur la question de la compatibilité de certains droits exclusifs avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment dans les affaires suivantes : Affaire 203/08, *The Sporting Exchange Ltd, trading as Betfair* contre *Minister van Justitie*, Rec. 2010 non encore publié, points 23 à 25; affaire C-124/97, *Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd et Oy Transatlantic Software Ltd* contre *Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) et Suomen valtio (Etat finlandais)*, Rec. 1999, p. I-06067, points 29 à 31; affaire C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd* contre *Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, Rec. 2009, p. I-07633, points 52 à 55 (Source : *Ibidem*).

Le droit exclusif doit se justifier soit par une dérogation expressément prévue par le traité (exercice de l'autorité officielle (article 51 TFUE [ex-article 45 TCE]), raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (article 52 TFUE [ex-article 46 TCE]) ou, conformément à la jurisprudence de la Cour, par des raisons impérieuses d'intérêt général, la restriction étant de nature à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi, n'allant pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif et, en tout état de cause, étant appliquée de manière non discriminatoire (cf. Affaire C-243/01, *Gambelli*, Rec. 2003, p. I-13031, point 65; Affaire C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda et consorts* contre *Commissariaat voor de Media*, Rec. 1991, p. I-04007 Source : *Ibidem*).

En outre, les décisions visant à octroyer des droits exclusifs à des entreprises peuvent constituer des infractions au traité lorsque les exigences de service public à remplir par le prestataire de service ne sont pas correctement spécifiées (affaire C-66/86, *Silver Line Reisebüro*, Rec. 1989, p. I-803), lorsque le prestataire de service est manifestement incapable de répondre à la demande (affaire C-41/90, *Höfner*, Rec. 1991, p. I-1979) ou lorsqu'il existe d'autres moyens de remplir les exigences en créant moins de distorsions de concurrence (affaire T-266/97, *Vlaamse Televisie Maatschappij*, Rec. 1999, p. II-2329). En outre, la condition imposant la compatibilité de l'octroi du

droit exclusif avec le traité n'est pas remplie si la mesure d'octroi est incompatible avec la législation secondaire de l'Union européenne (affaire C-220/06, *Correos*, points 64 à 66 – Source : *Ibidem*).

Il existe aussi de la jurisprudence quant à savoir si le principe de non-discrimination impose la mise en concurrence de l'octroi du droit d'exclusivité. L'article 18 concerne les droits octroyés à certains organismes du secteur public en vue de fournir certains services, de manière exclusive, au secteur public. Si la justification de la restriction à la libre prestation des services est une raison impérieuse d'intérêt général, une des conditions à remplir est le caractère non discriminatoire de la mesure en question. Cela implique que, de manière générale, aucune entité privée ne soit placée dans une position plus avantageuse que ses concurrents. Par conséquent, lorsqu'un droit exclusif a été octroyé à un pouvoir adjudicateur comportant des capitaux privés (ce qui peut arriver dans le cas d'un organisme de droit public), il paraît difficile de respecter ce principe en l'absence de procédure transparente assurant l'égalité de traitement (cf. par analogie, l'affaire C-203/08, *Sporting Exchange Ltd.*, points 47 et 50 – Source : *Ibidem*, page 23). En revanche, vu l'historique et l'objet de l'article 18, ainsi que la jurisprudence récente sur des situations comparables, cela ne serait pas nécessaire si le bénéficiaire du droit exclusif est un organisme public, tel qu'un pouvoir adjudicateur sans capitaux privés (cf. l'affaire C-203/08, *Sporting Exchange Ltd.*, points 59 et 60 – Source : *Ibidem*).

Marchés passés entre entités appartenant au secteur public (« coopération public-public »)

Les articles 8 et 9 comprennent les règles énoncées par l'article 12 de la directive 2014/24/UE, portant sur les marchés passés entre entités appartenant au secteur public. Ces dernières dispositions sont nouvelles par rapport à la législation de 2009.

« Il existe une importante insécurité juridique quant à la question de savoir dans quelle mesure les règles sur la passation des marchés publics devraient s'appliquer aux marchés conclus entre entités appartenant au secteur public. La jurisprudence applicable de la Cour de justice de l'Union européenne fait l'objet d'interprétations divergentes entre États membres et même entre pouvoirs adjudicateurs. Il est dès lors nécessaire de préciser dans quels cas les marchés conclus au sein du secteur public ne sont pas soumis à l'application des règles relatives à la passation des marchés publics.

Ces précisions devraient s'appuyer sur les principes énoncés dans la jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne. La seule circonstance que les deux parties à un accord sont elles-mêmes des pouvoirs publics n'exclut pas en soi l'application des règles relatives à la passation des marchés publics. L'application de ces règles ne devrait toutefois pas interférer avec la liberté des pouvoirs publics d'exercer les missions de service public qui leur sont confiées en utilisant leurs propres ressources, ce qui inclut la possibilité de coopérer avec d'autres pouvoirs publics.

Il convient de veiller à ce qu'aucune coopération public-public ainsi exclue n'entraîne de distorsion de concurrence à l'égard des opérateurs économiques privés dans la mesure où cela place un prestataire de services privé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents.

L'exposé des motifs de la directive apporte encore les précisions suivantes « *Les marchés publics attribués à des personnes morales contrôlées ne devraient pas être soumis à l'application des procédures prévues par la présente directive si le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale*

concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, à condition que la personne morale contrôlée consacre plus de 80 % de ses activités à l'exécution de missions qui lui ont été confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales contrôlées par ledit pouvoir adjudicateur, quel que soit le bénéficiaire de l'exécution du marché.

Cette exemption ne devrait pas être étendue aux situations où un opérateur économique privé détient une participation directe dans le capital de la personne morale contrôlée dès lors que, dans de telles circonstances, l'attribution d'un marché public sans recourir à une procédure concurrentielle conférerait à l'opérateur économique privé détenant une participation dans le capital de la personne morale contrôlée un avantage indu par rapport à ses concurrents. Toutefois, eu égard aux caractéristiques particulières des organismes publics à adhésion obligatoire, tels que les organisations chargées de la gestion ou de l'exécution de certains services publics, cette règle ne devrait pas s'appliquer dans les cas où la participation d'opérateurs économiques privés spécifiques dans le capital de la personne morale contrôlée est rendue obligatoire par une disposition législative nationale en conformité avec les traités, à condition que cette participation ne donne pas une capacité de contrôle ou de blocage et ne confère pas une influence décisive sur les décisions de la personne morale contrôlée. Il convient en outre de préciser que la participation privée directe dans le capital de la personne morale contrôlée constitue le seul élément déterminant. Par conséquent, le fait que le ou les pouvoirs adjudicateurs de contrôle comportent une participation de capitaux privés ne fait pas obstacle à l'attribution de marchés publics à la personne morale contrôlée, sans appliquer les procédures prévues par la présente directive étant donné que ces participations ne nuisent pas à la concurrence entre les opérateurs économiques privés.

Il convient également de préciser que les pouvoirs adjudicateurs tels que les organismes de droit public, qui peuvent comporter une participation de capitaux privés, devraient être en mesure de se prévaloir de l'exemption concernant la coopération horizontale. Par conséquent, lorsque toutes les autres conditions relatives à la coopération horizontale sont remplies, l'exemption en la matière devrait également s'appliquer à ces pouvoirs adjudicateurs, dans le cas où le marché est conclu exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs.» (cf. considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 31 et 32)).

Par ailleurs, « Les pouvoirs adjudicateurs devraient pouvoir choisir de fournir conjointement leurs services publics par la voie de la coopération, sans être contraints de recourir à une forme juridique particulière. Cette coopération pourrait porter sur tous les types d'activités liées à l'exécution de services et à l'exercice de responsabilités confiées aux pouvoirs adjudicateurs participants ou assumées par eux, telles que des missions obligatoires ou volontaires relevant d'autorités locales ou régionales ou des services confiés à des organismes particuliers par le droit public. Les services fournis par les différents pouvoirs adjudicateurs participants ne doivent pas nécessairement être identiques; ils pourraient également être complémentaires.

Les marchés concernant la fourniture conjointe de services publics ne devraient pas être soumis à l'application des règles établies dans la présente directive, à condition qu'ils soient conclus exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs, que la mise en œuvre de cette coopération n'obéisse qu'à des considérations d'intérêt public et qu'aucun prestataire privé de services ne soit placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents.

Pour que ces conditions soient remplies, il convient que la coopération soit fondée sur le concept de coopération. Cette coopération n'exige pas que tous les pouvoirs participants se chargent de l'exécution des principales obligations contractuelles, tant que l'engagement a été pris de coopérer à l'exécution du service public en question. En outre, la mise en œuvre de la coopération, y compris tout transfert financier entre les pouvoirs adjudicateurs participants, ne devrait obéir qu'à des considérations d'intérêt public. » (cf. considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 33)).

Selon les mécanismes retenus par la directive, trois types de coopération sont à distinguer : (i) la coopération au moyen d'entités juridiques distinctes (dite «coopération verticale»), (ii) la coopération entre acheteurs publics (dite «coopération horizontale»), et (iii) le transfert de compétences et de responsabilités d'une entité publique à une autre.

i. La coopération au moyen d'entités juridiques distinctes (dite «coopération verticale»)

Un acheteur public peut attribuer un marché à une entreprise - par exemple une entreprise municipale de services collectifs ou une entreprise publique de gestion des déchets - sans recourir à une procédure de passation de marché, si les trois conditions suivantes sont remplies:

- l'acheteur public doit exercer sur l'entreprise concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. En pratique, cela signifie que l'acheteur public doit exercer une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de l'entreprise sous son contrôle;
- l'entreprise contrôlée doit exercer l'essentiel de ses activités au profit de l'acheteur public qui la contrôle: plus de 80 % de ses activités doivent être consacrées à l'exécution de missions qui lui ont été confiées par l'acheteur public.
- Aucun opérateur économique privé ne peut détenir de participation directe au capital de l'entreprise contrôlée. Il n'existe qu'une exception: lorsque la participation d'un partenaire privé est exigée par la loi, à condition que cette participation ne lui donne ni une capacité de contrôle ou de blocage, ni la possibilité d'exercer une influence décisive sur l'entreprise.

Le contrôle peut être exercé par:

- un seul acheteur public;
- plusieurs acheteurs publics exerçant un contrôle commun, par exemple dans le cas d'associations de service public contrôlées par plusieurs municipalités dans une zone spécifique.
- Si le contrôle est exercé conjointement, il faut veiller à ce que tous les acheteurs publics soient représentés dans les organes décisionnels de l'entreprise contrôlé ; et que l'entreprise contrôlée ne poursuive pas d'intérêts contraires à ceux des acheteurs publics qui la contrôlent.

ii. La coopération entre acheteurs publics (dite «coopération horizontale»)

Sont également visées les situations dans lesquelles les acheteurs publics concluent des marchés entre eux, sans créer d'entreprise contrôlée («coopération horizontale»). Par exemple, plusieurs municipalités peuvent décider de mettre leurs ressources en commun dans le domaine de la gestion des déchets, afin que chacune d'entre elles offre des services spécifiques aux autres municipalités qui coopèrent.

Dans le cadre de ce type de coopération, des marchés peuvent être attribués entre acheteurs publics - sans la participation d'organismes privés - si les conditions suivantes sont remplies:

- le contrat doit établir ou mettre en œuvre une coopération entre les acheteurs publics participants visant à garantir que les services publics à fournir sont réalisés dans le but d'atteindre leurs objectifs communs;
- la mise en œuvre de cette coopération ne doit obéir qu'à des considérations d'intérêt public;
- les activités menées sur le marché extérieur à la coopération doit être strictement limité: les acheteurs publics participants doivent réaliser moins de 20 % des activités concernées par la coopération sur le marché concurrentiel.

iii. Transfert d'un service public

Enfin, le simple transfert de compétences et de responsabilités d'une entité publique à une autre en vue d'exécuter une mission publique n'est en aucune manière affecté par les directives, tant que l'échange de prestations contractuelles ne donne pas lieu à une rémunération. Cette précision apporte une clarté et une sécurité juridique qui étaient réclamées en particulier par les autorités locales et régionales souhaitant mettre en commun certaines missions de service public en les transférant à des associations ou à des structures publiques, tels que les syndicats intercommunaux.

Aux termes des considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 34), « *Il existe des cas où une entité juridique agit, en vertu des dispositions pertinentes du droit national, en tant qu'instrument ou service technique pour le compte de pouvoirs adjudicateurs donnés et est contrainte d'exécuter les instructions que ceux-ci lui donnent, sans avoir d'influence sur la rémunération de sa prestation. Compte tenu de son caractère non contractuel, cette relation purement administrative ne devrait pas relever du champ d'application des procédures de passation de marchés publics.* ».

TITRE II – PRINCIPES ET RÈGLES APPLICABLES À LA PASSATION DES MARCHÉS

CHAPITRE I^{er} - PRINCIPES

Art. 10. : Publication d'un avis de marché

Cet article rappelle que pour les procédures de marchés publics, à part les hypothèses limitativement prévues par le projet de loi, un avis de marché devra être publié afin de donner la publicité optimale aux différentes demandes. A l'instar de la législation antérieure, les règles applicables à la publication et au contenu des avis de marchés sont prévues par voie de règlement grand-ducal.

Art. 11. Mise en adjudication

Cet article énonce les différentes formes de mise en adjudication et prévoit que le recours à la sous-traitance est autorisé dans les formes prévues par voie de règlement grand-ducal. Les règles et principes qui existaient dans le cadre de la législation de 2009 (article 10 de la loi modifiée du 25 juin 2009) ont été maintenus.

Art. 12. Principes applicables à la passation de marchés

Les dispositions de cet article contiennent notamment la transposition de l'article 18, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE. Comme il s'agit de dispositions qui énoncent les principes directeurs de la législation sur les marchés publics, il a été décidé d'y insérer la règle que les pouvoirs adjudicateurs doivent tenir compte des aspects liés au développement durable, énoncée à l'article 4 alinéas 2 et 3 de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

Le principe que les opérateurs économiques soient informés du sort de leurs offres est maintenu dans le nouveau projet de loi. Ce principe est également prévu dans la loi modifiée du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics.

Le principe de l'utilisation des moyens électroniques est également prévu parmi les grands principes des procédures de passation des marchés publics, et les modalités techniques sont réglées par voie de règlement grand-ducal, dans le respect des exigences de la directive 2014/24/UE. Déjà actuellement, le règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics règle la dématérialisation de la mise en concurrence et la remise électronique des offres et candidatures.

Art. 13. Conflits d'intérêts

Cet article, transposé littéralement de l'article 24 alinéas 1 et 2 de la directive 2014/24/UE introduit, dans la législation sur les marchés publics, la notion de conflit d'intérêts et confère de cette façon un cadre légal face à des situations qui pourraient se produire entre divers intervenants, dans les procédures des marchés publics.

Art.14. Opérateurs économiques

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 19 de la directive 2014/24/UE. Désormais, la notion d'opérateur économique est réglée en détail au niveau du texte de loi, de sorte à être conforme avec les exigences communautaires dans le cadre du marché unique.

Un alinéa a été rajouté au paragraphe 2. Il s'agit de dispositions qui figurent à l'article 2, paragraphe 3 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi sur les marchés publics et qui portent interdiction, en vertu du principe de l'offre unique, pour un opérateur

économique ayant remis une offre dans le cadre d'une association momentanée, de remettre une offre individuellement. Ces dispositions demeurent inchangées par rapport à la législation antérieure.

Aux termes des considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 14 et 15), la notion d'«opérateur économique» devrait s'interpréter *« au sens large, de manière à inclure toute personne ou entité qui offre la réalisation de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché, quelle que soit la forme juridique sous laquelle elle a choisi d'opérer. Dès lors, les sociétés, les succursales, les filiales, les associations, les sociétés coopératives, les sociétés anonymes, les universités, qu'elles soient publiques ou privées, ainsi que d'autres formes d'entités que les personnes physiques, devraient toutes relever de la notion d'opérateur économique, qu'il s'agisse ou non de «personnes morales» en toutes circonstances.*

Il convient de préciser que les groupements d'opérateurs économiques, y compris lorsqu'ils se sont constitués sous la forme d'une association temporaire, peuvent participer aux procédures de passation de marchés sans devoir nécessairement adopter une forme juridique déterminée. Dans la mesure où cela s'avère nécessaire, par exemple lorsqu'une responsabilité solidaire est requise, les groupements d'opérateurs économiques peuvent être tenus d'adopter une forme juridique déterminée lorsque le marché leur a été attribué. ».

Art. 15. Marchés réservés

La notion de marchés réservés existait déjà dans la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics et consistait à l'époque également une transposition de la directive sur les marchés publics à l'époque en vigueur. Cet article constitue une transposition à la lettre de l'article 20 de la directive 2014/24/UE, de sorte que les conditions d'application sont élargies par rapport à la législation existante.

Il appartiendra aux pouvoirs adjudicateurs de décider s'ils souhaitent ou non faire usage de la possibilité de recourir à la pratique des « marché réservés », en considération de l'offre existante sur le marché.

Art. 16. Durée des marchés publics

La question de la durée des marchés publics n'est pas réglée par la directive 2014/24/UE, de sorte que les dispositions prévues à l'article 12 de la loi modifiée du 25 juin 2009 sont maintenues. Il s'est en effet avéré que les dispositions relatives à la durée y prévues permettent un juste équilibre entre la possibilité d'accéder aux marchés publics, et le vœu des pouvoirs adjudicateur, de recourir avec un même opérateur économique de manière suffisamment prolongée afin de se familiariser avec des prestations ou travaux spéciaux.

CHAPITRE II - PROCÉDURES

Art. 17. Désignation des procédures applicables dans le cadre du Livre I.

L'article 17 énonce les procédures auxquelles un pouvoir adjudicateur peut avoir recours pour la passation d'un marché public. Le premier paragraphe reprend le texte qui figure à l'article 5 de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics. Sont visées la procédure ouverte, la procédure restreinte avec ou sans publication d'avis et la procédure négociée. Il est précisé que la publication de l'avis de marché se fait suivant les règles prévues par voie de règlement grand-ducal et que le recours aux procédures sans publication d'avis ne peut se faire que dans les cas prévus par la loi.

Dans le fond, il n'y a pas de raison qu'un pouvoir adjudicateur envisageant de passer un marché « national » dispose de moins de possibilités que dans le cadre d'un marché « européen », même si les procédures spécifiques prévues dans le Livre II requièrent souvent une charge administrative plus importante dans le cadre de l'analyse des candidatures, voire des négociations. C'est la raison pour laquelle un deuxième alinéa a été ajouté, afin de préciser qu'il est loisible à un pouvoir adjudicateur qui l'estime opportun, d'avoir recours à une procédure spécifique au Livre II, telle que le partenariat d'innovation, une procédure concurrentielle avec négociation ou encore un dialogue compétitif, pour autant qu'il remplisse les conditions pour y avoir recours et qu'il respecte les modalités telles que fixées par les dispositions du Livre II. Cependant, pour autant que le marché en question se situe bien sous le seuil donnant lieu à l'application des dispositions du Livre II, les pouvoirs adjudicateurs ne seront pas tenus d'opérer des publications d'avis à l'échelle européenne. Il est précisé que les appels à concurrence doivent être publiés en respectant les délais prévus pour les marchés tombant dans le champ d'application du Livre I.

Le même mécanisme est désormais également prévu pour les marchés découlant du Livre III (cf. paragraphe 3).

L'article 5 de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics comprend un deuxième et un troisième alinéa qui traitent à la possibilité de conclure des accords-cadres et à la durée de ceux-ci. Dans la mesure où un article est à présent spécifiquement consacré aux accords-cadres, ces dispositions sont supprimées.

Art. 18. Principe du recours à la procédure ouverte

L'article 18 reprend la règle, qui, dans la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, figure à l'article 6, et suivant laquelle le recours à la procédure ouverte constitue la règle générale.

Pour ne pas créer de distorsion entre le présent article et celui qui se réfère à la procédure ouverte dans le cadre du Livre II qui transpose l'article 27 de la directive 2014/24/UE (paragraphe 1^{er}, alinéa 2), un deuxième paragraphe a été ajouté afin d'attirer l'attention du lecteur sur le fait que des règles sur la fixation des délais existent mais que celles-ci sont fixées par voie de règlement grand-ducal.

Enfin, un troisième paragraphe précise que l'offre « est assortie des informations aux fins de la sélection qualitative réclamés par le pouvoir adjudicateur ». Ce texte est repris à la lettre de celui de l'article 27 de la directive 2014/24/UE afin de préciser que pour les marchés tombant dans le Livre I, l'application de critères de sélection est également possible.

Art. 19. Conditions de recours à la procédure restreinte avec publication d’avis

Cet article reprend la règle, qui, dans la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, figure à l’article 7 et qui fixe les seuils en-dessous desquels il peut être recouru à la procédure restreinte avec publication d’avis. Les dispositions de cet article demeurent inchangées.

Art. 20. Conditions de recours à la procédure restreinte sans publication d’avis et à la procédure négociée

Cet article énumère les hypothèses dans lesquelles la loi autorise le lancement d’une procédure relative à l’attribution des marchés publics, sans mesure de publicité.

Les exceptions qui figurent dans le Livre I de la loi modifiée du 25 juin 2009 sont maintenues. De nouvelles exceptions ont été prévues, en parallèle à celles qui sont prévues dans le cadre du Livre II : la lettre g) est tirée de l’article 32 paragraphe 5 de la directive 2014/25 et la lettre i) de l’article 32 paragraphe 3, lettre c). Ces exceptions ont été ajoutées au Livre I, afin que celui-ci ne soit pas jugé plus restrictif que ce que permet la réglementation européenne.

Les hypothèses quant aux marchés complémentaires ne sont plus prévues dans cet article pour la raison que la directive 2014/24/UE considère ces cas de figure comme une « *modification de marchés en cours d’exécution* ». Il est donc renvoyé aux dispositions spécifiques afférentes, transposées à l’article 155 du projet de loi.

Pour les marchés publics d’une certaine envergure, qui sont exclus des champs d’application des Livres II et III en application de dispositions propres auxdits Livres, il a été jugé approprié de permettre aux pouvoirs adjudicateurs de passer ces marchés par voie de procédure négociée sans publication d’un avis de marché, ce afin de tenir compte, au niveau national, de l’esprit des nouvelles directives et de ne pas prévoir des règles plus contraignantes que celles édictées au niveau européen.

Le recours à ces procédures sans publicité est également rendu possible pour les marchés sociaux et autres services, pour lesquels la directive 2014/24/UE prévoit la possibilité d’un régime simplifié, qui est fixé par les articles 76 à 78 en ce qui concerne le Livre II, et 148 à 150 en ce qui concerne le Livre III.

L’énoncé des deux premières phrases du premier paragraphe est repris du texte figurant aux articles 5, paragraphe 2 et 6 du règlement grand-ducal du 3 août 2009.

Art. 21. Obligation de motivation

S’agissant d’une procédure qui constitue une exception à l’obligation de publicité, l’obligation de motivation pour pouvoir recourir à la procédure restreinte et à la procédure du marché négocié sans publication d’avis est maintenue à l’identique. Le texte de l’article 9 de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics est repris dans le projet de loi.

CHAPITRE III – RÈGLES APPLICABLES À CERTAINS MODES ET TECHNIQUES DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

Art 22. Marchés fondés sur un accord-cadre

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 33 paragraphes 1 à 3 de la directive 2014/24/UE sur les procédures applicables aux accords-cadres.

Les précisions suivantes peuvent être apportées : *« L'accord-cadre est un instrument largement utilisé et considéré comme une technique de passation de marché efficace dans toute l'Europe. Il convient donc de le maintenir en l'état pour l'essentiel. Il est cependant nécessaire d'en clarifier certains aspects, notamment le fait que les pouvoirs adjudicateurs ne devraient pas recourir à un accord-cadre dans lequel ils ne sont pas nommés. À cette fin, les pouvoirs adjudicateurs qui sont, dès le départ, parties à un accord-cadre spécifique, devraient être clairement désignés, soit par leur nom ou par d'autres moyens tels qu'un renvoi à une catégorie donnée de pouvoirs adjudicateurs dans une zone géographique clairement délimitée, de manière à ce que les pouvoirs adjudicateurs concernés puissent être identifiés aisément et sans ambiguïté. De même, une fois conclu, un accord-cadre ne devrait pas être ouvert à de nouveaux opérateurs économiques »* (cf. considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 60)).

L'exposé des motifs de la directive apporte encore les précisions suivantes : *« Les conditions objectives permettant de déterminer quel opérateur économique, partie à l'accord-cadre, devrait exécuter une tâche donnée telle que la fourniture de produits ou la prestation de services destinés à être utilisés par des personnes physiques, peuvent englober, dans le contexte des accords-cadres définissant toutes les conditions, les besoins ou le choix des personnes physiques concernées. »* (cf. considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 61)).

Le principe de la durée de quatre ans est repris de l'article 33, paragraphe 1, alinéa 3 de la directive 2014/24/UE. Il résulte des considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 62) que *« si les marchés fondés sur un accord-cadre doivent être attribués avant la fin de la période de validité de celui-ci, la durée des différents marchés fondés sur un accord-cadre ne doit pas nécessairement coïncider avec celle dudit accord-cadre, mais pourrait, selon le cas, être plus courte ou plus longue. En particulier, il devrait être permis de fixer la durée des différents marchés fondés sur un accord-cadre en tenant compte de facteurs tels que le temps nécessaire pour les exécuter, lorsqu'il est prévu d'assurer la maintenance d'équipements dont la durée de vie utile escomptée est supérieure à quatre ans ou qu'une formation approfondie du personnel est nécessaire pour exécuter le marché.*

Il convient aussi de préciser qu'il pourrait exister des cas exceptionnels où la durée des accords-cadres eux-mêmes devrait pouvoir être supérieure à quatre ans. De tels cas, qui devraient être dûment justifiés, en particulier par l'objet de l'accord-cadre, pourraient par exemple se présenter lorsque les opérateurs économiques ont besoin de disposer d'équipements dont la durée d'amortissement est supérieure à quatre ans et qui doivent être disponibles en tout temps pendant toute la durée de l'accord-cadre. ».

Il y a lieu de noter qu'est prévue la conclusion d'un accord-cadre avec un ou avec plusieurs opérateurs économiques. *« Il y a lieu d'octroyer davantage de souplesse aux pouvoirs adjudicateurs*

passant un marché en vertu d'un accord-cadre qui est conclu avec plusieurs opérateurs économiques et définit toutes les conditions.

Dans un tel cas, les pouvoirs adjudicateurs devraient être autorisés à obtenir des travaux, fournitures ou services spécifiques relevant de l'accord-cadre, soit en les demandant à l'un des opérateurs économiques, désigné selon des critères objectifs et dans les conditions déjà définies, soit en attribuant un marché spécifique pour les travaux, fournitures ou services concernés au terme d'une mise en concurrence réduite entre les opérateurs économiques qui sont parties à l'accord-cadre. Afin de garantir la transparence et l'égalité de traitement, il convient que les pouvoirs adjudicateurs indiquent, dans les documents de marché relatifs à l'accord-cadre, les critères objectifs qui régiront le choix entre ces deux méthodes d'exécution de l'accord-cadre. Les critères en question pourraient, par exemple, porter sur la quantité, la valeur ou les caractéristiques des travaux, fournitures ou services concernés, y compris la nécessité d'un niveau plus élevé de service ou de sécurité, ou sur l'évolution des niveaux de prix par rapport à un indice de prix préétabli. Les accords-cadres ne devraient pas être utilisés de façon abusive ou de manière à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence. La présente directive ne devrait pas obliger les pouvoirs adjudicateurs à acquérir, en vertu d'un accord-cadre, des travaux, des fournitures ou des services couverts par celui-ci. » (cf. considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 61)).

Art. 23. Activités d'achat centralisées et centrales d'achat

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 37 paragraphes 1 et 2 de la directive 2014/24/UE.

Aux termes des considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 69) « Les techniques de centralisation des achats sont de plus en plus utilisées dans la plupart des États membres. Des centrales d'achat sont chargées d'effectuer des acquisitions, de gérer des systèmes d'acquisition dynamiques ou de passer des marchés publics/des accords-cadres pour d'autres pouvoirs adjudicateurs, avec ou sans rémunération. Les pouvoirs adjudicateurs pour lesquels un accord-cadre est conclu devraient pouvoir y avoir recours pour des achats uniques ou répétés. Du fait de l'importance des volumes achetés, ces techniques peuvent permettre d'accroître la concurrence et devraient aider à professionnaliser la commande publique. En conséquence, il y a lieu de prévoir, au niveau de l'Union, une définition de la centrale d'achat destinée aux pouvoirs adjudicateurs, en précisant que ces centrales opèrent de deux manières différentes.

Elles devraient pouvoir agir, en premier lieu, en tant que grossistes en achetant, stockant et revendant ou, en second lieu, en tant qu'intermédiaires en attribuant des marchés, en exploitant des systèmes d'acquisition dynamiques ou en concluant des accords-cadres destinés aux pouvoirs adjudicataires. Elles pourraient jouer ce rôle d'intermédiaire, dans certains cas, en menant de manière autonome les procédures d'attribution applicables, sans avoir reçu d'instructions détaillées des pouvoirs adjudicateurs concernés, et, dans d'autres cas, en menant les procédures d'attribution applicables sur instructions des pouvoirs adjudicateurs concernés, en leur nom et pour leur compte.

En outre, des règles devraient être arrêtées pour répartir les responsabilités quant au respect des obligations prévues par la présente directive entre la centrale d'achat et les pouvoirs

adjudicateurs qui effectuent leurs achats auprès de celle-ci ou par son intermédiaire. Lorsque la centrale d'achat assume seule la responsabilité du déroulement des procédures de passation de marché, elle devrait aussi assumer seule la responsabilité directe de la légalité des procédures. Si un pouvoir adjudicateur se charge de certaines parties de la procédure, telles que la remise en concurrence en application d'un accord-cadre ou l'attribution de marchés particuliers sur la base d'un système d'acquisition dynamique, il devrait rester responsable des phases de la procédure dont il se charge.

En ce qui concerne les dispositions du paragraphe 2, il y a lieu de se référer aux considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 70), qui précisent que « *Les pouvoirs adjudicateurs devraient être autorisés à attribuer un marché public de service pour la fourniture d'activités d'achat centralisées à une centrale d'achat sans appliquer les procédures prévues par la présente directive. Il devrait également être permis d'inclure des activités d'achat auxiliaires dans ces marchés publics de services. Un marché public de service pour la fourniture d'activités d'achat auxiliaires qui ne serait pas exécuté par une centrale d'achat en liaison avec la fourniture par celle-ci d'activités d'achat centralisées au pouvoir adjudicateur concerné, devrait être attribué conformément à la présente directive. Il y a lieu également de rappeler que la présente directive ne devrait pas s'appliquer lorsque les activités d'achat centralisées ou auxiliaires sont fournies en dehors d'un contrat à titre onéreux qui constitue une passation de marché au sens de la présente directive.* »

Art. 24. Marchés conjoints occasionnels

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 38 paragraphes 1 et 2 de la directive 2014/24/UE.

Aux termes des considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 71), « *Le renforcement des dispositions concernant les centrales d'achat ne devrait en aucune manière faire obstacle à la pratique actuelle de la passation conjointe de marchés à titre occasionnel, à savoir l'achat conjoint moins institutionnalisé et systématique ou à la pratique établie consistant à s'adresser à des prestataires de services qui préparent et gèrent les procédures de passation de marché au nom et pour le compte d'un pouvoir adjudicateur et en suivant ses instructions. En revanche, certains aspects de la passation conjointe de marchés devraient être précisés en raison du rôle important qu'elle peut jouer, en particulier en ce qui concerne des projets innovants.*

La passation conjointe de marchés peut prendre différentes formes, depuis la passation coordonnée de marchés, en passant par la préparation de spécifications techniques communes pour des travaux, fournitures ou services qui seront acquis par un certain nombre de pouvoirs adjudicateurs, chacun d'entre eux menant sa propre procédure de passation de marché, jusqu'aux cas où les pouvoirs adjudicateurs concernés mènent conjointement une procédure de passation de marché, soit en agissant ensemble soit en confiant à l'un d'entre eux la gestion de la procédure au nom de l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs.

Lorsque plusieurs pouvoirs adjudicateurs mènent conjointement une procédure de passation de marché, ils devraient être solidairement responsables de l'exécution des obligations qui leur

incombent en vertu de la présente directive. Toutefois, lorsque seules des parties de la procédure de passation de marché sont menées conjointement par les pouvoirs adjudicateurs, la responsabilité solidaire ne devrait s'appliquer qu'à ces parties. Chaque pouvoir adjudicateur devrait être seul responsable pour les procédures ou les parties de procédures dont il se charge seul, telles que l'attribution d'un marché, la conclusion d'un accord-cadre, l'exploitation d'un système d'acquisition dynamique, la remise en concurrence en application d'un accord-cadre ou la détermination de l'opérateur économique partie à un accord-cadre qui exécutent une tâche donnée. »

Art. 25. Marchés auxquels participent des pouvoirs adjudicateurs de différents Etats membres

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 39 de la directive 2014/24/UE.

D'après les considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 73), « La passation conjointe de marchés publics par des pouvoirs adjudicateurs de différents États membres pose actuellement des problèmes juridiques spécifiques relatifs aux conflits de lois nationales. Bien que la directive 2004/18/CE ait implicitement autorisé la passation conjointe de marchés publics transnationaux, les pouvoirs adjudicateurs continuent de rencontrer de grandes difficultés juridiques et pratiques pour acheter auprès de centrales d'achat établies dans d'autres États membres ou passer conjointement des marchés publics. Il y a lieu de remédier à ces difficultés afin de permettre aux pouvoirs adjudicateurs de tirer le meilleur parti possible du potentiel du marché intérieur en termes d'économies d'échelle et de partage des gains et des risques, en particulier pour les projets innovants comportant plus de risques que n'en peut raisonnablement assumer un seul pouvoir adjudicateur. Il convient donc de définir de nouvelles règles en matière de passation conjointe de marchés transnationaux, afin de faciliter la coopération entre pouvoirs adjudicateurs et d'accroître les avantages pouvant être retirés du marché intérieur en ouvrant des perspectives commerciales transnationales aux fournisseurs et aux prestataires de services. Ces règles devraient établir les conditions d'utilisation transnationale des centrales d'achat et désigner la réglementation relative à la passation de marchés publics, y compris en ce qui concerne les recours, qui s'applique aux procédures conjointes transnationales, en complétant les règles de conflit de lois prévues par le règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil¹. De plus, les pouvoirs adjudicateurs de différents États membres devraient pouvoir créer des entités conjointes constituées en vertu du droit national ou du droit de l'Union. Des règles particulières devraient être prévues pour cette forme de passation conjointe de marchés. »

A l'heure actuelle, un certain nombre des projets d'infrastructure ont été passés de manière conjointe entre des pouvoirs adjudicateurs de différents Etats limitrophes. Les règles contenues dans l'article 25 devraient conférer un cadre légal à ces situations.

¹ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) (JO L 177 du 4.7.2008, p. 6).

CHAPITRE IV – DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE ET ADJUDICATION

SECTION I - PRÉPARATION

Art. 26. Consultations préalables du marché

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 40, alinéa 1^{er} de la directive 2014/24/UE. Cet article vise à encadrer les consultations préalables de marché, afin que les pouvoirs adjudicateurs disposent d'un certain cadre légal dans lequel ils peuvent mener de telles consultations sans risquer de se faire reprocher un manque de transparence.

Art. 27. Participation préalable de candidats ou de soumissionnaires

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 41 de la directive 2014/24/UE.

SECTION II– CHOIX DES PARTICIPANTS ET ATTRIBUTION DES MARCHÉS

SOUS - SECTION I - PRINCIPES

Art.28. Principes généraux

Cet article énonce les principes généraux quant au choix des participants et quant à l'attribution des marchés publics. De cette manière, les mêmes principes généraux s'appliquent à tous les marchés publics quelle que soit leur envergure, et peuvent être retrouvés au début du chapitre relatif au choix des participants et à l'attribution des marchés publics.

Il s'agit d'un côté des principes généraux établis par l'article 56 paragraphe 1^{er} complétés de principes généraux relatifs au choix des participants, qui se trouvent énoncés dans le règlement grand-ducal modifié du 3 août 2009 portant exécution de la loi sur les marchés publics, et qu'il a été jugé opportun d'insérer dans le projet de loi afin de les regrouper dans un article.

Ainsi, le principe suivant lequel un opérateur économique qui se voit attribuer un marché doit disposer, au jour de l'ouverture de la soumission, ou du dépôt de la candidature, de toutes les autorisations pour pouvoir s'occuper professionnellement du marché est inscrit dans le règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi sur les marchés publics (article 2, paragraphes 1 et 4). Comme un certain nombre de nouvelles dispositions relatives à l'adjudication et tirées de la directive sont insérées dans la loi, ce principe trouve sa place dans les principes relatifs à l'attribution des marchés publics.

Le principe énoncé au paragraphe 3, relatif au choix de l'adjudicataire, est inscrit dans l'article 85 paragraphe 1^{er} du règlement précité.

Le principe énoncé au paragraphe 4, suivant lequel les niveaux minima de capacité exigés doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché, est inscrit dans l'article 85 paragraphe 2 du règlement précité.

SOUS - SECTION II – CRITÈRES DE SÉLECTION QUALITATIVE

Art. 29. Motifs d'exclusion de la participation à une procédure de passation de marché

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 57 paragraphes 1 à 7 de la directive 2014/24/UE. Le paragraphe 8, relatif à l'exclusion des sous-traitants, est tiré de l'article 71 paragraphe 6 de la directive.

Dans la législation de 2009, les critères d'exclusion se trouvent énoncés dans le règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, mais dans l'optique que toutes les dispositions quant au choix des opérateurs économiques, et à l'instar des critères d'attribution, se retrouvent dans un texte légal, ces dispositions sont transposées dans le projet de loi.

A l'instar des dispositions énoncées dans les articles 222 à 225 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi sur les marchés publics, des motifs d'exclusions obligatoires et des motifs d'exclusions facultatifs sont prévus. La directive 2014/24/UE innove cependant dans la mesure où des dérogations sont possibles.

En ce qui concerne les exclusions, les considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 100 à 102) apportent les précisions suivantes : *« Les pouvoirs adjudicateurs devraient en outre pouvoir exclure des opérateurs économiques qui se seraient avérés non fiables, par exemple pour manquement à des obligations environnementales ou sociales, y compris aux règles d'accessibilité pour les personnes handicapées, ou pour d'autres fautes professionnelles graves telles que la violation de règles de concurrence ou de droits de propriété intellectuelle. Il convient de préciser qu'une faute professionnelle grave peut remettre en question l'intégrité d'un opérateur économique et avoir pour conséquence que celui-ci ne remplit pas les conditions requises pour se voir attribuer un marché public, indépendamment du fait qu'il disposerait par ailleurs des capacités techniques et économiques pour exécuter le marché concerné.*

Compte tenu du fait qu'ils seront responsables des conséquences d'une éventuelle décision erronée de leur part, les pouvoirs adjudicateurs devraient également avoir la faculté de considérer qu'il y a eu faute professionnelle grave lorsque, avant qu'une décision finale et contraignante quant à l'existence de motifs d'exclusion obligatoires ne soit prise, ils peuvent démontrer, par tout moyen approprié, que l'opérateur économique a manqué à ses obligations, y compris ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale, sauf disposition contraire du droit national. Ils devraient également pouvoir exclure des candidats ou des soumissionnaires lorsque des défaillances importantes dans l'exécution d'obligations essentielles ont été constatées lors de l'exécution de marchés publics antérieurs, par exemple un défaut de fourniture ou d'exécution, des carences notables du produit ou du service fourni qui le rendent impropre aux fins prévues, ou un comportement fautif jetant sérieusement le doute quant à la fiabilité de l'opérateur économique. La législation nationale devrait prévoir une durée maximale pour ces exclusions.

Lorsqu'ils appliquent des motifs facultatifs d'exclusion, les pouvoirs adjudicateurs devraient accorder une attention particulière au principe de proportionnalité. Des irrégularités mineures ne devraient entraîner l'exclusion d'un opérateur économique que dans des circonstances

exceptionnelles. Toutefois, des cas répétés d'irrégularités mineures peuvent susciter des doutes quant à la fiabilité d'un opérateur économique, ce qui pourrait justifier son exclusion.

« Il convient cependant de laisser aux opérateurs économiques la possibilité de prendre des mesures de mise en conformité visant à remédier aux conséquences de toute infraction pénale ou faute et à empêcher effectivement que celles-ci ne se reproduisent. Il pourrait notamment s'agir de mesures concernant leur organisation et leur personnel, comme la rupture de toute relation avec des personnes ou des organisations impliquées dans ces agissements, des mesures appropriées de réorganisation du personnel, la mise en œuvre de systèmes de déclaration et de contrôle, la création d'une structure d'audit interne pour assurer le suivi de la conformité et l'adoption de règles internes de responsabilité et de réparation. Lorsque ces mesures offrent des garanties suffisantes, l'opérateur économique concerné ne devrait plus être exclu pour ces seuls motifs. Les opérateurs économiques devraient avoir la possibilité de demander que soient examinées les mesures de mise en conformité prises en vue d'une éventuelle admission à la procédure de passation de marché »

En ce qui concerne l'exclusion des sous-traitants, il doit être précisé que le paragraphe 8 permet au pouvoir adjudicateur d'exiger, au moment de l'analyse des offres, le remplacement d'un sous-traitant au lieu de considérer l'offre comme étant non conforme. Cependant, cette disposition peut également trouver à s'appliquer après l'adjudication. En effet, l'article 71 de la directive contient essentiellement des dispositions destinées à s'appliquer à l'exécution des marchés publics.

Art.30. Critères de sélection

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 58 paragraphes 1 à 5 de la directive 2014/24/UE. Dans le règlement grand-ducal modifié du 3 août 2009 portant exécution de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, les dispositions quant aux critères de sélection sont énoncées aux articles 232 à 237.

Les précisions suivantes sont apportées dans l'exposé des motifs de la directive (cf. considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 83)), « Les exigences disproportionnées relatives à la capacité économique et financière de l'opérateur constituent souvent un obstacle injustifié à la participation des PME aux marchés publics. Il conviendrait que toute exigence de cet ordre soit liée et proportionnée à l'objet du marché. En particulier, les pouvoirs adjudicateurs ne devraient pas être autorisés à exiger que les opérateurs économiques aient un chiffre d'affaires minimum qui serait disproportionné par rapport à l'objet du marché; en règle générale, le montant exigé ne devrait pas être supérieur au double de la valeur estimée du marché. Toutefois, dans des circonstances dûment justifiées, il devrait être possible d'appliquer des exigences plus strictes. Cela pourrait être le cas lorsque l'exécution du marché comporte des risques importants ou lorsque la bonne exécution du marché dans les délais est essentielle, par exemple parce qu'elle conditionne l'exécution d'autres marchés.

Dans ces cas dûment justifiés, les pouvoirs adjudicateurs devraient demeurer libres de décider de façon autonome s'il serait opportun et pertinent d'imposer des seuils plus élevés de chiffre d'affaires minimum, sans faire l'objet d'un contrôle administratif ou judiciaire. Lorsque des seuils plus élevés de chiffre d'affaires minimum s'appliquent, les pouvoirs adjudicateurs devraient rester libres

d'en fixer le niveau tant que celui-ci est lié et proportionné à l'objet du marché. Lorsque le pouvoir adjudicateur décide que le montant du chiffre d'affaires minimum exigé devrait être supérieur au double de la valeur estimée du marché, le rapport individuel ou les documents de marché devraient comporter une mention des principaux motifs justifiant son choix.

Les pouvoirs adjudicateurs devraient également pouvoir demander des informations sur le ratio entre, par exemple, les éléments d'actif et de passif des comptes annuels. Un ratio positif, indiquant que le niveau des actifs est supérieur à celui des passifs, pourrait constituer un élément supplémentaire prouvant que la capacité financière d'un opérateur économique est suffisante. »

Art 31. Moyens de preuve

Cet article transpose l'article 60 de la directive 2014/24/UE, et prévoit en détail quels moyens de preuve peuvent être admis dans le cadre de l'évaluation des offres ou des candidatures.

Art. 32. Normes d'assurance et de qualité et normes de gestion environnementale :

Cet article transpose l'article 62 de la directive 2014/24/UE, et règle la question quels certificats relatifs aux normes d'assurance et de qualité et aux normes de gestion environnementale peuvent être demandés, respectivement quels moyens de preuve d'équivalence sont admises.

Art. 33 Recours aux capacités d'autres entités

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 63 paragraphes 1 et 2 de la directive 2014/24/UE. Cette question se pose souvent quand des soumissionnaires remettent des offres en recourant à des sous-traitants, et ont besoin de leurs capacités pour remplir les critères de minima de sélection imposés. Cet article se base sur une jurisprudence constante de la Cour de Justice de l'Union européenne.

Art 34. Listes officielles d'opérateurs économiques agréés et certification par des organismes de droit public ou de droit privé

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 64 de la directive 2014/24/UE. Cet article a pour vocation de conférer une base légale à la possibilité d'établissement de listes officielles d'opérateurs économiques agréés et à la possibilité de certification par des organismes de droit public ou de droit privé. Actuellement il n'est pas fait usage de telles listes ou certifications, et dans l'hypothèse où il serait décidé d'en faire usage, les détails devraient être clarifiés par voie de règlement grand-ducal.

SOUS - SECTION III - ATTRIBUTION DES MARCHÉS ET MOYENS DE PREUVE RELATIFS À LA CONFORMITÉ TECHNIQUE DE L'OFFRE

Art. 35. Critères d'attribution

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 67 de la directive 2014/24/UE.

Les considérations exposées à titre liminaire de la directive au sujet de cet article sont très exhaustives et méritent d'être relatés ci-dessous afin de donner une perception optimale de l'utilisation qui pourra être faite de ces critères :

« Les critères d'attribution constituent une notion essentielle de la présente directive. Il importe par conséquent que les dispositions correspondantes soient présentées d'une manière aussi simple et rationnelle que possible. À cette fin, les termes "offre économiquement la plus avantageuse" peuvent être utilisés comme notion prépondérante, puisque toutes les offres retenues devraient en fin de compte être sélectionnées en fonction de ce que le pouvoir adjudicateur concerné considère comme étant la meilleure solution sur le plan économique parmi celles proposées. Afin d'éviter les confusions avec le critère d'attribution actuellement dénommé "offre économiquement la plus avantageuse" figurant dans les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, il convient d'utiliser une terminologie différente pour désigner cette notion, à savoir le "meilleur rapport qualité/prix". Par conséquent, ce critère devrait être interprété conformément à la jurisprudence relative aux directives précitées, sauf lorsqu'il existe une solution clairement et matériellement différente dans le cadre de la présente directive. »

« Le marché devrait être attribué selon des critères objectifs qui assurent le respect des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement, dans le but de garantir une comparaison objective de la valeur relative des offres afin de déterminer, dans des conditions de concurrence effective, quelle est l'offre économiquement la plus avantageuse. Il convient d'indiquer expressément que l'offre économiquement la plus avantageuse devrait être évaluée sur la base du meilleur rapport qualité/prix, qui devrait dans tous les cas comporter un élément en rapport avec le prix ou le coût. Il y a également lieu de préciser que cette évaluation de l'offre économiquement la plus avantageuse pourrait aussi être fondée exclusivement sur le prix ou le rapport coût/efficacité. Il convient par ailleurs de rappeler que les pouvoirs adjudicateurs sont libres de fixer des normes de qualité adéquates en arrêtant des spécifications techniques ou des conditions d'exécution du marché.

Pour favoriser les passations de marchés publics davantage orientées vers la qualité, les États membres devraient être autorisés à interdire ou limiter, lorsqu'ils le jugent approprié, le recours au seul critère de prix ou de coût pour évaluer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement lors de l'attribution des marchés, les pouvoirs adjudicateurs devraient être tenus d'instaurer la transparence nécessaire pour permettre à tous les soumissionnaires d'être raisonnablement informés des critères et des modalités qui seront appliqués lors de la décision d'attribution du marché. Les pouvoirs adjudicateurs devraient par conséquent être tenus d'indiquer les critères d'attribution du marché, ainsi que la pondération relative qui sera conférée à chacun d'entre eux. Les pouvoirs adjudicateurs devraient cependant être

autorisés à déroger à l'obligation d'indiquer la pondération des critères d'attribution dans des cas dûment justifiés, qu'ils doivent être en mesure de motiver, lorsque cette pondération ne peut pas être établie au préalable, notamment en raison de la complexité du marché. Dans de tels cas, ils devraient indiquer les critères par ordre décroissant d'importance. »

« Lorsqu'ils évaluent le meilleur rapport qualité/prix, les pouvoirs adjudicateurs devraient établir les critères économiques et qualitatifs liés à l'objet du marché qu'ils appliqueront à cette fin. Ces critères devraient donc permettre une évaluation comparative du niveau de prestation offert par chaque soumissionnaire par rapport à l'objet du marché, tel qu'il est défini dans les spécifications techniques. Dans le cadre du meilleur rapport qualité/prix, une liste non exhaustive de critères d'attribution susceptibles d'être utilisés, comprenant notamment les aspects sociaux et environnementaux, figure dans la présente directive. Il y a lieu d'encourager les pouvoirs adjudicateurs à retenir les critères d'attribution qui leur permettent d'obtenir des travaux, des fournitures ou des services de grande qualité qui correspondent idéalement à leurs besoins.

Les critères retenus ne devraient pas conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, ils devraient garantir une concurrence effective et équitable et être accompagnés de modalités qui permettent de vérifier effectivement les informations fournies par les soumissionnaires.

Afin de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, il convient que la décision d'attribution du marché ne soit pas fondée exclusivement sur des critères autres que le coût. Les critères qualitatifs devraient dès lors être assortis d'un critère de coût qui pourrait être, au choix du pouvoir adjudicateur, soit le prix, soit une approche coût/efficacité telle que le coût du cycle de vie. Toutefois, les critères d'attribution ne devraient pas avoir d'incidence sur l'application de dispositions nationales établissant la rémunération de certains services ou imposant un prix fixe pour certaines fournitures.»

« Lorsque des dispositions nationales établissent la rémunération de certains services ou imposent un prix fixe pour certaines fournitures, il convient de préciser qu'il demeure possible d'évaluer le rapport qualité/prix sur la base d'autres facteurs que le seul prix ou la seule rémunération. Selon le service ou le produit concerné, ces facteurs pourraient, par exemple, inclure les conditions de livraison et de paiement, des aspects liés au service après-vente (par exemple l'étendue des services de conseil et de remplacement) ou des aspects sociaux ou environnementaux (par exemple le fait que des livres aient ou non été imprimés sur du papier recyclé ou du papier produit à partir de bois issu de sources durables, les coûts imputés aux externalités environnementales ou le fait que l'intégration sociale de personnes défavorisées ou de membres de groupes vulnérables parmi le personnel assigné à l'exécution du marché ait ou non été facilitée). Étant donné qu'il existe de nombreuses possibilités pour évaluer le rapport qualité/prix sur la base de critères matériels, il convient d'éviter de recourir au tirage au sort comme unique moyen d'attribuer le marché. »

« Lorsque la qualité du personnel employé est déterminante pour le niveau d'exécution du marché, les pouvoirs adjudicateurs devraient également être autorisés à utiliser comme critère d'attribution l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché en question, étant donné que cela peut affecter la qualité de l'exécution du marché et, par conséquent, la valeur économique de l'offre. Cela pourrait être le cas, par exemple, des marchés de services intellectuels tels que des services de conseil ou d'architecte. Les pouvoirs adjudicateurs ayant

recours à cette possibilité devraient s'assurer, par des moyens contractuels appropriés, que le personnel assigné à l'exécution du marché répond effectivement aux normes de qualité spécifiées et qu'il ne peut être remplacé qu'avec l'accord du pouvoir adjudicateur qui vérifie que le personnel de remplacement offre un niveau de qualité équivalent. »

« En outre, afin que les considérations sociales et environnementales soient mieux prises en compte dans les procédures de passation de marché, il convient que les pouvoirs adjudicateurs soient autorisés à appliquer des critères d'attribution ou des conditions d'exécution de marché liés aux travaux, produits ou services à fournir en vertu du marché public sous tous leurs aspects et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, depuis l'extraction des matières premières utilisées pour le produit jusqu'au stade de l'élimination de celui-ci, y compris les facteurs intervenant dans le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation et ses conditions, desdits travaux, produits ou services, ou dans un processus spécifique lié à un stade ultérieur de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel. À titre d'exemple, sont à considérer comme des critères et des conditions applicables à ce type de processus de production ou de prestation ceux prévoyant que des substances chimiques toxiques n'entrent pas dans la fabrication des produits achetés ou que les services achetés sont fournis en utilisant des machines économes en énergie. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, il s'agit également de critères d'attribution ou de conditions d'exécution du marché relatifs à la fourniture ou à l'utilisation de produits issus du commerce équitable lors de l'exécution du marché à attribuer. Les critères et conditions concernant la commercialisation et ses conditions peuvent par exemple mentionner que le produit concerné est issu du commerce équitable, y compris l'obligation de payer aux producteurs un prix minimum et une majoration de prix. Parmi les conditions d'exécution du marché liées aux considérations environnementales pourraient figurer, par exemple, la livraison, l'emballage et l'élimination des produits et, pour ce qui est des marchés de travaux ou de services, la minimisation des déchets et l'utilisation efficace des ressources.

Toutefois, la condition de l'existence d'un lien avec l'objet du marché exclut les critères et conditions relatifs à la politique générale de l'entreprise, qui ne peuvent être considérés comme un élément caractérisant le processus spécifique de production ou de fourniture des travaux, produits ou services achetés. Les pouvoirs adjudicateurs ne devraient dès lors pas être autorisés à exiger des soumissionnaires qu'ils aient mis en place une politique particulière de responsabilité sociale ou environnementale de l'entreprise.»

« Il est essentiel que les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché concernant les aspects sociaux du processus de production aient trait aux travaux, produits ou services à fournir en vertu du marché. En outre, ils devraient être appliqués conformément à la directive 96/71/CE, selon l'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne, et ne devraient pas être retenus ou appliqués de telle façon qu'ils créent une discrimination directe ou indirecte à l'encontre d'opérateurs économiques d'autres États membres ou de pays tiers parties à l'AMP ou à des accords de libre-échange auxquels l'Union est partie. Dès lors, les exigences concernant les conditions de travail de base réglementées par la directive 96/71/CE, telles que les taux minimaux de rémunération, devraient demeurer au niveau établi par le droit national ou par des conventions collectives appliqués conformément au droit de l'Union dans le cadre de ladite directive.

Les conditions d'exécution du marché pourraient également viser à favoriser la mise en œuvre de mesures destinées à promouvoir l'égalité des hommes et des femmes au travail, une plus grande participation des femmes au marché du travail et la conciliation de la vie professionnelle et de la vie privée, la protection de l'environnement ou le bien-être animal, à assurer le respect pour l'essentiel des dispositions des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT), ainsi qu'à recruter davantage de personnes défavorisées que ne l'exige la législation nationale. »

Art. 36. Spécifications techniques, labels, rapports d'essai ou autres moyens de preuve

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 42, paragraphes 1, 5 et 6, de l'article 43, paragraphe 1^{er} (le premier et les deux derniers alinéas) et de l'article 44, paragraphe 1^{er} de la directive 2014/24/UE. Sont transposées dans la loi les dispositions qui sont utiles à la détermination de la conformité technique de l'offre et aux moyens de preuve, tandis que la majeure partie des règles relatives à la définition, à la détermination, à la formulation et aux caractéristiques des spécificités techniques, des labels, rapports d'essais et certification, édictés par les articles 42 à 44 de la directive, ont été transposés dans le règlement grand-ducal.

En ce qui concerne les spécifications techniques, les considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 74 à 77) apportent les précisions suivantes :

« Il est nécessaire que les spécifications techniques établies par les acheteurs publics permettent d'ouvrir les marchés publics à la concurrence et d'atteindre les objectifs de durabilité. À cet effet, la présentation d'offres reflétant la diversité des solutions techniques, des normes et des spécifications techniques existant sur le marché, y compris celles définies sur la base de critères de performance liés au cycle de vie et à la durabilité du processus de production des travaux, fournitures et services, devrait être possible.

Les spécifications techniques devraient donc être élaborées de manière à éviter de restreindre artificiellement la concurrence en instaurant des exigences qui favorisent un opérateur économique particulier en reprenant les principales caractéristiques des fournitures, services ou travaux qu'il propose habituellement. La rédaction des spécifications techniques en termes de performances et d'exigences fonctionnelles permet généralement d'atteindre au mieux cet objectif. Les exigences fonctionnelles et celles liées aux performances sont également des moyens appropriés pour promouvoir l'innovation dans la passation de marchés publics et elles devraient être utilisées aussi largement que possible. Lorsqu'il est fait référence à une norme européenne ou, à défaut, à une norme nationale, les offres fondées sur des standards équivalents devraient être prises en compte par les pouvoirs adjudicateurs. Il devrait incomber à l'opérateur économique de prouver l'équivalence avec le label demandé.

Pour prouver cette équivalence, il devrait être possible d'exiger des soumissionnaires qu'ils fournissent des attestations de tiers. Il convient toutefois d'admettre d'autres moyens de preuve appropriés, tels que le dossier technique du fabricant, lorsque l'opérateur économique concerné n'a pas accès à de tels certificats ou rapports d'essai ni la possibilité de se les procurer dans les délais requis, à condition que l'opérateur économique concerné prouve ainsi que les travaux, fournitures ou

services remplissent les conditions ou critères énoncés dans les spécifications techniques, les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché.

Les pouvoirs adjudicateurs qui souhaitent acquérir des travaux, fournitures ou services présentant des caractéristiques spécifiques d'ordre environnemental, social ou autre devraient pouvoir faire référence à un label précis, comme l'écolabel européen, un écolabel (pluri)national ou tout autre label, à condition que les exigences attachées au label soient liées à l'objet du marché telles que les exigences relatives à la description et à la présentation du produit, notamment à son emballage. Il est également essentiel que ces exigences soient définies et adoptées sur la base de critères objectivement vérifiables, suivant une procédure à laquelle les parties concernées, telles que les organismes publics, les consommateurs, les fabricants, les distributeurs ou les organisations environnementales, peuvent participer, et que le label soit accessible à tous les intéressés et qu'ils puissent l'obtenir. Il convient de préciser que les parties concernées pourraient être des organismes publics ou privés, des entreprises ou tout type d'organisation non gouvernementale (organisation qui ne fait pas partie d'un gouvernement et qui n'est pas une entreprise traditionnelle).

Il convient également de préciser que des organisations ou organismes publics ou nationaux particuliers peuvent participer à la définition des exigences en matière de label susceptibles d'être utilisées dans le cadre d'un marché passé par des pouvoirs publics sans que ces organisations ou organismes perdent leur statut de tierces parties.

La référence à des labels ne devrait pas avoir pour effet de freiner l'innovation.

Pour tous les achats destinés à être utilisés par des personnes physiques, qu'il s'agisse du grand public ou du personnel du pouvoir adjudicateur, il est nécessaire que les pouvoirs adjudicateurs prévoient des spécifications techniques de façon à prendre en compte, sauf dans des cas dûment justifiés, des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou d'adaptation de la conception à tous les utilisateurs.

Lors de l'élaboration des spécifications techniques, les pouvoirs adjudicateurs devraient tenir compte des exigences découlant du droit de l'Union en matière de protection des données, en particulier en ce qui concerne la conception du traitement des données à caractère personnel (protection des données dès la conception) »

Art. 37. Coût du cycle de vie

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 68 de la directive 2014/24/UE.

Les considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 96) apportent les précisions suivantes : « *La notion de calcul du coût du cycle de vie couvre tous les coûts supportés durant le cycle de vie des travaux, fournitures ou services. Elle englobe les coûts internes, tels que la recherche à réaliser, le développement, la production, le transport, l'utilisation, la maintenance et le traitement en fin de vie, mais peut également comprendre les coûts imputés aux externalités environnementales, tels que la pollution causée par l'extraction des matières premières utilisées dans le produit ou par le produit lui-même ou sa fabrication, à condition qu'ils puissent être monétisés et*

faire l'objet d'un suivi. Les méthodes utilisées par les pouvoirs adjudicateurs pour évaluer les coûts imputés aux externalités environnementales devraient être établies au préalable d'une manière objective et non discriminatoire et être accessibles à toutes les parties intéressées. Ces méthodes peuvent être arrêtées au niveau national, régional ou local mais, pour éviter des distorsions de concurrence résultant de méthodes taillées sur mesure, il convient qu'elles demeurent générales dans le sens qu'elles ne devraient pas être spécifiquement mises en place pour une procédure de passation de marché public particulière.

Art.38. Offres anormalement basses

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 69 de la directive 2014/24/UE.

Les considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 103) apportent les précisions suivantes : *« Les offres qui paraissent anormalement basses par rapport aux travaux, fournitures ou services concernés pourraient reposer sur des hypothèses ou des pratiques techniquement, économiquement ou juridiquement contestables. Si le soumissionnaire ne peut pas fournir d'explication satisfaisante, le pouvoir adjudicateur devrait être autorisé à rejeter son offre. Ce rejet devrait être obligatoire dans les cas où le pouvoir adjudicateur constate que ce prix ou ces coûts anormalement bas sont dus à des manquements aux obligations découlant du droit de l'Union ou du droit national compatible avec celle-ci en matière de droit social et du travail ou de droit environnemental, ou de dispositions internationales en matière de droit du travail. ».*

Ces dispositions sont complétées par voie de règlement grand-ducal. Les règles relatives à la justification des prix du règlement grand-ducal du 3 août 2009 (articles 80 à 82) seront maintenues dans le nouveau projet de règlement grand-ducal d'exécution. Le texte de la directive le permet, considérant l'emploi du terme *« notamment »*.

Par ailleurs, les formalités énoncées à l'article 82 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 sont reprises dans le texte du projet de loi.

CHAPITRE V – RENONCIATION À UNE MISE EN ADJUDICATION ET ANNULATION

Art. 39. Hypothèses

Ces articles figurent dans l'actuel règlement grand-ducal (articles 83 et 91 à 94). Comme la loi contient désormais, en raison de la transposition des directives, davantage de règles procédurales en ce qui concerne la phase d'attribution des marchés, il fut décidé d'insérer les dispositions relatives à la renonciation à la mise en adjudication et à l'annulation de la mise en adjudication dans le projet de texte sous rubrique.

Il est à noter qu'à défaut de définition ou d'autres précisions des deux concepts de renonciation et d'annulation d'une mise en adjudication par les textes les prévoyant, une décision récente de la Cour administrative (arrêt du 20 octobre 2015, n° 36094C du rôle), retient que la renonciation constitue l'abandon du marché pour des considérations internes au pouvoir

adjudicateur qui peuvent relever de l'opportunité ou de contraintes internes. Par contre, l'annulation constitue l'abandon provisoire ou définitif d'un marché public en raison de circonstances externes au pouvoir adjudicateur et pour des raisons en principe indépendantes de sa volonté. Par ailleurs, le même arrêt précise que les hypothèses d'annulation énumérées sont exhaustives et les seules autres causes de nullité à part celles énumérées dans cet article sont celles prévues dans d'autres articles de textes légaux.

Art.40. Nouvelle mise en adjudication après annulation

L'article 40 dispose qu'en principe la remise en adjudication d'une procédure ouverte se fera par une nouvelle procédure ouverte, ce afin d'éviter que l'annulation d'une mise en adjudication ait lieu afin d'avoir facilement la possibilité de procéder ensuite par la procédure négociée. Le texte est repris de l'article 92 du règlement grand-ducal du 3 août 2009.

Art. 41. Analyse des prix

L'article 41 donne la possibilité de solliciter une analyse des prix dans le cadre de la seconde soumission, après annulation d'une première mise en adjudication, même si les prix ne sont pas anormalement bas. Le texte est repris de l'article 93 du règlement grand-ducal du 3 août 2009.

TITRE III – EXÉCUTION DES MARCHÉS PUBLICS

Art.42. Respect des règles applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 18, paragraphe 2 de la directive 2014/24/UE. Il s'agit de la clause sociale horizontale. Désormais la législation sur les marchés publics met un accent particulier sur le respect des obligations en matière de droit environnemental, social et de travail. En cas de non-respect de ces normes, la résiliation pour faute grave dans l'exécution du marché, voire même l'exclusion de la participation aux marchés publics constituent une sanction possible, à côté évidemment des sanctions prévues en raison des normes directement violées.

Art. 43. Modification de marchés en cours

Cette disposition constitue la transposition à la lettre de l'article 72 de la directive 2014/24/UE, qui précise les conditions dans lesquelles des modifications apportées à un marché en cours d'exécution imposent une nouvelle procédure de passation de marché.

Les nouvelles règles érigent en principe l'interdiction des modifications substantielles du contrat, qui attestent de l'intention des parties de renégocier des éléments considérés comme essentiels du marché « *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. » (cf. les considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 107), : « C'est notamment le cas de conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale, auraient influé sur son issue ».

Les contours de la notion de modification substantielle sont fixés au paragraphe 4, sur base des enseignements de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Des exceptions à l'interdiction sont cependant prévues. Il y a lieu de se référer aux observations liminaires pour connaître les motifs qui sous-tendent les dispositions :

Il a été considéré qu'il « devrait toujours être possible d'apporter au marché des modifications entraînant une variation mineure de sa valeur jusqu'à un certain montant, sans devoir recourir à une nouvelle procédure de passation de marché. À cet effet, et afin de garantir la sécurité juridique, des seuils minimaux sont prévus, en dessous desquels une nouvelle procédure de passation de marché n'est pas nécessaire. » (cf. considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 107). Des modifications allant au-delà de ces seuils restent possibles sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à une nouvelle procédure de passation de marché, pour autant que lesdites modifications respectent les conditions pertinentes énoncées au paragraphe 1.

Le paragraphe 1, lettre a) porte sur l'application de clauses de réexamen ou d'options, prévues dans le marché même. Conformément aux considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 111), « les pouvoirs adjudicateurs devraient avoir la possibilité de prévoir de telles clauses dans le marché même, sans cependant leur laisser toute latitude en la matière. Ainsi, «une clause de réexamen ou d'option, formulée de manière suffisamment claire, peut notamment prévoir des indexations de prix ou garantir, par exemple, que des équipements de communication devant être livrés sur une période de temps donnée restent appropriés également en cas de modification de protocoles de communication ou d'autres modifications technologiques. Il devrait également être possible, en vertu de clauses suffisamment claires, de prévoir des adaptations du marché rendues nécessaires par des difficultés techniques apparues pendant l'utilisation ou l'entretien. En outre, il y a lieu de rappeler qu'un marché pourrait, par exemple, à la fois comporter un entretien ordinaire et prévoir des opérations d'entretien extraordinaires qui pourraient s'avérer nécessaires pour assurer la continuité d'un service public. ».

Aux termes des considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 109), le paragraphe 1, lettre c) a été adopté pour rencontrer le cas de « circonstances extérieures que les pouvoirs adjudicateurs ne pouvaient prévoir au moment de l'attribution du marché, notamment lorsque l'exécution de celui-ci s'étend sur une plus longue période. Dans un tel cas, une certaine marge de manœuvre est nécessaire pour pouvoir adapter le marché à ces circonstances sans engager de nouvelle procédure de passation de marché. Les circonstances imprévisibles sont celles que le pouvoir adjudicateur, bien qu'ayant fait preuve d'une diligence raisonnable lors de la préparation du marché initial, n'aurait pu prévoir, compte tenu des moyens à sa disposition, de la nature et des caractéristiques du projet particulier, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de l'attribution du marché et la valeur prévisible de celui-ci. Toutefois, cette définition ne saurait s'appliquer en cas de modification altérant la nature de l'ensemble du marché, par exemple lorsque les travaux, fournitures ou services faisant l'objet du marché sont remplacés par une commande différente ou que le type de marché est

fondamentalement modifié, puisque l'on peut, dans ce cas, présumer que cette modification serait de nature à influencer éventuellement sur l'issue du marché. ».

Tel qu'expliqué dans les considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 110), le paragraphe 1^{er}, lettre d) permettra d'éviter qu'il ne soit nécessaire de recourir à une nouvelle procédure de passation de marché en cas de réorganisation économique ou juridique de l'adjudicataire. Cette disposition pourrait être utile, *« notamment lorsque le marché a été attribué à plus d'une entreprise. »*. Ainsi, *« l'adjudicataire devrait pouvoir faire l'objet de certaines modifications structurelles durant l'exécution du marché (restructurations purement internes, rachat, fusions et acquisitions ou insolvabilité), sans que ces modifications structurelles requièrent automatiquement l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché pour tous les marchés publics dont il assure l'exécution. »*

Si les modifications envisagées vont au-delà des seuils visés aux paragraphes 2 et 3, et si aucune des hypothèses énoncées ci-avant ne trouve à s'appliquer, il reste possible, en application du paragraphe 1^{er}, lettre e), de procéder à des modifications sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à une nouvelle procédure de passation de marché, s'il s'agit de modifications qui ne sont pas substantielles, au sens du paragraphe 4, qui énonce les critères permettant de définir cette notion.

Il y a lieu de préciser qu'est désormais considérée comme modification d'un marché ce qui fut considéré tant par la législation nationale que par les directives communautaires antérieures comme « marché complémentaire », pour lequel le recours à la procédure négociée était, si certaines conditions étaient remplies, autorisé.

Dans une telle hypothèse, qui se situe dans le cadre d'une modification d'un marché en cours, les conditions d'application restent cependant sensiblement les mêmes que pour les marchés complémentaires visés par la législation 2009.

Aux termes des considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 108), *« une modification du marché initial sans engager une nouvelle procédure de passation de marché peut être justifiée, en particulier dans le cas où les livraisons complémentaires sont destinées au renouvellement partiel ou à l'extension de services, fournitures ou installations existants, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel, des travaux ou des services revêtant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. »*.

Il convient de noter que la directive prévoit, à l'article 72, paragraphe 1^{er}, dernier alinéa, l'obligation de publier un avis de marché en cas de modification fondée sur base des hypothèses prévues aux lettres b) et c) du même paragraphe. Comme la directive ne s'adresse, en principe, qu'aux marchés relevant du champ d'application du Livre II, la publication d'un avis de marché au niveau européen n'est rendue obligatoire que pour ces marchés.

Art. 44. Résiliation de marchés

Le paragraphe 1^{er} constitue la transposition de l'article 73 de la directive 2014/24/UE, qui précise que le pouvoir adjudicateur devrait avoir la possibilité, au moins dans les trois circonstances énoncées et dans les conditions fixées par le droit national, de résilier un marché public en cours.

Les trois circonstances énoncées par l'article 73 de la directive 2014/24/UE se retrouvent inscrites au paragraphe 1^{er}, lettres a) b) et c). En ce qui concerne l'hypothèse visée par la lettre c), les considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 112) expliquent que « *les pouvoirs adjudicateurs sont parfois confrontés à des circonstances dans lesquelles ils doivent résilier un marché public afin de se conformer à des obligations relevant du droit de l'Union dans le domaine des marchés publics. Les États membres devraient dès lors veiller à ce que les pouvoirs adjudicateurs aient la possibilité, selon les conditions déterminées par le droit national, de résilier un marché public en cours si le droit de l'Union l'exige.* »

Les paragraphes 2 et 3 sont des hypothèses permettant la résiliation du marché par le pouvoir adjudicateur et par l'adjudicataire. Ces hypothèses étaient énoncées à l'article 101 du règlement grand-ducal du 3 août 2009. Il a été décidé d'intégrer ces dispositions dans la loi pour une meilleure lisibilité.

La formulation du paragraphe 4, énonçant les modalités de résiliation, est reprise de l'article 102 du règlement grand-ducal de 2009.

Art. 45. Sanctions et primes

Cet article est inchangé par rapport à la loi modifiée du 25 juin 2009.

Art. 46. Avances et acomptes

Cet article est inchangé par rapport à la loi modifiée du 25 juin 2009.

Art. 47. Décomptes

Cet article est inchangé par rapport à la loi modifiée du 25 juin 2009.

TITRE IV – DISPOSITION PARTICULIÈRES ET RÈGLES D'EXÉCUTION

CHAPITRE I – DISPOSITIONS PARTICULIÈRES CONCERNANT LES MARCHÉS PUBLICS CONCLUS PAR LES POUVOIRS ADJUDICATEURS RELEVANT DE L'ÉTAT OU DES ENTITÉS ASSIMILÉES.

Art. 48. Décomptes pour ouvrages importants

Cet article est inchangé par rapport à la loi modifiée du 25 juin 2009.

CHAPITRE II – DISPOSITIONS PARTICULIÈRES CONCERNANT LES MARCHÉS PUBLICS DES POUVOIRS ADJUDICATEURS RELEVANT DES COMMUNES OU DES ENTITÉS ASSIMILÉES

Il est à remarquer que les articles 49 et 50 s'appliquent aux marchés publics relevant des communes et des entités assimilées.

Art. 49. Clause préférentielle en faveur d'un soumissionnaire local

Cet article est inchangé par rapport à la loi modifiée du 25 juin 2009.

Art. 50. Suspension et annulation

Cet article est inchangé par rapport à la loi modifiée du 25 juin 2009.

CHAPITRE III – RÈGLES D'EXÉCUTION

Art. 51. Règles d'exécution

Cet article, par rapport à la loi modifiée du 25 juin 2009, ne prévoit plus d'exemption pour le Fonds de logement à coût modéré.

Est maintenue la possibilité de régler par voie de règlement grand-ducal, par institution d'un cahier général des charges, les clauses et conditions générales des marchés publics. Il est à noter que ce règlement grand-ducal transposera également les aspects plus techniques des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE.

De même est maintenue la possibilité d'instituer des cahiers spéciaux des charges standardisés, tel qu'il est actuellement le cas pour les marchés publics de travaux dans le secteur du bâtiment par le biais du règlement grand-ducal du 24 mars 2014 portant institution de cahiers spéciaux des charges standardisés en matière de marchés publics, et qui restera en vigueur.

LIVRE II – DISPOSITIONS PARTICULIÈRES RELATIVES AUX MARCHÉS D'UNE CERTAINE ENVERGURE

TITRE I^{er} – CHAMP D'APPLICATION

CHAPITRE I^{er} – SEUILS

Art. 52. Montants des seuils

Le texte de cet article constitue la transposition de l'article 4 de la directive 2014/24/UE. Il fixe les seuils rendant applicables les dispositions du Livre II. Cette disposition existe également dans la loi modifiée du 25 juin 2009 et était reprise à l'article 21.

Par rapport à la législation antérieure, un nouveau seuil de 750.000.- € a été introduit pour les marchés relatifs aux services sociaux et autres services spécifiques visés à l'annexe VIII. Il est notamment question des services à la personne tels que certains services sociaux, de santé et d'éducation, mais pas uniquement. Tel qu'exposé dans le cadre des considérations liminaires de la directive (n° 114), de tels services « *sont fournis dans un cadre spécifique qui varie grandement d'un État membre à l'autre, du fait de traditions culturelles différentes.* » Des règles plus souples se justifient par le fait que « *ces catégories de services conservent, par leur nature intrinsèque, une dimension transnationale limitée* ». Raison pour laquelle il a été jugé qu'il convenait de « *mettre en place un régime spécifique pour les marchés publics portant sur de tels services, dont le seuil est plus élevé que celui qui s'applique à d'autres services.* »

« *Les services à la personne dont la valeur n'atteint pas ce seuil n'intéresseront généralement pas les prestataires d'autres États membres sauf indication concrète du contraire, par exemple lorsque l'Union intervient dans le financement de projets transfrontaliers.* ». Des règles spécifiques, plus souples, sont édictées dans un chapitre qui est dédié spécifiquement à la passation de marchés portant sur de tels services, à condition que le seuil soit atteint (cf. commentaire de l'article qui transpose l'article 76).

Il convient de préciser que, conformément à l'article 6 de la directive 2014/24/UE, la Commission européenne procède à une révision périodique tous les deux ans des seuils exprimés en euros, conformément à *Accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les marchés publics (AMP)* afin de les adapter, si nécessaire, aux éventuelles variations de la valeur de l'euro par rapport au droit de tirage spécial. Ces révisions se font par règlement de la Commission européenne qui est publié au *Journal officiel de l'Union européenne* ; ces seuils actualisés sont actuellement publiés par voie de communication au Mémorial B par les soins du ministre ayant dans ses attributions les travaux publics, et il est prévu maintenir cette publication.

En date du 1er janvier 2016, les seuils d'application pour les procédures de passation des marchés publics de travaux, fournitures et services ont été modifiés.

Art. 53. Méthodes de calcul de la valeur estimée du marché

Le texte de cet article constitue la transposition de l'article 5 de la directive 2014/24/UE. Il fixe les méthodes de calcul afin de déterminer si une procédure de marchés publics devra être passée conformément aux dispositions du Livre Ier ou du Livre II. Cette disposition existait dans la loi modifiée du 25 juin 2009 et figurait à l'article 23.

Si les règles n'ont pas fondamentalement été modifiées, les termes de l'article en eux-mêmes ont été adaptés en fonction de ceux employés à l'article 5 de la directive 2014/24/UE.

Tel que précisé dans le cadre des considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 19), *« aux fins de l'estimation de la valeur d'un marché, toutes les recettes doivent être prises en compte, qu'elles proviennent du pouvoir adjudicateur ou de tiers. »*

Enfin, en ce qui concerne le paragraphe 9, qui dispose qu'un projet visant à acquérir des fournitures homogènes, peut donner lieu à des marchés séparés, les considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 19), *« aux fins de l'estimation des seuils, on devrait entendre par "fournitures homogènes", des produits destinés à des usages identiques ou similaires tels que la fourniture d'une gamme de denrées alimentaires ou de différents articles de mobilier de bureau. En règle générale, un opérateur économique exerçant des activités dans le domaine concerné devrait vraisemblablement disposer de ces fournitures dans sa gamme normale de produits »*.

CHAPITRE II – EXCLUSIONS ET SITUATIONS SPÉCIFIQUES

SECTION I - EXCLUSIONS

Ce chapitre comporte une énumération des cas de figure auxquels les dispositions du Livre II ne s'appliquent pas

Art. 54 : Marchés passés dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 7 de la directive 2014/24/UE.

Cet article dispose que les marchés tombant dans le champ d'application du Livre III sont exclus du champ d'application du Livre II, de même que les marchés exclus du Livre III en vertu des articles 100, 105 et 115 sont également exclus du Livre II.

Art. 55. Exclusions spécifiques dans le domaine des communications électroniques

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 8 de la directive 2014/24/UE.

L'exposé des motifs de la directive ne contient pas d'observations au sujet de ces dispositions.

Art. 56. Exclusions spécifiques pour les marchés de services

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 10 de la directive 2014/24/UE qui vise dix catégories de services en particulier.

Dans le cadre de la loi modifiée du 25 juin 2009, l'article 30 emportait déjà la non-application de la législation sur les marchés publics à plusieurs catégories de services. Les dispositions de la directive 2014/24/UE sont plus étendues.

En ce qui concerne la passation de marchés publics pour certains services de médias audiovisuels et radiophoniques par des fournisseurs de services de médias, cette disposition figurait déjà à l'article 30 b) de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics. Les considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 23) indiquent que celle-ci « *devrait pouvoir tenir compte de considérations revêtant une importance culturelle et sociale, qui rendent inadéquate l'application de règles de passation des marchés. Pour ces motifs, il faut donc prévoir une exception pour les marchés publics de services attribués par les fournisseurs de services de médias eux-mêmes visant l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes prêts à l'utilisation et d'autres services préparatoires, tels que ceux relatifs aux scénarios ou aux performances artistiques nécessaires pour la réalisation du programme. Il y a lieu également de préciser que cette exclusion devrait s'appliquer de la même manière aux services de médias de radiodiffusion et aux services à la demande (services non linéaires). Toutefois, cette exclusion ne devrait pas s'appliquer à la fourniture du matériel technique nécessaire pour la production, la coproduction et l'émission de ces programmes.* »

Il convient de noter que les expressions "services de médias audiovisuels" et "fournisseurs de services de médias", « programme » et « matériel de programme » s'entendent au sens de la directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels. Cette directive a été transposée en droit luxembourgeois par un règlement grand-ducal du 8 janvier 2015 relatif à la protection des mineurs dans les services des médias audiovisuels. Il s'agit d'un règlement d'exécution de la loi du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques.

En ce qui concerne les services d'arbitrage et de conciliation, les considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 24) rappellent que « *que les services d'arbitrage et de conciliation, ainsi que d'autres modes alternatifs similaires de règlement des conflits, sont habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont agréés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation des marchés publics. Il convient de préciser que la présente directive ne s'applique pas aux marchés de services portant sur la fourniture de tels services, quelle que soit leur dénomination conformément au droit national.* » Cette disposition figurait déjà à l'article 30 c) de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

En ce qui concerne les services juridiques, les considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 25) apportent les précisions suivantes : « *Un certain nombre de services juridiques sont fournis par des prestataires de services désignés par une cour ou un tribunal d'un État membre, impliquent la représentation de clients par des avocats dans le cadre de procédures judiciaires, doivent être prestés par un notaire ou sont associés à l'exercice de l'autorité publique. De*

tels services juridiques sont habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont désignés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation des marchés publics par exemple pour la désignation de procureurs publics dans certains États membres. Ces services juridiques devraient dès lors être exclus du champ d'application de la présente directive. »

Il est à préciser que ce ne sont pas tous les services juridiques qui sont visés par cette exclusion, et que ceux qui sont pas visés par cette exclusion, sont visés par les articles 143 et suivants.

En ce qui concerne les services financiers liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, tels que visés par la disposition de l'article 10 de la directive 2014/24/UE (points e) et f)), les considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 26) apportent les précisions suivantes : *« Il convient de préciser que la notion d'instruments financiers qui figure dans la présente directive recouvre le même sens que dans d'autres textes législatifs sur le marché intérieur et que, compte tenu de la création récente du Fonds européen de stabilité financière et du Mécanisme européen de stabilité, il y a lieu d'indiquer que les opérations effectuées avec ledit Fonds et ledit mécanisme devraient être exclues du champ d'application de la présente directive. Il convient enfin de préciser que les prêts, qu'ils soient ou non associés à l'émission de titres ou d'autres instruments financiers ou à d'autres opérations les concernant, devraient être exclus du champ d'application de la présente directive. »*

En ce qui concerne les services de prévention des risques, de défense et de protection civile, tels que visés à l'article 10 lettre h) de la directive, les considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 28) apportent les précisions suivantes : *« La présente directive ne devrait pas s'appliquer à certains services d'urgence lorsque ceux-ci sont fournis par des organisations ou associations à but non lucratif, étant donné qu'il serait difficile de préserver la nature particulière de telles organisations si les prestataires de services devaient être sélectionnés conformément aux procédures définies dans la présente directive. Il convient toutefois que cette exclusion n'aille pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire. Par conséquent, il convient d'indiquer expressément que les services ambulanciers de transport de patients ne devraient pas être exclus. Dans ce contexte, il est en outre nécessaire de préciser que le code CPV 601 "Services de transport terrestre" n'inclut pas les services ambulanciers, qui relèvent de la classe CPV 8514. Il convient dès lors de préciser que les services relevant du code CPV 85143000-3, qui comprend exclusivement les services ambulanciers de transport de patients, devraient être soumis au régime spécial établi pour les services sociaux et autres services spécifiques (ci-après dénommé "régime assoupli"). Par conséquent, les marchés mixtes portant sur la fourniture de services ambulanciers en général seraient également soumis au régime assoupli si la valeur des services ambulanciers de transport de patients était supérieure à la valeur d'autres services ambulanciers. »*

En ce qui concerne les services publics de transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro, les considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 27) rappellent que *« l'article 5, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil prévoit expressément que les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE s'appliquent aux marchés (publics) de services relatifs aux services de transport public de voyageurs par autobus ou par tramway, tandis que le règlement (CE) n° 1370/2007 s'applique respectivement aux contrats de services aux contrats*

de concession de services de transport public de voyageurs par autobus ou par tramway. Il y a lieu en outre de rappeler que ledit règlement continue de s'appliquer aux marchés (publics) de services ainsi qu'aux contrats de concession de services de transport public de passagers par chemin de fer ou par métro. Pour préciser les liens entre la présente directive et le règlement (CE) n° 1370/2007, il convient de prévoir expressément que la présente directive ne devrait pas s'appliquer aux marchés publics de services relatifs aux services de transport public de passagers par chemin de fer ou par métro, dont la passation devrait continuer de relever dudit règlement. Dans la mesure où le règlement (CE) n° 1370/2007 permet que le droit national s'écarte des règles fixées dans ledit règlement, les États membres devraient pouvoir continuer de prévoir dans leur droit national que les marchés publics de services relatifs aux services de transport public de passagers par chemin de fer ou par métro doivent être attribués par une procédure de passation de marchés conforme à leur réglementation générale en matière de marchés publics. »

Enfin, concernant les services liés aux campagnes politiques, passées par un parti politique dans le cadre d'une campagne électorale, les considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 29) énoncent les observations suivantes : *« Il convient de rappeler que la présente directive ne s'applique qu'aux pouvoirs adjudicateurs des États membres. Par conséquent, les partis politiques en règle générale, qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, ne sont pas soumis à ses dispositions. Néanmoins, dans certains États membres, des partis politiques pourraient relever de la notion d'organisme de droit public.*

Toutefois, certains services (comme les services de production de films de propagande et de vidéos) sont si indissociablement liés aux opinions politiques du prestataire de services lorsque les services sont fournis dans le cadre d'une campagne électorale que, en règle générale, le mode de sélection des prestataires de services ne peut pas être régi par les règles relatives à la passation des marchés publics. Enfin, il convient de rappeler que le statut et le financement des partis politiques européens et des fondations politiques européennes sont soumis à d'autres règles que celles énoncées dans la présente directive. »

SECTION II – SITUATIONS SPÉCIFIQUES

SOUS-SECTION I – MARCHÉS SUBVENTIONNÉS

Art. 57. Marchés subventionnés par les pouvoirs adjudicateurs

Le texte de cet article constitue la transposition de l'article 13 de la directive 2014/24/UE. Cet article règle la question des marchés subventionnés qui dépassent le seuil d'application de 5.186.000 €, respectivement de 207.000.- €. Il est à préciser que pour les marchés se situant en-dessous de ces seuils, la législation sur les marchés publics ne prévoit pas, et n'a d'ailleurs pas prévu dans le passé, des règles en ce qui concerne les marchés subventionnés. Il appartient, pour ces marchés de moindre envergure, à l'entité qui octroie les subventions de décider dans quelle mesure la législation sur les marchés publics doit être respectée.

SOUS-SECTION II – SERVICES DE RECHERCHE ET DE DÉVELOPPEMENT

Art. 58. Services de recherche et de développement

Les dispositions de cet article constituent la transposition en de l'article 14 de la directive 2014/24/UE.

SOUS-SECTION III – MARCHÉS COMPORTANT DES ASPECTS AYANT TRAIT À LA DÉFENSE OU À LA SÉCURITÉ

Art.59. Défense et sécurité

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 15, paragraphe 1^{er} de la directive 2014/24/UE. Un tiret et une lettre c) a été rajoutée afin de faire le lien avec les dispositions prévues dans le cadre du Livre I relatives aux marchés passés en vertu de règles internationales (article 6, paragraphe 4).

Art 60. Marchés et concours déclarés secrets ou devant s'accompagner de mesures particulières de sécurité.

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 15, paragraphe 2 de la directive 2014/24/UE. Il a été décidé de reproduire ce texte dans le cadre d'un article séparé afin de ne pas rompre avec la structure du Livre II de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

Art.61.Marchés mixtes comportant des aspects ayant trait à la défense ou à la sécurité

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 16 de la directive 2014/24/UE.

TITRE II – RÈGLES PARTICULIÈRES APPLICABLES À LA PASSATION DES MARCHÉS RELEVANT

DU LIVRE II

CHAPITRE 1 – CHOIX DE LA PROCÉDURE ET RÈGLES APPLICABLES

SECTION 1 – CONDITIONS DE RECOURS AUX PROCÉDURES

Art. 62. Dispositions découlant de l'AMP et d'autres conventions internationales

Le texte de cet article constitue la transposition de l'article 25 de la directive 2014/24/UE.

Tel qu'exposé dans le cadre des considérations liminaires de la directive (n° 17), « *La décision 94/800/CE du Conseil a notamment approuvé l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les marchés publics (AMP). Le but de l'AMP est d'établir un cadre multilatéral de droits et d'obligations équilibrés en matière de marchés publics en vue de réaliser la libéralisation et l'expansion du commerce mondial. Pour les marchés relevant des annexes 1, 2, 4 et 5 et des notes générales relatives à l'Union européenne de l'appendice I de l'AMP ainsi que d'autres accords internationaux pertinents par lesquels l'Union est liée, les pouvoirs adjudicateurs devraient remplir les obligations prévues par ces accords en appliquant la présente directive aux opérateurs économiques des pays tiers qui en sont signataires.* » (au sujet de l'AMP et de l'adaptation des seuils, voyez aussi les considérations exposées à titre liminaire, (n° 18)).

Art. 63. Désignation des procédures

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 26 de la directive 2014/24/UE qui énonce les types de procédure auxquelles les pouvoirs adjudicateurs peuvent avoir recours dans le cadre du Livre II. L'article énonce aussi les conditions de recours à la procédure concurrentielle avec publication d'avis et au dialogue compétitif. L'article énonce la possibilité d'avoir recours à un partenariat d'innovation. Il convient de noter que « *partenariat d'innovation* » n'existait pas dans le cadre de la législation antérieure, et que la « *procédure concurrentielle avec négociation* » était connue sous la dénomination de « *marché négocié avec publication d'un avis de marché*. Les hypothèses dans lesquelles il est possible de recourir à la « *procédure concurrentielle avec négociation* » ont été élargies et sont identiques à celles permettant désormais le recours au dialogue « *dialogue compétitif* ».

Tel qu'exposé dans le cadre des considérations liminaires de la directive (n° 42), « *Il est absolument nécessaire que les pouvoirs adjudicateurs disposent de plus de souplesse pour choisir une procédure de passation de marchés prévoyant des négociations* ». Ainsi, le recours à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif est à préconiser « *dans diverses situations où une procédure ouverte ou une procédure négociée avec publication ne sont pas susceptibles de donner des résultats satisfaisants* ».

Enfin, pour ce qui est des conditions de recours à la procédure négociée sans publication d'avis, l'article renvoie à une disposition séparée, mais en précisant que les pouvoirs adjudicataires ne peuvent avoir recours à cette procédure d'exception que dans les cas et circonstances expressément visés.

Art. 64. Recours à la procédure négociée sans publication préalable

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 32 de la directive 2014/24/UE qui énonce les hypothèses dans lesquelles le recours à la procédure de marché sans publication préalable est autorisé. Comme annoncé par le paragraphe 6 de l'article 63 qui porte désignation des procédures applicables dans le cadre du Livre II, ce n'est que dans les cas et circonstances expressément visées au présent article qu'un pouvoir adjudicateur peut recourir à une procédure négociée sans publication préalable d'un appel à concurrence. L'article en question

prenant encore soin de préciser que « *Les Etats membres n'autorisent pas l'application de cette procédure dans d'autres cas que ceux visés à l'article 32* ».

Tel qu'exposé dans le cadre des considérations liminaires de la directive (n° 50), « *compte tenu de ses effets négatifs sur la concurrence, le recours à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché devrait être réservé à des circonstances très exceptionnelles. Ces exceptions devraient se limiter aux cas où une publication n'est pas possible pour des raisons d'extrême urgence résultant d'événements imprévisibles qui ne sont pas imputables au pouvoir adjudicateur ou bien lorsqu'il est clair dès le départ qu'une publication ne susciterait pas plus de concurrence ou n'apporterait pas de meilleurs résultats, en particulier parce qu'il n'existe objectivement qu'un seul opérateur économique capable d'exécuter le marché. Tel est le cas des œuvres d'art, pour lesquelles l'identité de l'artiste détermine en soi le caractère unique et la valeur de l'œuvre d'art. L'exclusivité peut aussi résulter d'autres motifs, mais le recours à la procédure négociée sans publication ne peut être justifié que dans une situation d'exclusivité objective, c'est-à-dire lorsque l'exclusivité n'a pas été créée par le pouvoir adjudicateur lui-même en vue de la passation du marché.*

Les pouvoirs adjudicateurs invoquant cette exception devraient en justifier l'absence de solutions de remplacement ou rechange raisonnables telles que le recours à d'autres canaux de distribution, y compris en dehors de l'État membre du pouvoir adjudicateur ou le fait d'envisager des travaux, fournitures ou services ayant une fonction comparable.

Lorsque l'exclusivité est due à des raisons techniques, celles-ci devraient être rigoureusement définies et justifiées au cas par cas. Parmi ces raisons pourraient par exemple figurer la quasi-impossibilité technique, pour un autre opérateur économique, de réaliser les prestations requises, ou la nécessité de recourir à un savoir-faire, des outils ou des moyens spécifiques dont ne dispose qu'un seul opérateur économique. Des raisons techniques peuvent également découler d'exigences spécifiques d'interopérabilité qui doivent être satisfaites pour garantir le fonctionnement des travaux, des fournitures ou des services achetés.

Enfin, une procédure de passation de marché n'est pas utile lorsque les fournitures sont achetées directement sur une bourse des matières premières, notamment les plateformes d'échange de produits de base telles que les bourses de produits agricoles, de matières premières et de produits énergétiques, où la structure d'échange multilatérale réglementée et contrôlée garantit naturellement les prix du marché. »

SECTION 2 – LES RÈGLES APPLICABLES AUX PROCÉDURES

Art. 65. Procédure ouverte

Les dispositions de cet article, portant sur le déroulement de la procédure ouverte, sont tirées de l'article 27 de la directive 2014/24/UE. Les dispositions de l'article de la directive qui ont trait à la fixation des délais pour la réception des offres et à la réduction desdits délais sont insérées dans le règlement grand-ducal portant exécution de la loi sur les marchés publics. Dans la mesure où ces dispositions sont en lien avec celles qui ont trait aux publications, il a été jugé opportun de les maintenir, comme sous la législation antérieure, dans le règlement grand-ducal.

Art. 66. Procédure restreinte

Les dispositions de cet article, portant sur le déroulement de la procédure restreinte, sont tirées de l'article 28 de la directive 2014/24/UE. Les dispositions de l'article de la directive qui ont trait à la fixation des délais pour la réception des offres et à la réduction desdits délais sont insérées dans le règlement grand-ducal portant exécution de la loi sur les marchés publics. Dans la mesure où ces dispositions sont en lien avec celles qui ont trait aux publications, il a été jugé opportun de les maintenir, comme sous la législation antérieure, dans le règlement grand-ducal.

Art. 67. Procédure concurrentielle avec négociation

Les dispositions de cet article sont tirées de l'article 29 de la directive 2014/24/UE portant sur le déroulement de la procédure concurrentielle avec négociation, qui n'existait pas dans la législation sur les marchés publics datant de 2009.

Aux termes des considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 45), « la procédure concurrentielle avec négociation devrait s'accompagner de garanties adéquates quant au respect des principes d'égalité de traitement et de transparence. En particulier, les pouvoirs adjudicateurs devraient indiquer d'emblée les exigences minimales relatives à la nature du marché et qui ne devraient pas être modifiées au cours de négociations. Les critères d'attribution et leur pondération devraient demeurer inchangés tout au long de la procédure et ne devraient pas faire l'objet de négociations, afin de garantir l'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques. Les négociations devraient avoir pour objectif d'améliorer les offres, de manière à ce que les pouvoirs adjudicateurs puissent acquérir des travaux, des fournitures et des services parfaitement adaptés à leurs besoins spécifiques. Les négociations peuvent porter sur toutes les caractéristiques des travaux, des fournitures ou des services achetés, y compris, notamment, la qualité, les quantités, les clauses commerciales, ainsi que les aspects sociaux, environnementaux et innovants, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'exigences minimales.

Il convient de préciser que les exigences minimales à fixer par le pouvoir adjudicateur sont les conditions et caractéristiques (notamment physiques, fonctionnelles et juridiques) que toute offre est tenue de remplir ou de posséder afin de permettre au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché conformément au critère d'attribution retenu. Afin de garantir la transparence et la traçabilité du processus, toutes les étapes devraient être dûment consignées. En outre, tout au long de la procédure, l'ensemble des offres devraient être soumises par écrit. »

Tout comme pour les articles précédents, il convient de noter que les dispositions qui ont trait à la fixation des délais pour la réception des offres et à la réduction desdits délais sont insérées dans le règlement grand-ducal portant exécution de la loi sur les marchés publics. Dans la mesure où ces dispositions sont en lien avec celles qui ont trait aux publications, il a été jugé opportun de les maintenir, comme sous la législation antérieure, dans le règlement grand-ducal.

Art. 68. Dialogue compétitif

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 30 de la directive 2014/24/UE.

Tout comme pour les articles précédents, il convient de noter que les dispositions qui ont trait à la fixation des délais pour la réception des offres et à la réduction desdits délais sont insérées dans le règlement grand-ducal portant exécution de la loi sur les marchés publics. Dans la mesure où ces dispositions sont en lien avec celles qui ont trait aux publications, il a été jugé opportun de les maintenir, comme sous la législation antérieure, dans le règlement grand-ducal.

Art. 69. Partenariat d'innovation

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 31 de la directive 2014/24/UE.

Tout comme pour les articles précédents, il convient de noter que les dispositions relatives au qui ont trait à la fixation des délais pour la réception des offres et à la réduction desdits délais sont insérées dans le règlement grand-ducal portant exécution de la loi sur les marchés publics. Dans la mesure où ces dispositions sont en lien avec celles qui ont trait aux publications, il a été jugé opportun de les maintenir, comme sous la législation antérieure, dans le règlement grand-ducal.

CHAPITRE II – RÈGLES APPLICABLES À CERTAINS MODES ET TECHNIQUES DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

Art. 70. Des systèmes d'acquisition dynamiques, enchères électroniques et catalogues électroniques

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 33 de la directive 2014/24/UE.

Cet article constitue la base légale. Les dispositions techniques relatives à ces trois nouvelles techniques d'achat électroniques sont cependant transposées par voie de règlement grand-ducal.

CHAPITRE III – CHOIX DES PARTICIPANTS ET ATTRIBUTION DES MARCHÉS

SECTION 1.- PRINCIPES GÉNÉRAUX ET MOYENS DE VÉRIFICATION DES OFFRES APPLICABLES DANS LE CADRE DU LIVRE II.

Art. 71. Vérification de la situation des soumissionnaires et, le cas échéant, des entités aux capacités desquelles un soumissionnaire entend avoir recours.

La formulation de cet article est reprise de l'article 63 (1) 3^e alinéa, 1^{ère} phrase de la directive.

Cet article a pour vocation d'introduire des moyens de vérification spécifiques au Livre II, car trouvant leur origine dans la directive 2014/24/UE, à savoir le document unique de marché européen (DUME) et *e-Certis*.

Art. 72. Document unique de marché européen (DUME)

Les dispositions de cet article constituent la transposition d'une partie de l'article 59 de la directive 2014/24/UE.

Cet article transpose en droit national les dispositions relatives à l'utilisation du document unique de marché européen (DUME). Il s'agit d'un formulaire dont la structure est élaborée par la Commission européenne, et à remplir par les soumissionnaires lors de la remise des offres. Il s'agit d'un document qui tend à rendre plus transparent et plus simple la remise des documents visant à prouver que le soumissionnaire en question remplit les critères de sélection. Les considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 84) apportent les précisions suivantes : « *De nombreux opérateurs économiques, et en particulier les PME, estiment que les lourdeurs administratives découlant de l'obligation de produire un nombre important de certificats ou d'autres documents en rapport avec les critères d'exclusion et de sélection constituent l'un des principaux obstacles à leur participation aux marchés publics. Limiter ces exigences, par exemple en utilisant un document unique de marché européen (DUME) consistant en une déclaration sur l'honneur actualisée, pourrait conduire à une simplification considérable dont bénéficieraient tant les pouvoirs adjudicateurs que les opérateurs économiques.*

Le soumissionnaire à qui il a été décidé d'attribuer le marché devrait néanmoins être tenu de produire les éléments de preuve pertinents; à défaut, les pouvoirs adjudicateurs ne devraient pas passer de marché avec lui. Les pouvoirs adjudicateurs devraient également être autorisés à demander, à tout moment, communication de tout ou partie des documents justificatifs lorsqu'ils l'estiment nécessaire pour assurer le bon déroulement de la procédure. Cela pourrait notamment être le cas lors de procédures en deux étapes (procédure restreinte, procédure concurrentielle avec négociation, dialogue compétitif et partenariat d'innovation) dans le cadre desquelles le pouvoir adjudicateur recourt à la possibilité de limiter le nombre de candidats invités à soumissionner. Demander que les documents justificatifs soient produits au moment de la sélection des candidats à inviter pourrait se justifier afin d'éviter que les pouvoirs adjudicateurs invitent des candidats qui se montreraient ultérieurement incapables de présenter les documents justificatifs au stade de l'attribution du marché, empêchant ainsi des candidats remplissant par ailleurs les conditions requises de participer.

Il convient d'indiquer expressément que le DUME devrait également fournir les informations pertinentes concernant les entités aux capacités desquelles un opérateur économique a recours, de sorte qu'il puisse être procédé à la vérification des informations concernant ces entités parallèlement aux vérifications concernant l'opérateur économique principal et aux mêmes conditions. »

Art. 73. Base de données de certificats en ligne (e-Certis)

Cet article transpose en droit interne l'article 61 de la directive 2014/64/UE, et sert à fixer en droit national l'existence de la base de données *e-Certis*, mise en place par la Commission européenne. *e-Certis* est le système d'information qui renseigne sur les différents certificats et attestations fréquemment demandés lors des procédures de passation de marchés publics dans les vingt-huit États membres, un pays candidat à l'adhésion (Turquie) et les trois pays membres de l'EEE (Islande, Liechtenstein et Norvège). Il ne s'agit pas d'un service de conseil juridique mais d'un outil de référence ; dès lors, le système ne peut garantir que la validité des renseignements, obtenus lors d'une recherche, sera reconnue par le pouvoir adjudicateur. (cf. informations mises à dispositions sur internet par la Commission européenne, via le lien <http://ec.europa.eu/markt/ecertis/login.do?selectedLanguage=fr>)

Cet outil contribue aussi à ce que les pouvoirs adjudicateurs qui évaluent des offres remises par des opérateurs économiques établis dans d'autres Etats membres, puissent facilement vérifier si les documents remis ont été émis par les autorités compétentes.

SECTION II – RÉDUCTION DU NOMBRE DE CANDIDATS, D'OFFRES ET DE SOLUTIONS

Art. 74. Réduction du nombre de candidats invités à participer et qui remplissent par ailleurs les conditions requises

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 65 de la directive 2014/24/UE.

Art. 75. Réduction du nombre d'offres et de solutions

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 66 de la directive 2014/24/UE.

TITRE III – SYSTÈMES SPÉCIAUX DE PASSATION DE MARCHÉS

CHAPITRE I^{er} – SERVICES SOCIAUX ET AUTRES SERVICES SPÉCIFIQUES

Art. 76 à 78 : Attribution de marchés pour services sociaux et autres services spécifiques

Ces articles constituent la transposition des articles 74 à 77 de la directive 2014/24/UE qui établissent des règles procédurales spécifiques pour les services sociaux et d'autres services spécifiques, visés à l'annexe VIII. Des règles procédurales plus souples sont introduites pour les services visés et dépassant le seuil d'application prévu à l'article 52 et qui s'élève actuellement à 750.000 €, dans la mesure où les pouvoirs adjudicateurs ont, à condition de respecter les règles de publicité, le libre choix entre la procédure ouverte, la procédure restreinte, la procédure

concurrentielle avec négociation, le dialogue compétitif et le partenariat d'innovation. Pour la procédure concurrentielle avec négociation, il n'est partant pas requis que le pouvoir adjudicateur se trouve dans un des cas de figure prévus par l'article 65 relatif au choix de la procédure. Cette obligation est cependant maintenue pour le recours au dialogue compétitif.

Ainsi à côté du libre choix d'une procédure bien définie par la présente loi, il n'est imposé que le respect de principes fondamentaux de transparence et d'égalité de traitement et en veillant à ce que les pouvoirs adjudicateurs soient en mesure d'appliquer des critères de qualité spécifiques pour le choix de prestataires de services, tels que ceux définis dans le cadre volontaire européen pour la qualité des services sociaux, publié par le comité de la protection sociale.

Quant à l'opportunité de ce régime particulier, tel que précisé aux termes des considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n° 113), il a été jugé opportun de « *revoir l'exclusion de certains services de l'application intégrale de la directive 2004/18/CE* ». Ainsi, par rapport à la législation antérieure, il a été décidé d'étendre l'application intégrale de la directive à un certain nombre de services.

En ce qui concerne les services pour lesquelles il a été décidé de maintenir des règles plus souples, les considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n°114 et suivants) fournissent les explications suivantes:

« Certaines catégories de services conservent, par leur nature intrinsèque, une dimension transnationale limitée, à savoir les services consistant en des services à la personne tels que certains services sociaux, de santé et d'éducation. Ces services sont fournis dans un cadre spécifique qui varie grandement d'un État membre à l'autre, du fait de traditions culturelles différentes. Il convient dès lors de mettre en place un régime spécifique pour les marchés publics portant sur de tels services, dont le seuil est plus élevé que celui qui s'applique à d'autres services.

Les services à la personne dont la valeur n'atteint pas ce seuil n'intéresseront généralement pas les prestataires d'autres États membres sauf indication concrète du contraire, par exemple lorsque l'Union intervient dans le financement de projets transfrontaliers.

Les marchés de services à la personne dépassant ce seuil devraient être soumis à des obligations de transparence à l'échelle de l'Union. Compte tenu de l'importance du contexte culturel et du caractère sensible de ces services, les États membres devraient avoir un large pouvoir d'appréciation pour organiser le choix des prestataires de services de la manière qu'ils jugent la plus appropriée. Les règles de la présente directive tiennent compte de cet impératif, en n'imposant que le respect de principes fondamentaux de transparence et d'égalité de traitement et en veillant à ce que les pouvoirs adjudicateurs soient en mesure d'appliquer des critères de qualité spécifiques pour le choix de prestataires de services, tels que ceux définis dans le cadre volontaire européen pour la qualité des services sociaux, publié par le comité de la protection sociale. Lorsqu'ils fixent les procédures à suivre pour l'attribution des marchés de services à la personne, les États membres devraient tenir compte de l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et du protocole n° 26. Ce faisant, les États membres devraient également poursuivre les objectifs de simplification et d'allègement de la charge administrative pour les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques; il convient de préciser que ce processus pourrait également conduire à se fonder sur les règles applicables aux marchés de services ne relevant pas du régime spécifique.

Les États membres et les pouvoirs publics restent libres de fournir eux-mêmes ces services à caractère social ou de les organiser sans que cela entraîne la conclusion de marchés publics, par exemple en se contentant de financer ces services ou en octroyant des licences ou des autorisations à tous les opérateurs économiques remplissant les conditions prédéfinies par le pouvoir adjudicateur, sans fixation de limites ou de quotas, à condition qu'un tel système garantisse une publicité suffisante et soit conforme aux principes de transparence et de non-discrimination.

De même, les services d'hôtellerie et de restauration ne sont généralement offerts que par des opérateurs situés sur le lieu précis de prestation de ces services et ont donc aussi une dimension transnationale limitée. Ils ne devraient dès lors être couverts que par le régime assoupli, à partir d'un seuil de 750 000 EUR. Les marchés importants de services d'hôtellerie et de restauration dont le montant dépasse ce seuil peuvent susciter l'intérêt de différents opérateurs économiques tels que les agences de voyages et d'autres intermédiaires, y compris sur une base transnationale.

De même, certains services juridiques concernent exclusivement des questions de droit purement national; par conséquent, ils ne sont généralement offerts que par des opérateurs situés dans l'État membre concerné et dès lors ils n'ont, en outre, qu'une dimension transnationale limitée. Ils ne devraient dès lors être couverts que par le régime assoupli, à partir d'un seuil de 750 000 EUR. Les marchés importants de services juridiques dont le montant dépasse ce seuil peuvent susciter l'intérêt de différents opérateurs économiques tels que les cabinets d'avocats internationaux, également sur une base transnationale, notamment lorsqu'ils font intervenir des questions juridiques ayant pour origine ou pour toile de fond le droit de l'Union ou un autre droit international ou impliquant plus d'un pays.

L'expérience a montré qu'une série d'autres services, tels les services de secours, d'incendie ou pénitentiaires, ne présentent d'ordinaire un certain intérêt transnational qu'à partir du moment où ils acquièrent une masse critique suffisante en raison de leur valeur relativement élevée. Dans la mesure où ils ne sont pas exclus du champ d'application de la présente directive, ils devraient être inclus dans le régime assoupli. Dans la mesure où ils sont effectivement fournis sur la base d'un marché, des services appartenant à d'autres catégories, tels les services publics ou la fourniture de certains services à la population, ne seraient normalement susceptibles de présenter un intérêt transnational qu'à partir d'un seuil de 750 000 EUR et ne devraient donc être soumis que dans ce cas au régime assouplis.»

Il est à préciser que désormais, si le seuil d'application de ces articles 76 à 78 n'est pas atteint, les pouvoirs adjudicateurs disposent pour les marchés de services visés par ces articles de la possibilité de recourir en application de l'article 20 paragraphe 4, à la procédure négociée ou à la procédure restreinte sans publication d'avis, et que si ce seuil est dépassé, que ces services sont mis en concurrence sous forme du régime assoupli, prévu par les articles 76 à 78.

L'article 78 prévoit la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de réserver aux organisations le droit de participer à des procédures de passation de marchés portant exclusivement sur les services de santé, sociaux ou culturels visés. Les considérations exposées à titre liminaire des articles de la directive (n°119) fournissent les explications suivantes:

« Afin d'assurer la continuité des services publics, la présente directive devrait permettre que la participation aux procédures de passation de marchés concernant certains services dans les domaines

de la santé, des services sociaux et des services culturels puisse être réservée aux organisations reposant sur l'actionnariat des travailleurs ou sur leur participation active à la gouvernance de l'organisation, et aux organisations existantes, telles que les coopératives, pour participer à la fourniture de ces services aux utilisateurs finaux. Le champ d'application de cette disposition est exclusivement limité à certains services dans le domaine de la santé, à certains services sociaux et services connexes, à certains services dans les domaines de l'éducation et de la formation, aux bibliothèques, aux services d'archives, aux musées et à d'autres services culturels, aux services sportifs et aux services aux ménages privés, et cette disposition n'est pas destinée à s'appliquer à une quelconque des exclusions prévues par d'autres dispositions de la présente directive. Ces services ne devraient être couverts que par le régime assoupli. »(

CHAPITRE II – RÈGLES RÉGISSANT LES CONCOURS

Art. 79 à 82.

Ces articles, qui portent sur les règles à respecter pour les concours tombant de par leur envergure dans le Livre II, constituent la transposition des articles 78 à 82 de la directive 2014/24/UE, à l'exception des dispositions relatives aux avis à publier. Ces dispositions existaient déjà en partie dans la loi modifiée du 25 juin 2009 et figuraient aux articles 44 et suivants.

En ce qui concerne les concours dans les domaines des services, il y a lieu de noter que le règlement grand-ducal du 10 juillet 2011 fixant les règles relatives au déroulement des concours d'aménagement du territoire, d'urbanisme, de l'architecture s'applique en complément aux règles procédurales prévues par la présente loi.

Les règles visées aux articles 79 à 81 s'appliquent cependant tant aux concours visés par le règlement grand-ducal précité du 11 juillet 2011 qu'aux concours de services qui ne sont pas visés par ledit règlement grand-ducal.

TITRE IV – RÈGLES D'EXÉCUTION

Art. 83. Règles d'exécution

Cet article annonce un règlement grand-ducal contenant les mesures d'exécution, et portant la dénomination de cahier général des charges applicable aux marchés d'une certaine envergure.

Livre III - DISPOSITIONS SPÉCIFIQUES AUX MARCHÉS PUBLICS DANS LES SECTEURS DE L'EAU, DE L'ÉNERGIE, DES TRANSPORTS ET DES SERVICES POSTAUX.

TITRE I- CHAMPS D'APPLICATION, DÉFINITION ET PRINCIPES GÉNÉRAUX.

CHAPITRE I^{ER} - OBJET, CHAMP D'APPLICATION ET DÉFINITIONS

La majorité des dispositions du présent Livre ne font pas l'objet de commentaires détaillés, étant similaire à celles des Livres I et II. Il est renvoyé aux commentaires des articles afférents.

Art. 84. Objet et champ d'application du Livre III

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 1^{er} de la directive 2014/25/UE. Cet article reprend l'objet et le champ d'application du Livre III.

Art. 85. Définitions

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 2 de la directive 2014/25/UE et reprend les définitions énoncées par la directive et uniquement celles-ci, contrairement au Livre I^{er}, en raison des spécificités de son champ d'application. Il est proposé de permettre aux entités adjudicatrices et opérateurs économiques de pouvoir se référer aux définitions énoncées aux articles 3 et 4.

Le dernier alinéa, relatif aux références aux nomenclatures est repris de l'article 41 de la directive 2014/25/UE.

Art. 86. Pouvoirs adjudicateurs

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 3 de la directive 2014/25/UE. Cet article énonce la définition de « pouvoir adjudicateur » dans le cadre du Livre III, ce qui est requis afin de pouvoir par la suite donner une définition de la notion d'entité adjudicatrice.

Art. 87. Entités adjudicatrices

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 4 de la directive 2014/25/UE. Cet article définit la notion d'entités adjudicatrices, lesquelles peuvent être non seulement des pouvoirs adjudicateurs au sens strict, mais également des entreprises publiques ou d'autres entités.

Le paragraphe 1^{er} a) de cet article précise, en ce qui concerne l'application du Livre III, que les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises publiques sont concernées par le Livre III quand ils exercent une des activités visées par le Livre III et que le marché est passé pour la poursuite de cette activité.

Quant aux autres entités, elles n'entrent dans le champ d'application du Livre III qu'à la condition supplémentaire d'exercer l'activité en question sur base de droits exclusifs ou spéciaux, dont la définition est donnée au paragraphe 3.

La directive 2014/25/UE apporte des précisions en ce qui concerne la notion de droits exclusifs et spéciaux.

Les droits exclusifs ou spéciaux sont suivant le paragraphe 3 à considérer comme droits spéciaux ou exclusifs des droits accordés par l'autorité compétente, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité définie aux articles 91 à 97 et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité.

Tel que cela est précisé dans les considérations liminaires (n° 20), « *La notion de droits spéciaux ou exclusifs est fondamentale pour la définition du champ d'application de la présente directive, dès lors que les entités qui ne sont ni des pouvoirs adjudicateurs ni des entreprises publiques au sens de la présente directive ne sont soumises à ses dispositions que dans la mesure où elles exercent en vertu de tels droits l'une des activités qui en relèvent. Il y a donc lieu de préciser que les droits octroyés par la voie d'une procédure fondée sur des critères objectifs, en particulier conformément à la législation de l'Union, et ayant fait l'objet d'une publicité appropriée, ne constituent pas des droits spéciaux ou exclusifs aux fins de la présente directive.*

La législation en question devrait comprendre la directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté, la directive 94/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 1994 sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospecter, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures, ainsi que le règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route.

*Il convient de préciser également que cette liste de dispositions législatives n'est pas exhaustive et que les droits accordés sous quelque forme que ce soit, y compris par des actes de concession, selon d'autres procédures, sur la base de critères objectifs et ayant fait l'objet d'une publicité appropriée, ne constituent pas des droits spéciaux ou exclusifs aux fins de définir le champ d'application de la présente directive *ratione personae*. » (cf. articles 7 et 104 - Exclusion des marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif).*

Toujours d'après les considérations exposées (n° 20), « *La notion de droits exclusifs devrait également être utilisée pour déterminer si le recours à une procédure négociée sans mise en concurrence préalable serait justifié par le fait que les travaux, les fournitures ou les services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique bien précis en raison de la protection de certains droits exclusifs.*

Toutefois, compte tenu des différences au niveau de la ratio legis qui sous-tend ces dispositions, il y a lieu de préciser que la notion de droits exclusifs n'a pas nécessairement la même signification dans les deux contextes Il convient dès lors de préciser qu'une entité qui a obtenu le droit exclusif de fournir un service donné dans une zone géographique donnée selon une procédure basée sur des critères objectifs et suffisamment transparente ne serait pas, s'agissant d'un organisme privé, une entité

adjudicatrice proprement dite, mais serait néanmoins la seule entité à pouvoir fournir le service concerné dans cette zone. »

Art. 88. Marchés mixtes couvrant la même activité

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 5 de la directive 2014/25/UE, qui détermine les règles applicables aux marchés mixtes et aux marchés couvrant plusieurs activités.

Art. 89. Marchés couvrant plusieurs activités

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 6 de la directive 2014/25/UE qui détermine les règles applicables aux marchés couvrant plusieurs activités.

CHAPITRE II - ACTIVITÉS

Art. 90. Dispositions communes

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 7 de la directive 2014/25/UE.

Les articles 91 à 97 donnent les définitions des activités visées par le Livre III.

Art. 91. Gaz et chaleur

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 8 de la directive 2014/25/UE.

Art. 92. Électricité

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 9 de la directive 2014/25/UE.

Art. 93. Eau

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 10 de la directive 2014/25/UE.

Art. 94. Services de transport

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 11 de la directive 2014/25/UE.

Art. 95. Ports et aéroports

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 12 de la directive 2014/25/UE.

Art. 96. Services postaux

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 13 de la directive 2014/25/UE.

Art. 97. Extraction de pétrole et de gaz et exploration et extraction de charbon et d'autres combustibles solides

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 14 de la directive 2014/25/UE.

CHAPITRE III - CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL

SECTION I - SEUILS

Art. 98. Montants des seuils

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 15 de la directive 2014/25/UE. Cet article indique les seuils rendant les dispositions du Livre III obligatoire.

Il convient de préciser que, conformément à l'article 17 de la directive 2014/25/UE, la Commission européenne procède à une révision périodique tous les deux ans des seuils exprimés en euros, conformément à *Accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les marchés publics (AMP)* afin de les adapter, si nécessaire, aux éventuelles variations de la valeur de l'euro par rapport au droit de tirage spécial. Ces révisions se font par règlement de la Commission européenne publié au *Journal officiel de l'Union européenne*; ces seuils actualisés sont publiés par voie de communication au Mémorial B par les soins du ministre ayant dans ses attributions les travaux publics. En date du 1er janvier 2016, les seuils d'application pour les procédures de passation des marchés publics de travaux, fournitures et services ont été modifiés.

Art. 99. Méthodes de calcul de la valeur estimée du marché

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 16 de la directive 2014/25/UE et indique les méthodes de calcul de la valeur estimée des marchés qu'il est prévu de conclure.

Section II - Marchés exclus et concours - Dispositions spéciales concernant la passation des marchés comportant des aspects ayant trait à la défense et à la sécurité

Sous-section I - Exclusions applicables à toutes les entités adjudicatrices et exclusions spéciales pour les secteurs de l'eau et de l'énergie

A l'instar des articles analogues dans le Livre II, les articles 100 à 107 énumèrent les hypothèses de marchés qui n'entrent pas dans le champ d'application du Livre III.

Art. 100. Marchés passés à des fins de revente ou de location à des tiers

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 18 de la directive 2014/25/UE.

Art. 101. Marchés et concours passés ou organisés à des fins autres que la poursuite d'une activité visée ou pour la poursuite d'une telle activité dans un pays tiers

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 19 de la directive 2014/25/UE.

Art. 102. Marchés passés et concours organisés en vertu de règles internationales

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 20 de la directive 2014/25/UE.

Art. 103. Exclusions spécifiques pour les marchés de services

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 21 de la directive 2014/25/UE.

Art. 104. Marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 22 de la directive 2014/25/UE.

Art. 105. Marchés passés par certaines entités adjudicatrices pour l'achat d'eau et pour la fourniture d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 23 de la directive 2014/25/UE.

SOUS-SECTION II - PASSATION DE MARCHÉS COMPORTANT DES ASPECTS AYANT TRAIT À LA DÉFENSE OU À LA SÉCURITÉ

Art. 106. Défense et sécurité

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 24 de la directive 2014/25/UE.

Art. 107. Marchés mixtes couvrant la même activité et comportant des aspects ayant trait à la défense ou à la sécurité

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 25 de la directive 2014/25/UE.

Art. 108. Marchés couvrant plusieurs activités et comportant des aspects ayant trait à la défense ou à la sécurité

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 26 de la directive 2014/25/UE.

Ces articles indiquent les règles à appliquer pour les marchés et concours couvrant plusieurs activités et comportant des aspects ayant trait à la défense et à la sécurité, et pour les marchés et concours comportant des aspects ayant trait à la défense ou à la sécurité, passés ou organisés en vertu de règles internationales.

Art. 109. Marchés et concours comportant des aspects ayant trait à la défense ou à la sécurité passés ou organisés en vertu de règles internationales

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 27 de la directive 2014/25/UE.

Ces articles indiquent les règles à appliquer pour les marchés et concours couvrant plusieurs activités et comportant des aspects ayant trait à la défense et à la sécurité, et pour les marchés et concours comportant des aspects ayant trait à la défense ou à la sécurité, passés ou organisés en vertu de règles internationales.

SOUS-SECTION III - RELATIONS SPÉCIALES (COOPÉRATION, ENTREPRISES LIÉES ET COENTREPRISES)

Art. 110. Marchés passés entre pouvoirs adjudicateurs

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 28 de la directive 2014/25/UE.

Cet article, tout comme les articles 8 et 9 au Livre I, constitue une nouveauté, et définit les règles à appliquer dans le cadre de marchés conclus entre pouvoirs adjudicateurs.

Art. 111. Marchés attribués à une entreprise liée

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 29 de la directive 2014/25/UE.

Cet article donne la définition de « l'entreprise liée » et des règles à appliquer.

Art. 112. Marchés attribués à une coentreprise ou à une entité adjudicatrice faisant partie d'une coentreprise

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 30 de la directive 2014/25/UE.

Cet article aborde les règles à appliquer pour les marchés attribués à une coentreprise ou à une entité adjudicatrice faisant partie d'une coentreprise.

Art. 113. Notification d'informations

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 31 de la directive 2014/25/UE.

Cet article aborde les règles à appliquer pour les marchés attribués à une coentreprise ou à une entité adjudicatrice faisant partie d'une coentreprise.

SOUS-SECTION IV - SITUATIONS SPÉCIFIQUES

Art. 114. Services de recherche et développement

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 32 de la directive 2014/25/UE.

Cet article indique les hypothèses de marchés de services de recherche et de développement pour lesquelles le Livre III ne s'applique pas.

SOUS-SECTION V - ACTIVITÉS DIRECTEMENT EXPOSÉES À LA CONCURRENCE ET DISPOSITIONS PROCÉDURALES Y AFFÉRENTES

Art. 115. Activités directement exposées à la concurrence

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 34 de la directive 2014/25/UE.

Cet article décrit dans quelles hypothèses des activités visées aux articles 91 à 97 sont considérées comme directement exposées à la concurrence, de sorte qu'elles ne sont plus soumises au Livre III

Les modalités de la procédure par laquelle il peut être établi qu'une activité couverte par le Livre III est directement exposée à la concurrence, est réglée par voie de règlement grand-ducal.

TITRE II - RÈGLES PARTICULIÈRES APPLICABLES AUX MARCHÉS RELEVANT DU LIVRE III.

CHAPITRE I^{ER} - PRINCIPES GÉNÉRAUX

Art. 116. et 117 Publication d'un avis de marché et mise en adjudication

Ces deux articles permettent de faire le lien vers le règlement grand-ducal d'exécution.

Art. 118. Principes de la passation de marchés

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 36, paragraphe 1^{er} de la directive 2014/25/UE.

Art. 119. Opérateurs économiques

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 37 de la directive 2014/25/UE.

Art. 120. Marchés réservés

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 38 de la directive 2014/25/UE.

Art. 121. Conflits d'intérêt

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 42 de la directive 2014/25/UE.

Il est à noter que les articles 118 à 121 sont analogues aux articles y afférents du Livre I.

CHAPITRE II - PROCÉDURES

Art. 122. Dispositions découlant de l'AMP et d'autres conventions internationales

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 43 de la directive 2014/25/UE.

Cet article contient les règles à appliquer dans le cadre de l'Accord sur les marchés publics et dans le cadre d'autres conventions internationales.

Art. 123. Choix de la procédure

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 44 de la directive 2014/25/UE.

Cet article énumère les procédures auxquelles il peut être recouru pour attribuer des marchés tombant dans le champ d'application du Livre III.

Le Livre III offre une plus grande souplesse en ce qui concerne les procédures à utiliser dans le cadre de la réalisation d'un marché public. Contrairement au Livre II, il peut communément être recouru à la procédure négociée avec mise en concurrence préalable, de sorte qu'elle se trouve sur un pied d'égalité avec la procédure ouverte, la procédure restreinte, le dialogue compétitif et le partenariat d'innovation.

Les règles relatives aux moyens d'appel à la concurrence sont transposées par voie de règlement grand-ducal.

Art. 124. Recours à la procédure négociée sans mise en concurrence préalable

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 50 de la directive 2014/25/UE.

La procédure sans mise en concurrence préalable est uniquement possible si l'entité adjudicatrice peut justifier, par décision motivée, que les conditions d'application d'un des cas de figure énumérés sont remplies.

Art. 125. Procédure ouverte

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 45 de la directive 2014/25/UE.

Les règles relatives à la publication des avis et aux délais de publication et de réception des offres sont transposées par voie de règlement grand-ducal.

Art. 126. Procédure restreinte

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 46 de la directive 2014/25/UE.

Les règles relatives à la publication des avis et aux délais de publication et de réception des offres sont transposées par voie de règlement grand-ducal.

Art. 127. Procédure négociée avec mise en concurrence préalable

Les dispositions de cet article constituent la transposition d'une partie de l'article 47 de la directive 2014/25/UE.

Les règles relatives à la publication des avis et aux délais de publication et de réception des offres sont transposées par voie de règlement grand-ducal.

Art. 128. Dialogue compétitif

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 48 de la directive 2014/25/UE. Les règles insérées dans le projet de loi concernent le déroulement de la procédure.

Les règles relatives à la publication des avis et aux délais de publication sont transposées par voie de règlement grand-ducal.

Art. 129. Partenariats d'innovation

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 49 de la directive 2014/25/UE. Les règles insérées dans le projet de loi concernent le déroulement de la procédure.

Les règles relatives à la publication des avis et aux délais de publication et de réception des demandes de participation sont transposées par voie de règlement grand-ducal.

CHAPITRE III - TECHNIQUES ET INSTRUMENTS POUR LES MARCHÉS ÉLECTRONIQUES ET AGRÉGÉS

Art. 130. Accords-cadres

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 51 de la directive 2014/25/UE.

Cet article contient les règles procédurales relatives à l'accord-cadre.

Art. 131. Systèmes d'acquisition dynamiques, enchères électroniques et catalogues électroniques

Les dispositions de cet article constituent la transposition des articles 52, 53 et 54 de la directive 2014/25/UE.

Les règles techniques sont transposées par voie de règlement grand-ducal

Art. 132. Activités d'achat centralisées et centrales d'achat

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 55 de la directive 2014/25/UE.

Les articles relatifs aux activités d'achat centralisés et aux centrales d'achat, aux marchés conjoints occasionnels et aux marchés auxquels participent des entités adjudicatrices de différents États membres sont commentés dans le Livre I.

Art. 133. Marchés conjoints occasionnels

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 56 de la directive 2014/25/UE.

Les articles relatifs aux activités d'achat centralisés et aux centrales d'achat, aux marchés conjoints occasionnels et aux marchés auxquels participent des entités adjudicatrices de différents États membres sont commentés dans le Livre I.

Art. 134. Marchés auxquels participent des entités adjudicatrices de différents États membres

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 57 de la directive 2014/25/UE.

Les articles relatifs aux activités d'achat centralisés et aux centrales d'achat, aux marchés conjoints occasionnels et aux marchés auxquels participent des entités adjudicatrices de différents États membres sont commentés dans le Livre I.

CHAPITRE IV - DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE

SECTION I - PRÉPARATION

Art. 135. Consultations préalables du marché

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 58 de la directive 2014/25/UE.

Cet article, à l'instar des articles 28 clarifie de quelle manière des opérateurs économiques peuvent être impliqués dans des consultations avant le début de procédures de mises en concurrence proprement dites.

Art. 136. Participation préalable de candidats ou de soumissionnaires

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 59 de la directive 2014/25/UE.

Cet article, à l'instar des articles 27 clarifie de quelle manière des opérateurs économiques peuvent être impliqués dans des consultations avant le début de procédures de mises en concurrence proprement dites.

SECTION II - CHOIX DES PARTICIPANTS ET ATTRIBUTION DES MARCHÉS

SOUS-SECTION I - PRINCIPES

Art. 137. Principes généraux

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 76 de la directive 2014/25/UE. Les règles concernant la sélection des participants sont insérées dans le projet de loi.

Les règles relatives à la vérification et à l'examen des documents soumis par les opérateurs économiques sont transposées par voie de règlement grand-ducal.

SOUS-SECTION II - QUALIFICATION ET SÉLECTION QUALITATIVE

Art. 138. Systèmes de qualification

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 77 de la directive 2014/25/UE.

Art. 139. Critères de sélection qualitative, réduction du nombre de candidats

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 78 de la directive 2014/25/UE.

Art. 140. Recours aux capacités d'autres entités

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 79 de la directive 2014/25/UE.

Cet article indique de quelle manière les capacités des autres opérateurs économiques peuvent être pris en compte au niveau de la sélection.

Art. 141. Utilisation des motifs d'exclusion et des critères de sélection prévus par les dispositions des Livres I et II

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 80 de la directive 2014/25/UE.

En ce qui concerne les motifs d'exclusion, il est fait référence aux dispositions contenues dans l'article 29.

Art. 142. Normes d'assurance de la qualité et normes de gestion environnementale

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 81 de la directive 2014/25/UE.

SOUS-SECTION III - ATTRIBUTION DU MARCHÉ

Art. 143. Critères d'attribution

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 82 de la directive 2014/25/UE.

Le paragraphe 6 de cet article constitue la transposition de l'article 64, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, *in fine*.

Art. 144. Spécifications techniques et labels, rapports d'essais, certification ou autres moyens de preuve

Les dispositions du paragraphe 1^{er}, 1^{er} alinéa de cet article constituent la transposition de l'article 60, paragraphe 1^{er} de la directive 2014/25/UE.

Les dispositions du paragraphe 1^{er}, 2^e alinéa de cet article constituent la transposition de l'article 60, paragraphe 5 de la directive 2014/25/UE.

Les dispositions du paragraphe 1^{er}, 3^e alinéa de cet article constituent la transposition de l'article 60, paragraphe 6 de la directive 2014/25/UE.

Les dispositions du paragraphe 2 de cet article constituent la transposition de l'article 61, paragraphe 1^{er}, de la directive 2014/25/UE.

Les dispositions du paragraphe 3, de cet article constituent la transposition de l'article 62, paragraphe 1^{er} de la directive 2014/25/UE.

Les dispositions du paragraphe 4, de cet article constituent la transposition de l'article 62, paragraphe 2 de la directive 2014/25/UE.

Tout comme dans le cadre de l'article correspondant dans le Livre I (article 36), les dispositions de l'article 60, 61 et 62, relatives aux caractéristiques des spécifications techniques, labels, rapports d'essais et certifications, sont transposées par voie de règlement grand-ducal.

Art. 145. Coût du cycle de vie

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 83 de la directive 2014/25/UE.

Art. 146. Offres anormalement basses

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 84 de la directive 2014/25/UE.

SECTION III - OFFRES CONTENANT DES PRODUITS ORIGINAIRES DES PAYS TIERS ET RELATIONS AVEC CEUX-CI.

Art. 147. Offres contenant des produits originaires des pays tiers

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 85 de la directive 2014/25/UE.

TITRE III - SYSTÈMES SPÉCIAUX DE PASSATION DE MARCHÉS.

CHAPITRE I^{ER} - SERVICES SOCIAUX ET AUTRES SERVICES SPÉCIFIQUES

Art. 148. Attribution de marchés pour des services sociaux et d'autres services spécifiques

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 91 de la directive 2014/25/UE.

Art. 149. Principes d'attribution de marchés

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 93 de la directive 2014/25/UE.

Art. 150. Marchés réservés pour certains services

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 94 de la directive 2014/25/UE.

CHAPITRE II - RÈGLES APPLICABLES AUX CONCOURS

Art. 151. Champ d'application

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 95 de la directive 2014/25/UE.

Art. 152. Règles concernant l'organisation des concours, la sélection des participants et le jury

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 97 de la directive 2014/25/UE.

Cet article contient les dispositions relatives aux concours dans les domaines des services visées par le Livre III, par analogie aux articles 42 à 45 du Livre II.

Art. 153. Décisions du jury

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 98 de la directive 2014/25/UE.

Cet article contient les dispositions relatives aux concours dans les domaines des services visées par le Livre III, par analogie aux articles 42 à 45 du Livre II.

TITRE IV - EXÉCUTION DES MARCHÉS

Art. 154. Respect des règles applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 36 paragraphe 2 de la directive 2014/25/UE.

Art. 155. Modification de marchés en cours

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 89 de la directive 2014/25/UE.

Art. 156. Résiliation de marchés

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 90 de la directive 2014/25/UE.

Art. 157. Règles d'exécution

Les dispositions de cet article constituent la transposition de l'article 90 de la directive 2014/25/UE.

LIVRE IV - GOUVERNANCE DES MARCHÉS PUBLICS

Art. 159. Champ d'application

L'article 159 précise que le Livre IV énonce des règles applicables à tous les marchés publics et concours, qu'ils soient passés par des pouvoirs adjudicateurs dans le cadre du Livre I ou du Livre II, ou par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans le cadre du Livre III.

Le Livre IV a été créé afin de refléter les nouvelles obligations incombant à l'Etat en matière de « *Gouvernance des marchés publics* » et de suivi de l'application des directives. Il a été jugé que la création d'un Livre distinct pour y consigner les règles relatives à ces questions était appropriée.

Art. 158. Commission des soumissions

Dans la loi de 2009 sur les marchés publics, les dispositions relatives à l'institution de la Commission des soumissions figurent à l'article 16. L'occasion a été saisie de les remanier sans en modifier la substance, en faisant figurer au premier paragraphe les règles qui, dans le cadre de la législation de 2009, figurent au paragraphe 1^{er} et aux paragraphes 4 à 7.

Les missions de la Commission des soumissions sont énoncées au paragraphe 2, comme dans le cadre de la loi modifiée du 25 juin 2009, et demeurent inchangées. Les entités adjudicatrices sont à présent également expressément visées.

Enfin, la règle énoncée au paragraphe 3 demeure inchangée par rapport au texte figurant dans le cadre de la législation de 2009.

LIVRE V - DISPOSITIONS FINALES

Art. 160. Adaptation des seuils

Cette disposition ne concerne pas les seuils « européens » visés aux articles 52 et 98 de la loi, mais les autres seuils qui trouvent à s'appliquer dans le cadre du Livre I ainsi qu'à l'article 158.

Pour des raisons de simplification administrative, l'adaptation des seuils dont le montant correspond à la valeur cent de l'indice des prix à la consommation est limitée à une adaptation annuelle au début de l'année au lieu d'une adaptation mensuelle au dernier indice publié par le Statec.

Art. 161. Annexes

Une partie des annexes des deux directives sont visées dans le cadre des articles du projet de loi. Les annexes visées sont jointes au projet de loi dans l'état dans lequel elles ont été publiées au Journal officiel de l'Union européenne.

Art. 162. Clause abrogatoire

La loi modifiée du 25 juin 2009 sera abrogée.

Art. 163. Dispositions transitoires relatives à l'utilisation de moyens électroniques

En termes de dématérialisation des procédures de passation des marchés publics, les Etats membres sont tenus de mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer aux obligations résultant des directives au plus tard le 18 avril 2016

Cependant, les nouvelles directives prévoient la possibilité pour les Etats membres d'introduire un certain nombre de dispositions transitoires afin de permettre aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices de s'y adapter. Ainsi, les dispositions transitoires permettent :

- le report de l'application obligatoire des règles relatives aux communications électroniques jusqu'au 18 octobre 2018 ;

Le cas échéant, il est prévu par les directives que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent utiliser au choix les moyens de communication suivants pour toutes les communications et tous les échanges d'informations:

- a) des moyens électroniques conformément à l'article 40;
- b) la voie postale ou tout autre service de portage approprié;
- c) le télécopieur;

d) une combinaison de ces moyens.

Les dispositions transitoires permettent également :

- le report de l'usage exclusif du DUME sous forme électronique jusqu'au 18 avril 2018 ;
- le report de l'utilisation obligatoire d'*e-Certis* jusqu'au 18 octobre 2018 ;
- le report de l'obligation pour les Etats membres de rendre accessible et de mettre à jour la liste complète des bases de données contenant les informations pertinentes relatives aux opérateurs économiques qui peuvent être consultées par les pouvoirs adjudicateurs d'autres Etats membres. ;
- le report de la possibilité pour les opérateurs économiques de ne pas présenter les documents justificatifs ou d'autres pièces justificatives lorsque et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'obtenir directement les certificats ou les informations pertinentes et ce jusqu'au 18 avril 2018.

L'utilisation de moyens électroniques deviendra obligatoire sans possibilité de report pour les techniques et outils suivants :

- les systèmes d'acquisition dynamiques, enchères électroniques et catalogues électroniques (les dispositions applicables à ces techniques de passation de marché sont transposées dans le règlement grand-ducal d'exécution de la loi) ;
- les activités d'achat centralisées et centrales d'achat (à l'exception des centrales d'achat, pour lesquelles l'utilisation obligatoire de moyens électroniques peut être reportée jusqu'au 18 avril 2017) ;
- la transmission des avis de préinformation, des avis de marché et des avis d'attribution de marché à l'Office des publications de l'Union européenne ;
- l'accès aux documents de marché au sujet desquels un avis a été publié par voie électronique.

Par ailleurs, d'autres étapes sont encore prévues :

- d'ici mars 2017, la soumission des offres par voie électronique deviendra obligatoire pour les centrales d'achat (acheteurs publics agissant pour le compte d'autres acheteurs publics);
- d'ici septembre 2018, la soumission des offres par voie électronique deviendra obligatoire pour tous les pouvoirs adjudicateurs.

Il convient de noter que les moyens électroniques requis en vue de l'envoi par voie électronique des avis à publier (notification électronique) et de l'accès en ligne aux documents relatifs aux appels d'offres sont déjà à la disposition des utilisateurs via le *Portail des marchés publics*. Le règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics règle la dématérialisation de la mise en concurrence et la remise électronique des offres.