

PROJET DE LOI SUR LES MARCHÉS PUBLICS

EXPOSÉ DES MOTIFS

I. LES DIRECTIVES 2014/24/UE ET 2014/25/UE SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS - POURQUOI LES RÈGLES EUROPÉENNES SUR LES MARCHÉS PUBLICS ONT-ELLES ÉTÉ RÉVISÉES ? QUELLES SONT LES PRINCIPALES NOUVEAUTÉS ?¹

1. La loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics a pour objet d'intégrer dans la législation nationale sur les marchés publics des règles transposées de la troisième génération de directives en la matière, plus précisément de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Ces directives mettent en œuvre les principes et libertés établis par les Traités européens. Elles visent à rendre les procédures d'attribution des marchés publics transparentes et ouvertes à toutes les entreprises, afin de leur permettre d'offrir leurs services et produits dans tout le territoire de l'Union européenne.

2. En raison de l'évolution économique, sociale et politique et des contraintes budgétaires actuelles, une réforme des règles s'est avérée nécessaire.

Il convenait de rechercher des moyens d'accroître l'efficacité de la dépense publique et de permettre un meilleur rapport qualité-prix, en mettant l'accent sur des considérations environnementales et sociales, ainsi que sur l'innovation. Il s'agissait également d'encourager une concurrence équitable, en facilitant notamment la participation de petites et moyennes entreprises (PME).

Un des objectifs était de donner aux autorités contractantes davantage de flexibilité pour poser, lorsqu'elles font effectuer des travaux, acquièrent des biens ou des services, des choix stratégiques et de mieux utiliser l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociétaux communs. Les marchés publics jouent en effet un rôle essentiel dans la stratégie Europe 2020², dans la mesure où ils constituent l'un des instruments fondés sur le marché à utiliser, pour parvenir à une croissance intelligente, durable et inclusive, tout en garantissant l'utilisation optimale des fonds publics.³

¹ cf. fiches techniques présentées en 2014 par la Commission européenne et disponibles sur internet.

² cf. la communication de la Commission européenne du 3 mars 2010 intitulée « Europe 2020, une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive »

³ Les dépenses publiques relatives aux travaux, biens et services représentent environ 14 % du PIB. Cette estimation n'inclut pas la passation de marchés par les services d'utilité publique. Si ce paramètre était inclus, la valeur totale serait plus

Il convenait également rechercher des moyens de favoriser des pratiques administratives plus rigoureuses, plus simples et plus rationnelles.

La révision de la réglementation existante était enfin encore nécessaire pour clarifier certains concepts et notions fondamentaux, et pour prendre en compte certains enseignements de la jurisprudence bien établie de la Cour de justice de l'Union européenne.⁴

3. Deux nouvelles directives ont été adoptées par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne⁵ :

- la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ;
- la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

Les nouvelles règles édictées par les directives visent à clarifier, à consolider et à moderniser les règles existantes. Plus particulièrement, elles visent à rencontrer les objectifs suivants :

- permettre aux marchés publics de devenir un instrument de stratégie politique (domaines sociaux et environnementaux) et un instrument en faveur de l'innovation;
- simplifier la passation des marchés publics et alléger les contraintes pesant sur les acheteurs publics ainsi que sur les opérateurs économiques ;
- mieux prévenir les conflits d'intérêt, le favoritisme et la corruption.

En ce qui concerne les secteurs spéciaux, la révision des règles a, de manière globale, été calquée sur celle des marchés publics classiques.

4. Les directives précitées ont non seulement pour effet d'abroger les dispositions des anciennes directives de 2004, mais elles ont également des incidences sur les dispositions purement nationales, dans la mesure où elles portent notamment sur des aspects des marchés publics qui n'étaient, jusque-là, pas encore couverts par les règles européennes (tels que l'exécution des marchés publics). Par ailleurs, elles apportent des clarifications aux règles existantes, sur base des enseignements de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Il convient d'observer que seule une partie des règles issues des nouvelles directives sera rendue obligatoire à tous les marchés

proche de 19 % du PIB (source : Commission européenne, Indicateurs de marchés 2013). C'est pourquoi les marchés publics sont une des priorités de l'examen annuel de la croissance 2015 (source : Commission européenne).

⁴ cf. le « considérant » n° 2 de la directive 2014/24

⁵ Les deux directives ont été publiées au Journal officiel de l'Union européenne du 28 mars 2014 et sont entrées en vigueur le 17 avril 2014 ; elles abrogent les directives de 2004 (transposées dans la loi modifiée du 25 juin 2009 et dans son règlement grand-ducal d'exécution).

5. Par souci de lisibilité et de cohérence, il a été jugé opportun de procéder à une refonte de la législation nationale, en conservant toutefois la même structure que les textes de 2009. La loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics sera en conséquence abrogée.

L'essentiel du projet de loi sera plus amplement présenté après une première partie, consacré aux nouvelles règles apportées par les directives européennes (cf. points A à E ci-après).

La deuxième partie de l'exposé des motifs rendra compte des choix qui ont été opérés dans le cadre du travail de transposition.

A. PERMETTRE AUX MARCHÉS PUBLICS DE DEVENIR UN INSTRUMENT DE STRATÉGIE POLITIQUE (DOMAINES SOCIAUX ET ENVIRONNEMENTAUX) ET UN INSTRUMENT FAVORISANT L'INNOVATION

1. Un meilleur rapport qualité-prix

Grâce à une nouvelle formulation des dispositions en lien avec le critère de "*l'offre économiquement la plus avantageuse*" dans la procédure d'attribution, les nouvelles directives ont pour objectif de permettre aux acheteurs publics de mettre davantage l'accent sur les aspects qualitatifs, tout en tenant compte du prix et des coûts du cycle de vie de l'offre.

Sont précisées les conditions et caractéristiques des *spécifications, labels, certifications et autres moyens de preuve spécifiques* que les acheteurs publics peuvent exiger, afin de prouver que les travaux, services ou fournitures respectent les normes environnementales, sociales ou autres prévues dans le cadre du marché.

Les textes ont été agencés de manière à faire de la qualité un aspect central, afin que les achats publics ne soient plus systématiquement basés sur le prix le plus bas.

2. Les aspects sociaux et environnementaux au cœur des préoccupations

Il convenait de trouver le moyen d'endiguer les abus qui conduisent à des pratiques de dumping social et environnemental, faussant le bon fonctionnement du marché intérieur. Une attention particulière a été accordée à la question du respect des droits des travailleurs opérant dans le cadre des marchés publics et au respect des obligations en matière d'environnement. Les nouvelles directives visent à faciliter ces considérations dans les procédures de passation des marchés et le principe du respect de ces obligations est réaffirmé à plusieurs reprises dans le cadre des directives.

Ainsi, les textes prévoient une disposition particulière qui établit le respect obligatoire de ces obligations (*clause sociale horizontale*) ainsi que l'exclusion des opérateurs économiques qui ne se conforment pas à ces exigences.

Par ailleurs, les directives renforcent les mesures contre les *offres anormalement basses* du fait du non-respect du droit social, du droit du travail et de la législation environnementale. Les acheteurs publics pourront décider de ne pas attribuer un marché au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse lorsqu'ils ont établi que cette offre ne respecte pas les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail.

Les nouvelles règles permettent également plus de transparence en matière de sous-traitance. Au stade de l'appel d'offres, les acheteurs publics pourront exiger de la part des opérateurs économiques qu'ils précisent la part du marché qu'ils n'ont pas l'intention d'exécuter eux-mêmes mais entendent confier à des tiers. Le pouvoir adjudicateur pourra également vérifier l'existence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants et exiger leur remplacement.

Après l'attribution du marché, les acheteurs publics pourront exiger de l'entreprise chargée de l'exécuter qu'elle communique les noms et coordonnées des sous-traitants auxquels elle entend recourir. Cette obligation de transparence pourra s'appliquer également aux sous-traitants des sous-traitants.

Les nouvelles dispositions visent encore à favoriser l'insertion sociale de personnes handicapées ou défavorisées en permettant de réserver des marchés à des structures spécifiques.

Enfin, les nouvelles directives prévoient que les acheteurs publics peuvent prévoir des conditions d'exécution particulières portant sur l'exécution du marché, qui peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, au domaine social ou à l'emploi.

3. Un accès plus facile pour les petites entreprises

Un des objectifs affirmés des nouvelles directives est de permettre aux *PME européennes*, qui ont un potentiel considérable de création d'emplois, de croissance et d'innovation, d'accéder plus facilement aux marchés publics.

Outre les mesures visant à l'allègement des charges administratives, décrites ci-dessous, les nouvelles règles européennes encouragent la division des contrats en lots : il s'agit de préférer l'octroi de plusieurs contrats à différentes petites entreprises, plutôt que de donner un seul contrat à une grande entreprise.

Par ailleurs, le niveau du chiffre d'affaires qui peut être exigé pour participer à un marché public sera limité à, au maximum, deux fois la valeur estimée du contrat. Il s'agit d'éviter que des PME soient exclues de la participation à un marché du fait que le cahier des charges requiert un chiffre d'affaires minimal disproportionné par rapport à l'envergure du marché.

4. Mesures visant à favoriser l'innovation

La commande publique joue un rôle prépondérant pour l'innovation dans les domaines qui sont majoritairement ou exclusivement réservés au secteur public. La qualité de la commande publique détermine celle de l'objet du marché, ainsi que son caractère innovant.

La valeur de l'innovation se mesure aux résultats obtenus (amélioration de la qualité et/ou prix plus compétitif). Elle permet d'optimiser le fonctionnement du service public en intégrant de nouveaux processus, technologies ou matières.

Les nouvelles règles, tout en maintenant les instruments actuellement disponibles (*i.e. les spécifications techniques exprimées sous forme d'exigences fonctionnelles, de variantes, l'exemption des projets de recherche et développement, dont les achats publics avant commercialisation*), devraient permettre aux acheteurs publics d'encourager les entreprises à développer leur capacité d'innovation:

- toutes les procédures pourront prendre en compte le coût total du cycle de vie des achats au moment de l'évaluation des offres ; ainsi, les offres innovantes pourront être privilégiées au vu de leurs avantages financiers à long terme ;
- la procédure du « *dialogue compétitif* », qui porte sur les projets particulièrement complexes, et qui avait été introduite par les directives de 2004, a été simplifiée ;
- une nouvelle procédure, « *le partenariat pour l'innovation* », est destinée à permettre aux acheteurs publics de choisir de façon compétitive un partenaire auquel sera confiée la mission de résoudre un problème spécifique (sans préjuger de la solution) et de l'adapter aux besoins de l'acheteur. Cette dernière procédure permet aux acheteurs publics d'acquérir des solutions hautement innovantes, en offrant la possibilité de combiner services de recherche et achat des résultats de la recherche et du développement.

B. MESURES DE SIMPLIFICATION

1. Plus de flexibilité dans le choix du type de procédure

A travers les nouvelles règles, les acheteurs publics auront plus de possibilités de *négoier* les conditions du marché avec les entreprises, ce qui leur permettra d'obtenir un service mieux adapté à leurs besoins. Les nouvelles directives reposent en effet sur une approche de type « *boîte à outils* », qui offre aux acheteurs publics plus de souplesse, d'options et de possibilités.

Outre les procédures de « *dialogue compétitif* » et de « *partenariat pour l'innovation* », déjà mentionnées ci-avant, il convient de mentionner que la nouvelle « *procédure concurrentielle avec négociation* » remplace la « *procédure négociée avec publication préalable d'un avis de marché* ». Elle est plus clairement structurée, dans un souci d'équité, de transparence et d'efficacité, et vise à améliorer les offres et dote les acheteurs publics d'outils efficaces pour obtenir le meilleur résultat possible au terme des négociations.

2. Plus de souplesse dans le cadre du déroulement des procédures

En ce qui concerne le déroulement des procédures en elles-mêmes, les *délais minimaux* sont plus courts. Par ailleurs, dans le cadre des procédures ouvertes, les acheteurs publics sont libres de décider de l'ordre dans lequel ils souhaitent procéder en vue de la *vérification des dossiers*. Ils peuvent suivre l'ordre classique en se prononçant tout d'abord sur l'admission des soumissionnaires, puis en évaluant les offres et en décidant de l'attribution. Dans les cas qui s'y prêtent, ils peuvent aussi inverser cet ordre et examiner en premier lieu les offres avant de vérifier l'absence de critères d'exclusion et le respect des critères de sélection.

En outre, les *pouvoirs régionaux et locaux* bénéficieront d'un allègement de leurs obligations de publicité et pourront fixer les délais de procédure (par exemple pour transmettre les offres), d'un commun accord avec les entreprises participantes.

Si pour la plupart des *services*, les règles de passation des marchés publics s'appliquent pleinement dès lors que leur montant atteint 207.000 EUR (plus de 134.000 EUR pour les marchés attribués par les autorités gouvernementales centrales), pour certains *services sociaux, culturels, de santé et quelques autres services énumérés dans les directives, tels que les services juridiques, hôteliers, de restauration et de cantine*, un nouveau régime simplifié, qui vaut pour des marchés d'un montant supérieur à 750.000 EUR trouve à s'appliquer.

3. Moins de bureaucratie

Au niveau européen, grâce à l'auto-certification et à l'utilisation accrue de l'instrument électronique, les nouvelles règles ont pour objectif de réduire les formalités administratives et d'alléger la procédure au niveau administratif.

Par ailleurs, la proposition d'offre devrait être simplifiée grâce à un "*document européen unique de marchés publics*" contenant des auto-déclarations. Le but étant de permettre aux opérateurs économiques d'introduire plus facilement et plus rapidement une offre, étant donné qu'il aura moins d'annexes à fournir au moment où l'appel d'offres est engagé. Seul le soumissionnaire qui remporte le marché devra fournir les documents originaux prouvant qu'il remplit les conditions requises pour le marché en question. Ce système devrait permettre de réduire les formalités administratives et le volume des documents déposés pour la sélection des entreprises pour chaque procédure de marché.

4. Dématérialisation (e-procurement)

Les moyens électroniques d'information et de communication permettent de simplifier considérablement la publicité des marchés publics et de rendre les procédures de passation de marché plus efficaces et transparentes. Pour réduire davantage la paperasserie liée aux marchés publics, les directives énoncent un certain nombre de dispositions visant à progressivement mettre en place la passation de marchés publics en ligne (*e-procurement*).

Les procédures électroniques de passation de marchés publics comprennent notamment la publication en ligne des avis de marché (avis électroniques), l'accès en ligne à tous les documents relatifs aux appels d'offres et la remise électronique des offres aux pouvoirs adjudicateurs/acheteurs publics. Par ailleurs, les directives énoncent un certain nombre de règles relatives aux communications électroniques. A terme, les soumissions en elles-mêmes se feront obligatoirement par voie électronique, et non plus sur dossier matériel. Un certain nombre de techniques de passation de marchés impliquent d'ailleurs nécessairement l'utilisation de moyens électroniques, tels que les systèmes d'acquisition dynamiques, les enchères électroniques ainsi que les catalogues électroniques.

Un certain nombre d'outils à composantes électroniques sont introduits par les directives, la base de données en ligne *e-Certis* et l'utilisation du document unique de marché européen, en abrégé « *DUME* ».

Les outils et dispositifs utilisés pour communiquer par voie électronique doivent être non discriminatoires, généralement disponibles et interopérables. Cela signifie qu'un acheteur public ne peut restreindre la capacité d'une entreprise à participer à une procédure de passation de marché public.

Pour les marchés européens, les Etats membres sont tenus de mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer aux obligations résultant des directives. Des dispositions transitoires sont néanmoins prévues afin de permettre aux acheteurs publics et aux opérateurs économiques de s'adapter.

Il convient de noter que sur le plan national, les moyens électroniques requis sont déjà à la disposition des utilisateurs par le biais du *Portail des marchés publics*. L'envoi par voie électronique des avis à publier (notification électronique) et l'accès en ligne aux documents relatifs aux appels d'offres sont déjà obligatoires dans les procédures européennes et assurés par 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.

C. MIEUX PRÉVENIR LES CONFLITS D'INTÉRÊT, LE FAVORITISME ET LA CORRUPTION

De nouvelles dispositions relatives aux "*conflits d'intérêts*", sur la base d'une définition claire, sont à présent fournies.

Dans le cadre de la préparation d'un appel d'offres, les acheteurs publics peuvent être amenés à consulter d'abord des entreprises. De telles *consultations préalables* peuvent conduire à des situations favorisant les entreprises impliquées et créer de ce fait des distorsions de concurrence, raison pour laquelle des dispositions spécifiques ont été prévues pour mieux encadrer ces consultations. L'exclusion de l'entreprise concernée ne sera toutefois possible qu'en dernier ressort et en cas d'impossibilité de garantir par d'autres moyens l'égalité de traitement entre les entreprises participantes.

De nouvelles dispositions sont introduites afin de renforcer les règles relatives aux *motifs d'exclusion*, qui sont étendus par rapport à la réglementation antérieure. A noter que, dans certains cas et sous certaines conditions, la possibilité est donnée à un soumissionnaire de démontrer sa fiabilité en apportant la preuve des mesures qu'il a prises pour corriger le problème ou réparer le dommage causé.

La transparence est renforcée dans le cadre des *mesures de "gouvernance" des marchés publics*, que les nouvelles directives introduisent. Dans le chef des Etats membres, ces règles introduisent un certain nombre d'obligations de suivi et de rapport. Dans le chef des acheteurs publics, des obligations de transparence, qui existaient déjà sous la réglementation antérieure, ont été étendues.

D. CLARIFICATION DE CERTAINES RÈGLES APPLICABLES AUX POUVOIRS ADJUDICATEURS (ET AUX ENTITES ADJUDICATRICES)

1. Principe de la libre administration et coopération entre entités publiques

Les textes des nouvelles directives énoncent le principe de la libre administration des collectivités publiques, à tous les niveaux. Concrètement, il appartient aux autorités publiques de décider comment et dans quelle mesure seront effectuées des tâches d'intérêt public, et ce, en coopération avec d'autres autorités publiques.

En vertu des nouvelles règles, les acheteurs publics peuvent plus facilement regrouper leurs achats, en recourant à des procédures conjointes de passation des marchés, ou en achetant par l'intermédiaire d'une centrale d'achat.

Ces procédures sont possibles à l'échelle nationale ou transfrontalière. Les nouvelles directives contiennent pour la première fois des règles claires et explicites sur les procédures conjointes transfrontalières et fournissent aux acheteurs publics et aux centrales d'achat la sécurité juridique nécessaire.

Par ailleurs, les nouvelles directives ont repris les enseignements de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne relative aux marchés passés entre des entités publiques (coopération public-public), pour déterminer les conditions qui doivent être remplies pour que la législation sur les marchés publics ne trouve pas à s'appliquer.

« 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. »⁶

C'est précisément en vue de préserver la liberté des pouvoirs publics d'accomplir les mission d'intérêt public qui leur incombent, en s'organisant et en utilisant leurs ressources propres – administratives, financières et techniques – sans devoir faire appel à des entités extérieures, tout en conciliant cette liberté avec les exigences de la mise en concurrence que la jurisprudence a, depuis 1999, progressivement dégagé trois situations caractérisées, dans lesquelles il est permis de considérer que la législation sur les marchés publics ne trouve pas à s'appliquer.⁷ Même si la Cour a clairement confirmé que le droit de l'UE n'impose pas aux pouvoirs adjudicateurs d'utiliser une forme juridique particulière pour effectuer conjointement leurs missions de service public, les pouvoirs adjudicateurs peuvent mettre en place des structures leur permettant de coopérer entre elles, qu'elles soient institutionnalisées ou non.⁸

Cependant, cette jurisprudence paraît avoir fait l'objet d'interprétations divergentes entre Etats membres et même entre les pouvoirs adjudicateurs, de sorte qu'il existe une importante insécurité juridique quant à savoir dans quelle mesure les règles sur la passation des marchés publics trouvent ou non à s'appliquer.⁹ A un point tel que déjà en 2010, un rapport du Parlement européen soulignait la nécessité d'éclaircir cette matière, en demandant à la Commission européenne et aux Etats membres de « diffuser largement des informations sur les conséquences juridiques » des arrêts rendus par la Cour de Justice de l'Union européenne.¹⁰

⁶ cf. le « considérant » n° 31 de la directive 2014/24 ;

⁷ F. BRENET, « L'exception de « coopération » entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *A.J.D.A.*, 15/2014, 849.

⁸ cf. cf. document de travail des services de la Commission européenne COM [2011] 1169 final, pp. 15-16, présenté par la DG Marché Intérieur et Services, concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-public») qui présente un large aperçu de l'évolution de la jurisprudence du moment, la consolide et la synthétise pour en tirer des enseignements.

⁹ cf. document de travail des services de la Commission européenne COM [2011] 1169 final.

¹⁰ cf. Rapport d'initiative présenté par la députée européenne Heide Rühle sur l'évolution de la passation de marchés publics [résolution du Parlement européen du 18 mai 2010 sur l'évolution de la passation de marchés publics (2009/2175(INI))].

C'est la raison pour laquelle les nouvelles directives définissent pour la première fois des règles législatives explicites pour déterminer quels marchés peuvent être conclus entre entités du secteur public sans recourir aux procédures de passation de marchés publics. Ces règles sont basées sur les enseignements tirés de la jurisprudence et devraient permettre aux acheteurs publics de bénéficier d'une plus grande sécurité juridique. Elles aideront en particulier les autorités locales et régionales à tirer pleinement parti des possibilités de coopération pour exécuter leurs tâches avec le maximum d'efficacité, au bénéfice des citoyens.

Les règles régissent d'une part les situations de coopération dites « verticales », c'est-à-dire la coopération au moyen d'entités juridiques distinctes, et d'autre part les situations de coopération dites « horizontales », c'est-à-dire les situations dans lesquelles les acheteurs publics concluent des marchés entre eux, sans créer d'entreprise contrôlée.

Étant précisé que 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.

2. Modification des contrats en cours et résiliation

Ayant constaté que les générations précédentes de directives sur les marchés publics ne traitaient pas de la question de l'évolution du contrat (résultant du marché public) en cours d'exécution, et que cette phase d'exécution des marchés publics pouvait, à certains égards, présenter des risques en termes de concurrence, en particulier au regard des principes de non-discrimination, d'égalité de traitement et de transparence, la Cour de justice de l'Union européenne a commencé à encadrer cet aspect en particulier. La portée des différents arrêts rendus depuis un certain nombre d'années était cependant difficile à apprécier et, de ce fait, source d'insécurité juridique.¹¹

Il a été jugé nécessaire de préciser les conditions dans lesquelles des modifications apportées à un marché en cours d'exécution imposent une nouvelle procédure de passation de marché, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en la matière, de sorte à permettre, dans certains cas, de tenir compte de la nécessaire évolution du contrat.

Ainsi, les modifications apportées au contrat qui ne rendent pas celui-ci sensiblement différent par nature de celui conclu au départ, sont permises.

¹¹ cf. R. NOGUELLOU, « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *AJDA*, 2014, p. 853. Cet article retrace l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Par ailleurs, les nouvelles directives prévoient encore un certain nombre d'hypothèses dans le cadre desquelles il est permis de modifier le contrat en cours d'exécution sans devoir résilier le marché et procéder à une nouvelle attribution.

Dans le même ordre d'idées et comme suite logique des règles sur la modification des marchés en cours d'exécution, les directives imposent de prévoir trois cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices doivent résilier le marché. Cependant, les directives permettent que des hypothèses supplémentaires de résiliation unilatérale par les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices soient prévues.

3. Achats conjoints et transfrontaliers (art. 39)

Des dispositions spécifiques pour les achats conjoints et transfrontaliers permettront aux pouvoirs adjudicateurs et aux acheteurs de différents Etats membres de faire des achats en commun.

E. QUELLES MODIFICATIONS POUR LES SECTEURS SPÉCIAUX (DIRECTIVE 2014/25/UE) ?

Comme par le passé, les "*secteurs spéciaux*" font l'objet de règles distinctes et plus souples, qui vont s'appliquer non seulement aux pouvoirs adjudicateurs « classiques », visés à l'article 86, dès lors que ceux-ci exercent une activité visée par la directive (secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux), mais aussi à des entreprises publiques (sur lesquelles les acheteurs publics ont une influence dominante) ou privées lorsqu'elles exercent une ou plusieurs des activités visées aux articles susmentionnés et qu'elles bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs octroyés par une autorité compétente de l'Etat. Pour désigner l'ensemble de ces personnes, l'expression « entités adjudicatrices » est employée.

Comparé à la réglementation antérieure, les notions de pouvoirs adjudicateurs et d'entités adjudicatrices ont été précisées et figurent dans deux articles distincts (au lieu d'un). Dans le cadre des dispositions relatives aux entités adjudicatrices, les notions de droits spéciaux ou exclusifs ont été clarifiées.

Lorsque le droit exclusif ou spécial a été octroyé sur base d'une procédure transparente (de mise en concurrence ou d'octroi de licences sur demande) et basée sur des critères objectifs, l'opérateur privé concerné est alors dispensé d'appliquer les règles européennes lorsqu'il passe des marchés; les législations/procédures communautaires remplissant ces conditions de transparence et d'objectivité étant précisées.

Des changements ont également été opérés en ce qui concerne les secteurs concernés dans la mesure où les activités liées à l'exploration de pétrole et de gaz naturel (la directive ne vise plus que l'activité d' « *extraction de pétrole et de gaz* ») ainsi que certains services connexes aux services postaux (services financiers, logistiques, électroniques et de philatélie) sont désormais exclus du champ d'application de la directive.

Les **adaptations** nécessaires pour sauvegarder les possibilités de pratiques plus flexibles, propres à des entités exerçant une activité commerciale ou industrielle, ont été apportées. Ainsi, notamment:

- les entités adjudicatrices peuvent librement avoir recours à la procédure concurrentielle avec négociation et au dialogue compétitif (alors que, dans le cadre de la directive 2014/24, les hypothèses de recours à ces procédures sont définies) ;
- des dispositions relatives aux conflits d'intérêts ne s'appliqueront qu'aux acheteurs publics, et pas aux entreprises publiques ou privées (seuls les « pouvoirs adjudicateurs » sont en effet visés par les dispositions relatives aux conflits d'intérêts);
- des acheteurs conserveront la pleine liberté de choisir entre l'octroi de plusieurs contrats à plusieurs petites entreprises, plutôt qu'un seul contrat à une grande entreprise, sans que la directive prône l'une ou l'autre option ;
- de l'obligation d'exclusion des entreprises dans certains cas ne s'appliquera qu'aux seuls acheteurs publics;
- du seuil d'application du nouveau régime simplifié pour les services sociaux, culturels et de santé et quelques autres services est de 1.000.000 euros, compte tenu des seuils plus élevés s'appliquant aux secteurs spéciaux.

II. COMMENT LES DIRECTIVES ONT-ELLES ÉTÉ TRANSPOSÉES ?

A. LE PRINCIPE DE LA DIVISION EN « LIVRES ».

La loi modifiée du 25 juin 2009 est structurée en trois « Livres » : le Livre I énonce les règles applicables à tous les marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs. Ces règles s'appliquent aux marchés et concours dont la valeur n'atteint pas les seuils européens (autrement dit : les marchés « nationaux »), mais aussi aux marchés et concours atteignant ces seuils (les marchés « européens »), pour autant que les Livres II et III n'énoncent pas de règles particulières.

Les règles du Livre I sont souvent désignées comme étant les règles « nationales », étant donné qu'elles ne trouvent, pour la plupart, pas leur origine dans les directives européennes, tandis que les Livres II et III (secteurs spéciaux) contiennent exclusivement des règles tirées de la transposition de directives européennes. Les règles du Livre III s'appliquent aux entités adjudicatrices pour les marchés et concours passés dans les différents secteurs, pour autant que les conditions d'application qui lui sont propres soient remplies.

Les nouvelles directives 2014/24/UE et 2014/25/UE auraient pu être transposées en optant pour l'intégration de leurs dispositions dans les Livres II et III, sans que le Livre I ne s'en trouve affecté.

Telle n'est cependant pas l'option qui a été retenue en l'espèce.

B. DAVANTAGE DE RÈGLES D'ORIGINE EUROPÉENNE DANS LE LIVRE I.

Bien que l'objectif des directives européennes ne soit pas d'harmoniser les règles en matière de marchés publics, mais uniquement de garantir une mise en concurrence effective au niveau européen, il a été jugé opportun, pour des considérations de sécurité juridique, d'inclure un certain nombre de règles énoncées par les nouvelles directives dans le Livre I, afin de les rendre applicables à tous les marchés publics.

Les raisons de ce choix sont exposées ci-après.

1. Des règles qui s'apparentent à des principes généraux et qui contribuent à clarifier un certain nombre de questions juridiques

Les nouvelles directives énoncent un certain nombre de règles qui s'apparentent à des principes généraux susceptibles d'intéresser tous les marchés publics.

Beaucoup ne figurent pas comme tels dans la législation nationale datant de 2009, alors que cela serait pourtant souhaitable, compte tenu des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination qui régissent la matière.

Il en va par exemple ainsi des nouvelles règles édictées en vue de mieux prévenir les conflits d'intérêt, le favoritisme et la corruption, ainsi que des règles de preuve applicables à la passation des marchés. Bien que pour beaucoup de ces nouvelles règles, il soit possible d'argumenter qu'elles trouvent déjà à s'appliquer sous la législation de 2009, au vu des règles à caractère général qui s'y trouvent énoncées, il s'agit d'éviter de donner le sentiment aux pouvoirs adjudicateurs et aux opérateurs économiques qu'il y aurait un trop grand écart entre les régimes des Livres I et II, et possiblement, d'encourager certains pouvoirs adjudicateurs à des stratégies d'évitement du Livre II.

D'autres règles sont déjà exprimées dans la législation nationale de 2009, mais à l'aide d'un énoncé qui diffère de celui employé par les nouvelles directives. Pour des raisons de sécurité juridique, il convient d'harmoniser la formulation de ces règles. Il en va par exemple ainsi des règles relatives à l'adjudication ou à l'exécution des marchés. L'uniformisation de l'énoncé des règles permet d'éviter les complications résultant de possibles « pratiques » différentes selon le Livre auquel est soumis le marché en question. Il s'agit également d'éviter des divergences d'interprétation.

Le même raisonnement trouve à s'appliquer en ce qui concerne la nécessité d'intégrer, dans le Livre I, les clarifications sur un certain nombre de questions juridiques, apportées par les nouvelles directives sur base des enseignements de la Cour de justice de l'Union européenne, par exemple sur la passation de marchés entre entités appartenant au secteur public (coopération public-public), la passation de marchés conjoints et transfrontaliers, et les principes régissant la modification des marchés en cours d'exécution.

Il a par ailleurs été jugé qu'il convenait de faire figurer dans le Livre I une partie des dispositions de la directive 2014/24 portant sur le champ d'application, afin que celles-ci s'appliquent également aux marchés nationaux. Il en va ainsi des règles portant sur le régime applicable aux « marchés mixtes » et de certaines dispositions portant sur les exclusions, à savoir les hypothèses relatives aux marchés passés en vertu de règles internationales, l'hypothèse des marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif, et enfin, les hypothèses relatives aux marchés entre entités appartenant au secteur public.

Ces hypothèses sont à distinguer des autres cas d'exclusions prévus par les directives, (par exemple les exclusions de certains marchés de services) et qui sont transposées dans le Livre II. Si, pour ces dernières, la *ratio legis* est à rechercher dans l'absence de besoin de créer les conditions pour une mise en concurrence effective au niveau européen, tel n'est pas le cas des hypothèses visées à l'alinéa qui précède, et qui ont été insérées dans le cadre du Livre I.

En effet, pour les règles relatives aux marchés passés en vertu de règles internationales, la raison de l'exclusion est à rechercher dans l'existence d'autres règles, internationales, dès lors que celles-ci trouvent à s'appliquer. Pour les marchés publics passés entre entités appartenant au secteur public, il s'agit, tel que cela a précédemment été exposé, de règles qui trouvent leur fondement dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui a déterminé les conditions et les circonstances dans lesquelles les règles relatives à la passation des marchés publics devaient s'effacer au profit de la liberté d'organisation des pouvoirs publics. Il n'y a pas lieu de considérer que les marchés sous le seuil de la directive européenne seraient moins concernés par la raison d'être des principes consacrés à travers les règles édictées par la nouvelle directive, de sorte que ces règles

trouvent leur place dans le Livre I. Le même raisonnement trouve à s'appliquer en ce qui concerne les marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif.

Enfin, il a été jugé nécessaire d'intégrer dans le Livre I les règles destinées à mieux prévenir les conflits d'intérêts, le favoritisme et la corruption. Il s'agit notamment des principes applicables à la phase préparatoire (conditions dans lesquelles des soumissionnaires peuvent être préalablement consultés) et à la phase de sélection (motifs d'exclusion).

2. Des règles qui permettent aux marchés publics de devenir un instrument de stratégie politique (dans les domaines sociaux et environnementaux), ainsi qu'un instrument en faveur de l'innovation

Il a enfin été jugé important d'intégrer dans le Livre I les nouvelles règles permettant aux marchés publics d'être utilisés comme instrument de stratégie politique.

Sont notamment visées les dispositions relatives à la mise en adjudication, à la sous-traitance, la clause sociale horizontale et la faculté de ne pas adjuger le marché au soumissionnaire ayant remis le prix le plus bas, s'il s'avère que son offre est anormalement basse parce qu'il ne respecte pas ses obligations en matière de droit social, droit du travail et droit environnemental ; sont également visées les dispositions permettant de mettre l'accent sur la qualité, telles que les labels, les spécifications techniques, rapports d'essais et le coût du cycle de vie. Il n'y a en effet pas de raison que les nouvelles possibilités offertes aux autorités publiques, de mettre l'accent sur les préoccupations sociales et environnementales, soient limitées aux seuls marchés d'envergure.

Aux fins de permettre aux pouvoirs adjudicateurs relevant du Livre I de favoriser l'innovation, de nouvelles règles leur permettent d'avoir recours aux procédures spécifiques prévues à cet effet par le Livre II, à savoir le dialogue compétitif et le partenariat d'innovation.

C. CHARGE ADMINISTRATIVE ET CONTRAINTES LIÉES AUX DÉLAIS DE PUBLICATION.

Les règles édictées par la directive 2014/24 qui n'ont *pas* été intégrées dans le Livre I sont celles dont il peut être considéré qu'elles sont susceptibles d'entraîner une charge administrative plus importante pour les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques. Charge administrative qui ne serait pas justifiée pour les marchés publics de moindre envergure, régis par le Livre I.

Il en va ainsi des règles spécifiquement destinées à garantir une concurrence au niveau européen, telles que celles relatives à la publication des avis et les règles relatives aux délais, des contraintes liées aux types de procédures et des conditions de recours à ces procédures, des techniques de passation des marchés et des moyens de preuve spécifiques aux directives et impliquant nécessairement l'utilisation de moyens électroniques (p.ex. DUME et *e-Certis*), qui ne seront rendus obligatoires que pour les marchés publics relevant du Livre II.

Il a donc été jugé opportun de ne pas adapter les règles nationales relatives aux procédures. A cet égard, le Livre I énonce, pour l'essentiel, les mêmes règles d'origine nationale que celles figurant

dans la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics. Les procédures de passation de marché prévues par la directive 2014/24 et les conditions de recours y relatives, sont transposées dans le Livre II, de sorte que les deux Livres conserveront leurs particularités sur la question des procédures ainsi que sur les conditions de recours y relatives. En effet, alors que le Livre II met en avant l'égalité entre la procédure ouverte et la procédure restreinte, et une approche du type « boîte à outils »,¹² le Livre I pose toujours le recours à la procédure ouverte en tant que principe et ne connaît, comme alternative, que la procédure restreinte et la procédure négociée à titre d'alternatives.

Il convient d'observer que les hypothèses permettant de déroger à la publication d'un avis de marché sont maintenues. Quelques adaptations y ont été apportées.¹³ Ces hypothèses diffèrent également de celles prévues par la directive 2014/24, qui sont transposées dans le cadre du Livre II.

D. PASSATION ÉLECTRONIQUE DES MARCHÉS FACULTATIVE DANS LE LIVRE I.

La passation électronique des marchés publics et l'utilisation de moyens électroniques ne seront rendues obligatoires que pour les marchés d'une certaine envergure, tombant sous le champ d'application du Livre II (étant toutefois précisé que les règles y relatives seront traitées dans le cadre du règlement grand-ducal d'exécution). La nouvelle directive présente certes la passation électronique des marchés publics comme mesure de simplification administrative. Cependant, tant qu'il n'est pas certain que les pouvoirs adjudicateurs habitués à passer couramment des marchés de petite envergure, soient, dans l'immédiat, disposés à procéder à la passation électronique de leurs marchés, ces règles ne seront pas rendues obligatoires dans le Livre I (ce qui n'empêche que tous les pouvoirs adjudicateurs peuvent avoir recours à la passation électronique).

Tel que cela a déjà été mentionné, 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.

Malgré les dispositions transitoires, les pouvoirs adjudicateurs auront la possibilité, s'ils le souhaitent, de rendre la remise électronique des offres obligatoire pour leurs appels d'offres du Livre I ainsi que du Livre II avant les dates prévues par les directives.

E. CINQ « LIVRES » AU LIEU DE QUATRE.

Le projet de loi comporte 163 articles. Au vu de l'option retenue et exposée ci-avant, les règles tirées de la directive 2014/24 ont été intégrées dans les Livres I et II du projet de loi, tandis que celles résultant de la directive 2014/25 (secteurs) ont été intégrés dans le Livre III.

¹² Sur la question des procédures, il est renvoyé à la première partie du présent commentaire.

¹³ Sur la question des adaptations, il est renvoyé au commentaire des articles.

Un nouveau Livre IV a été créé afin de permettre à l'Etat de rendre compte des nouvelles obligations lui incombant en matière de gouvernance des marchés publics.

Le Livre V porte sur les dispositions finales.

1. Le Livre I

Le Livre I énonce les dispositions s'appliquant, sauf exceptions, à tous les marchés publics et concours passés par les pouvoirs adjudicateurs, quelle que soit leur envergure. Les exceptions sont de deux ordres : d'une part, pour les marchés atteignant les seuils fixés dans le Livre II, les règles du Livre I ne trouvent à s'appliquer que pour autant que le Livre II n'énonce pas de dispositions particulières

Les règles qui sont reprises de celles figurant dans le Livre I de la législation de 2009 n'ont, pour l'essentiel et quant à leur substance, pas fait l'objet de modifications. Cependant, la formulation d'une partie de ces règles a dû être remaniée afin qu'elles trouvent à s'aligner avec les règles issues de la directive 2014/24 qui ont été intégrées dans le Livre I, tel que cela a été exposé ci-avant.

2. Le Livre II

Les dispositions particulières du Livre II sont exclusivement applicables aux marchés atteignant les seuils européens, autrement dit, aux marchés d'une certaine envergure. Le Livre II est entièrement constitué d'articles transposés depuis la directive 2014/24/UE (secteur classique) et ne contient donc aucune règle purement nationale.

Le Livre II se distingue essentiellement du Livre I en ce qui concerne les contraintes en matière de publications et de délais. Après écoulement de la période transitoire, la passation des marchés devra obligatoirement se faire par voie électronique.

Comme par le passé, certains marchés atteignant les seuils se voient appliqués des règles moins contraignantes que d'autres.

Le Livre II prévoit en effet l'exclusion de son champ d'application d'un certain nombre de marchés. Il en va ainsi des marchés passés dans un certain nombre de secteurs (eau, énergie, transports, services postaux, communications électroniques) ou pour un certain nombre de services (énumérés à l'article 56), de même que, pour autant que certaines conditions soient remplies, pour certains marchés subventionnés, pour certains marchés de services de recherche et de développement, ainsi que pour certains marchés comportant des aspects ayant trait à la défense et à la sécurité. Ces marchés sont exclus du champ d'application des directives alors qu'il a été considéré qu'il n'était pas nécessaire d'assurer une mise en concurrence au niveau européen.

Par ailleurs, pour un certain nombre de services sociaux et autres services spécifiques (énumérés à l'annexe VIII – notamment des services d'hôtellerie, des services juridique, des services de secours, d'incendie ou pénitentiaires), un régime spécifique a été prévu.

Ces services ne tomberont sous le champ d'application du Livre II que si un seuil particulier (750.000 EUR) est atteint, alors qu'il a été considéré que ces services, par leur nature intrinsèque, ont une dimension transnationale limitée et qu'ils n'intéresseront généralement pas les prestataires d'autres Etats membres dès lors que leur valeur n'atteint pas ce seuil.¹⁴ A ce moment, les pouvoirs adjudicateurs disposeront de beaucoup de souplesse dans le choix de la procédure. Les contraintes en matière de transparence demeurent.

3. Le Livre III

Le Livre III trouve à s'appliquer aux entités adjudicatrices, pour les marchés passés dans certains secteurs d'activité, pour autant qu'il s'agisse de marchés d'une certaine envergure.

Les nouvelles règles apportent peu de modifications. Celles-ci ont été présentées dans le cadre de la première partie de l'exposé des motifs.

4. Le Livre IV

Le Livre IV s'applique aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices et est destiné à permettre à l'Etat de rendre compte des nouvelles obligations lui incombant en matière de gouvernance des marchés publics (dont une grande partie figurera dans le règlement grand-ducal d'exécution).

Mis à part l'extension du champ d'application aux entités adjudicatrices, il convient de signaler que les dispositions relatives à la Commission des soumissions demeurent inchangées par rapport à l'article 16 de la loi modifiée du 25 juin 2009.

5. Le Livre V

Le Livre V contient les dispositions finales, portant notamment sur les annexes des deux directives transposées, qui ont été reprises dans l'état où elles ont été publiées au Journal officiel de l'Union européenne.

Il a également été jugé opportun d'y insérer un article permettant, pour des raisons de simplification administrative, que l'adaptation des seuils dont le montant correspond à la valeur cent de l'indice des prix à la consommation soit limitée à une adaptation annuelle au début de l'année au lieu d'une adaptation mensuelle au dernier indice publié par le *Statec*. Cette adaptation ne concerne pas les seuils « européens » qui déterminent l'applicabilité des Livres II et III.

¹⁴ cf. les considérations exposées à titre liminaire des articles des directives (n° 114 et suivants).

F. LE REMANIEMENT DES RÈGLES ÉNONCÉES PAR LE RÈGLEMENT GRAND-DUCAL.

Comme pour les générations antérieures de directives en matière de marchés publics, les règles européennes seront transposées en deux temps. La majeure partie des dispositions des directives est transposée dans le projet de loi ; l'autre sera transposée dans le règlement grand-ducal d'exécution, qui fera l'objet d'un remaniement du même ordre que ce qui a été fait dans le cadre du projet de loi.

Les articles transposés dans le projet de loi portent essentiellement sur les règles relatives aux principes applicables à la passation des marchés publics et à leur exécution.

Le règlement grand-ducal d'exécution de la loi énoncera les règles portant sur le cahier général des charges et la mise en adjudication, avec des dispositions à caractère technique, de même que les règles applicables à la publication des avis de marchés, aux délais et aux modes de communication. Comparé à la législation antérieure, le règlement grand-ducal ne contient plus autant de règles relatives à la phase d'attribution des marchés publics, les principes essentiels étant à présent rassemblés dans la loi. A titre d'exemple de règles qui conserveront leur place dans le règlement grand-ducal, on peut par exemple citer les dispositions à caractère pratique relatives au déroulement de l'ouverture et à l'examen des offres.

Comme par le passé, c'est également dans le cadre du règlement grand-ducal que seront énoncées la plupart des règles applicables en matière de sous-traitance, notamment les contraintes plus strictes applicables dans le cadre de l'entreprise générale et les nouvelles règles relatives aux déclarations à faire par les pouvoirs adjudicateurs lors de la phase « exécution » du marché.

Il convient cependant de noter que la possibilité prévue par les nouvelles directives, d'obliger un soumissionnaire d'exclure un sous-traitant pour lequel un motif d'exclusion obligatoire aurait été constaté, est inscrite dans la loi, étant donné que cette règle peut trouver à s'appliquer tant au moment de la vérification des offres qu'au moment de l'exécution du marché.

Un nombre important de règles relatives à la phase « exécution » des marchés publics ne se retrouveront cependant plus énoncées dans le règlement grand-ducal. En effet, compte tenu de l'importance des règles énoncées par les nouvelles directives en relation avec la modification des marchés en cours, qui portent en soi sur les circonstances et conditions dans lesquelles un marché, s'il ne doit pas être résilié, peut être modifié sans qu'il n'y ait lieu de procéder à une mise en concurrence, il a été jugé que ces règles trouvent leur place dans la loi.

G. L'ABROGATION DE LA LOI MODIFIÉE DU 25 JUIN 2009 SUR LES MARCHÉS PUBLICS.

La transposition des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE implique non seulement l'intégration en droit luxembourgeois de toutes nouvelles dispositions, mais également le remaniement des règles existantes, afin de les aligner avec l'esprit et la *ratio legis* des nouvelles directives.

Pour éviter toute incohérence et par souci de lisibilité, il a été jugé opportun de ne pas procéder par voie de modifications, mais d'insérer les dispositions issues des directives dans une nouvelle loi, et de prévoir que la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics sera abrogée. Il sera procédé de la même manière avec le règlement grand-ducal.