

RELEVÉ DES CORRECTIONS RÉALISÉES

SUITE À L'AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT n° 51.675 DU 14 JUILLET 2017

n.b. la référence à l'avis du C.E. est indiquée en couleur

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

Le présent document est structuré en deux parties : la première constitue un commentaire « article par article » des modifications effectuées, exception faite des corrections d'ordre légistique affectant l'ensemble du document, qui sont reprises dans la 2^e partie.

Dans son avis du 14 juillet, le Conseil d'État a relevé un nombre très important de dispositions qu'il a jugées superfétatoires ou superflues, ou encore « à omettre », selon le cas. Sont visées, dans la plupart des cas, des dispositions qui font le lien avec les articles de la loi et qui n'apportent rien au niveau normatif.

Malgré les observations du Conseil d'État, les auteurs ont fait le choix de maintenir la plupart des dispositions critiquées pour ces raisons (quelques-unes ont toutefois été supprimées).

Dans la pratique, les auteurs ont en effet constaté que beaucoup d'usagers font l'impasse de la lecture de la loi lorsqu'ils rédigent leur cahier spécial des charges et se suffisent à lire les dispositions du cahier général des charges qu'ils trouvent dans le règlement grand-ducal. Cette pratique va devoir changer compte tenu des nouvelles dispositions incorporées dans le projet de loi, et les auteurs ont considéré, compte tenu de la complexité de la matière, que les liens et renvois vers la loi pouvait contribuer à une meilleure application de celle-ci.

De même, vu les nombreux chapitres, il ne paraît pas inutile, que certaines dispositions qui concerne tant la phase d'attribution du marché que l'exécution de la commande, se retrouvent à deux endroits (tel que cela est proposé pour la référence aux règles énoncées à l'article 42 de la loi, par exemple). Les auteurs conçoivent bien que le fait de rédiger un règlement comme un manuel scolaire est certainement un moyen « peu orthodoxe » de parvenir à une correcte application de la loi et que d'autres moyens, tels qu'une refonte complète des dispositions nationales et européennes (cf. avis du Conseil d'État du 23 mai 2017 relatif au projet de loi) ou l'intégration dans la loi de toutes les dispositions sont toutes des options qui pourraient à l'avenir être envisagées après discussion avec les chambres professionnelles, dès lors qu'une telle réforme ne sera pas soumise au respect de délais de transposition...

Enfin, les auteurs ont considéré que le risque de commettre des erreurs dans les nombreux renvois internes aux articles (alors que pour le moment, le Conseil d'État n'avait pas relevé d'erreurs) était un argument supplémentaire permettant de justifier – compte tenu du délai de transposition – que les articles concernés ne soient pas supprimés.

I. Commentaire « article par article »

(excepté les corrections d'ordre légistique portant sur l'ensemble du texte)

INTITULÉ

cf. C.E., obs. préliminaires, p. 3

Suivant avis du Conseil d'État, les dispositions exécutant la future loi sur l'attribution des contrats de concession (dossier parl. n° 6984) doivent faire l'objet d'un projet de règlement grand-ducal à part. Par conséquent, l'intitulé du projet de règlement grand-ducal sous examen devra se lire comme suit : « *Projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi du jj.mm.yyyy sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106, point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988* ».

PRÉAMBULE

À l'endroit des ministres proposant, l'expression « Gouvernement en conseil » a été corrigée avec une lettre « c » minuscule. *cf. C.E., obs. d'ordre légistique, p. 51*

LIVRE I^{er}

Article 1^{er}

cf. C.E., p. 3

Pas d'observations.

Articles 2 à 7

cf. C.E., pp. 4-6 :

1. Dans son avis, le Conseil d'État donne à observer que la philosophie du texte en projet serait différente (et opposée) à celle du texte européen, alors que l'objectif des directives serait de favoriser la division des marchés publics en lots afin de favoriser l'accès des PME, tandis qu'au niveau national, la passation des marchés publics serait à opérer « en bloc ».

2. Les auteurs ne partagent que partiellement cet avis.

En effet, pour la réalisation de projets de construction notamment, les pouvoirs adjudicateurs sont encouragés par les règles existantes (article 9, paragraphe 1^{er}) à procéder à la passation de leurs marchés par lots selon la professions, le métiers ou l'industrie concernée. Bien que la législation actuelle l'énonce en premier lieu, la règle de l'adjudication « en bloc » n'intervient donc en réalité qu'en second lieu : ce n'est en effet qu'après avoir procédé une première fois à la division du marché (donc du projet dans sa globalité) en lots « par professions, métiers ou industries », que les pouvoirs adjudicateurs sont invités (mais pas forcés) à procéder à une adjudication « en bloc » des lots qu'ils ont constitués (essentiellement pour des considérations de responsabilité), avec la précision, au paragraphe 2, qu'il leur est possible de procéder à une subdivision supplémentaire pour des projets d'envergure.

Le principe de la division des marchés en lots au sens des directives européennes existe donc bel et bien aux termes de l'article 3 et les auteurs sont d'avis qu'il prévaut sur la passation « en bloc », règle qui ne vaut – dans le contexte des marchés dont la réalisation implique plusieurs corps de métiers – qu'après qu'une première division en lots par professions, métiers ou industries ait été opérée. Le corollaire de ce principe est que l'entreprise générale (globale ou partielle) doit rester une exception (règle reprise de la réglementation actuelle, à l'article 4 du projet) et qu'elle ne peut être envisagée que dans certains cas de figure (règle reprise de la réglementation actuelle, à l'article 5 du projet).

Dans la pratique luxembourgeoise, les projets réalisés en entreprise générale (donc sans division des marchés en lots) ne constituent d'ailleurs pas une majorité. Certains projets sont mis en adjudication en « entreprise générale partielle » (p.ex. lot « gros-œuvre fermé »), mais là encore, cela implique une première division du « projet » en plusieurs lots, au sens des directives européennes, mais cette fois, au sein de chaque lot, plusieurs professions, métiers ou industries seront concernés.

Ces règles ont été introduites sous l'impulsion de la Chambre des Métiers notamment, avec pour but d'encourager la division des marchés en lots correspondant aux activités des différents métiers de l'artisanat définis par règlement grand-ducal pour rendre les marchés publics plus accessibles aux entreprises de moins grande taille (qu'elles soient ou non des PME) et d'éviter la passation d'une part considérable des marchés à quelques grands groupes/multinationales qui dicteraient alors leurs conditions aux entreprises locales et régionales, dès lors que ces dernières n'ont pas les capacités pour assumer seules des projets en entreprise générale et ne peuvent envisager de soumissionner qu'en association momentanée (et encore...). Ainsi, tant les grands groupes que des entreprises de plus petite taille pouvaient prétendre à des marchés s'ils étaient intéressés. Il s'agissait aussi d'éviter plus fondamentalement d'éviter que les pouvoirs adjudicateurs (qui souhaitaient confier la réalisation de leur projet à des pouvoirs adjudicateurs locaux) ne contournent les dispositions légales applicables en pratiquant le « saucissonnage » de leur projet en autant d'unités ne dépassant pas le seuil (en particulier l'article 8.1.b de la loi de 2009) en-dessous duquel une mise en concurrence n'est pas obligatoire.

3. Les auteurs voient un intérêt à conserver les textes actuels et les dispositions protectrices des sous-traitants qui y sont associées lorsque les pouvoirs adjudicateurs décident de procéder par entreprise générale. Il ne paraît d'ailleurs pas envisageable d'interdire la passation de marchés par entreprise générale, les pouvoirs adjudicateurs devant conserver une marge d'appréciation quant à l'organisation de leurs marchés, en fonction de chaque cas d'espèce et en considération de l'offre économique existante pour les travaux à réaliser.

Les auteurs ont également vu un intérêt à maintenir le principe de l'adjudication en bloc après la constitution des premiers lots. Mais afin de conférer encore plus de latitude aux pouvoirs adjudicateurs, les auteurs ont voulu préciser que la subdivision n'était pas « uniquement » possible pour les marchés d'envergure, mais « notamment » pour les marchés « de plus grande » envergure – cette terminologie moins restrictive et plus vague ayant été choisie à dessein. Par ailleurs, compte tenu des observations du Conseil d'État dans son avis du 14 juillet, les auteurs proposent de légères modifications terminologiques, afin de faire ressortir qu'il s'agit d'une 2^e « subdivision » en lots.

4. L'inconvénient des règles actuelles est cependant qu'elles sont axées sur les marchés publics dans le domaine de la construction. Et à la lecture de l'avis du Conseil d'État, les auteurs comprennent que l'article 3 du projet avisé n'est pas « pertinent » dans le cadre de marchés publics n'impliquant pas

des corps de métiers différents, p.ex. pour l'achat isolé de fournitures d'un type bien précis, tel que du matériel informatique. Et les auteurs comprennent également qu'en l'état actuel des textes, la seule règle qui trouve effectivement à s'appliquer à ce cas de figure est effectivement le principe de l'adjudication « en bloc ». Or, une telle lecture de manière isolée de cet article est serait à éviter et c'est la raison pour laquelle des modifications de texte vont être proposées.

5. Compte tenu de réflexions exposées ci-avant, et afin d'éviter la lecture que le Conseil d'État a faite des textes existants, les auteurs proposent - aux fins de clarifications - de reformuler et de remanier les articles 2 à 7 ainsi que les intitulés, pour qu'ils ne prêtent plus à confusion.

L'intitulé de la 1^{ère} section a été modifié pour annoncer qu'il porte sur des règles générales. Suivent, sous une 2^e section, les règles spécifiques applicables aux marchés publics dont la réalisation implique plusieurs professions, métiers ou industries distincts. En enfin, dans une 3^e section, les règles applicables à la passation d'un marché public comportant plusieurs lots.

Au sein de la 1^{ère} section, est tout d'abord énoncé – comme préconisé par le Conseil d'État – le principe général applicable à tous les marchés publics, relatif à la possibilité de division en lots. Le texte est celui de la directive. Compte tenu des constats effectués par le Conseil d'État, il a ensuite été jugé approprié de préciser dans la foulée que les règles particulières (tirées de la réglementation actuellement en vigueur) trouveront à s'appliquent pour une catégorie de marchés en particulier, à savoir pour les marchés qui concernent plusieurs professions, métiers ou industries différents. En ce sens, l'article 3 alinéa 2 est nouveau par rapport à la réglementation actuelle et par rapport au projet avisé par le Conseil d'État le 14 juillet 2017. Le but étant d'une part de maintenir les règles existantes et d'autre part, que le principe de la passation « en bloc » ne puisse être interprété comme étant applicable aux marchés ne concernant pas plusieurs professions, métiers ou industries distincts. Pour ces derniers marchés, il ne devrait pas y avoir de règle spécifique applicable (à part le principe général de la possibilité de division des marchés en lots).

Au sein de la 2^e section, les auteurs ont maintenu en premier lieu le texte énoncé et repris de l'actuel article 7 du RGD de 2009, même si celui-ci ne porte pas sur la formation de lots, mais sur la mise en adjudication, de manière générale : cet article indique en effet au pouvoirs adjudicateurs qu'ils sont obligés de considérer toutes les composantes et prestations nécessaires à la réalisation d'un projet (qu'il s'agisse d'un ouvrage ou d'un autre type de projet). Pourrait se poser la question s'il est absolument nécessaire de maintenir cet article étant donné que le Livre I^{er} du projet de loi contient à présent un article relatif à la détermination de la valeur estimée du marché qui énonce des règles à la signification identique. Mais à nouveau, les auteurs ne souhaitent pas supprimer des articles qui constituent des points de repère importants pour les usagers des textes.

Les règles qui suivent n'ont pas été modifiées quant au fond. Des adaptations de terminologie sont à noter (tel que déjà expliqué au point 3 ci-dessus).

Articles 8 à 12

cf. C.E., p. 6 : pas d'observations

Article 13

cf. C.E., p. 6 : Compte tenu de l'observation du Conseil d'État, la référence aux articles de la loi a été omise. Afin de pallier la suppression de l'article 15 sans devoir procéder à une renumérotation entière du projet (avec les risques d'apporter des erreurs aux renvois), l'article 13 est restructuré et ne comporte plus qu'un paragraphe. Les anciens paragraphes 2 à 6 composent à présent le nouvel article 14.

Article 14

cf. C.E., p. 6 : *pas d'observations*

L'article a été renuméroté et devient l'article 15.

Article 15

cf. C.E., pp. 6-7 : l'article en question a été omis, comme suite à la suggestion du Conseil d'État.

Cela a pour conséquences la suppression de la section II, qui ne comportait qu'un seul article, et la renumérotation des sections subséquentes.

Article 16

cf. C.E., p. 7 : Les auteurs n'ont pas souhaité intégrer l'intégralité des dispositions relatives aux spécifications techniques dans la loi, afin que les usagers habitués à trouver des réponses à leurs questions sur la rédaction de leur cahier spécial des charges dans le règlement grand-ducal s'y retrouvent.

Article 17

cf. C.E., p. 7 : Le même raisonnement a été tenu pour les dispositions concernant les labels. Suite au remaniement de l'article relatifs aux conditions de recours au label, ont été intégrées dans le présent article les dispositions relatives à la rédaction du cahier des charges, tirées de la directive.

Article 18

cf. C.E., p. 7 : même raisonnement que pour les deux précédents articles .

Article 19

cf. C.E., pp. 7-8 : tel que suggéré par le C.E, l'expression « *solution technique alternative* » a été supprimée de l'intitulé et des paragraphes 2, 3 et 5, pour ne plus laisser penser que plusieurs régimes juridiques seraient susceptibles de trouver à s'appliquer. La terminologie a néanmoins été maintenue au niveau du paragraphe 1^{er} afin faire la distinction entre les « différentes possibilités d'exécution » et les « solutions techniques alternatives ».

Par ailleurs, au paragraphe 4, la phrase suivante a été ajoutée : « *Pour les marchés publics non soumis aux Livres II et III, les variantes sont toujours facultatives.* »

Article 20

cf. C.E., p. 9 : *pas d'observations*

Au paragraphe 2, les corrections demandées par le Conseil d'État en ce qui concerne la référence aux langues officielles du Grand-Duché de Luxembourg ont été intégrées (*cf. obs. sous art. 69, p. 14*), en remplaçant le terme « officiel » par une référence aux langues administratives visées par la loi du 24

février 1984 sur le régime des langues. Par ailleurs, tel que demandé par le Conseil d'État (*cf. obs. sous art. 69, p. 14*), le terme « entreprise » a été remplacé par le terme « soumissionnaire ».

Article 21

cf. C.E., p. 7 : Cet article reprend l'article 60 du règlement à abroger. Le Conseil d'État s'interroge sur l'agencement de cet article, qui dispose que des données techniques et économiques de l'opérateur économique peuvent être demandées « à titre indicatif », avec l'article 30 du projet de loi relatif aux marchés publics suivant lequel les critères de sélection peuvent être relatifs « à la capacité économique » de même qu'« aux capacités techniques et professionnelles ». Si ces documents sont demandés « à titre indicatif », constituent-ils néanmoins des conditions préalables à la sélection du candidat ? Le Conseil d'État estime que cet article risque d'être en contradiction avec l'article 30 du projet de loi précité.

Afin de remédier au risque (relevé par le Conseil d'État) de contradiction avec l'article 30 du projet de loi, le texte énoncé à l'article 21 a été complété comme suit : « **Outre les informations requises aux fins des critères de sélection, qui relèvent de l'article 30 de la loi**, le cahier spécial des charges peut exiger du soumissionnaire la fourniture de données techniques ou économiques **supplémentaires** sur son entreprise, qui ont un caractère indicatif. ». Les auteurs n'ont pas souhaité complètement supprimer la possibilité donnée aux pouvoirs adjudicateurs, de par l'article 60 du règlement grand-ducal de 2009, de solliciter des renseignements complémentaires. En reformulant la phrase, les auteurs ont souhaité souligner le caractère indicatif de ces renseignements (terme actuellement utilisé par l'article 60).

Article 22

cf. C.E., p. 9 : dans son avis, le Conseil d'État suggère de supprimer cet article. Il est néanmoins maintenu afin de guider les utilisateurs.

Article 23

cf. C.E., p. 9 : compte tenu de l'observation du Conseil d'État, il est proposé de maintenir uniquement la référence à la loi de 1991 et de supprimer la définition.

Les dispositions énoncées au paragraphe 2 sont supprimées. Elles restent énoncées dans le chapitre XIII relatif à l'exécution, à l'article 106.

Articles 24 à 45

cf. C.E., pp. 10-11 : la plupart des articles sont sans observations. Là où le C. E. suggère d'omettre les dispositions (art. 24, 30 et 39), il est proposé de les maintenir afin de conserver les articles auxquels les usagers du Règlement grand-ducal actuellement en vigueur sont habitués (cf. les explications formulées à titre préalable.

cf. C.E., p. 18 : le Conseil d'État a suggéré de supprimer l'article 103 qui reprend l'article 42 du projet de loi n° 6982. La même observation aurait pu être faite en ce qui concerne l'article 26 du projet de règlement grand-ducal. Pour les mêmes raisons que celles indiquées à l'alinéa qui précède, les auteurs ne souhaitent pas complètement supprimer ces dispositions, mais proposent de simplifier le texte en faisant un simple renvoi à l'article 42. Il a été précisé que les pouvoirs adjudicateurs prennent les mesures qui s'imposent en ce qui concerne leurs sous-traitants, tel que suggéré par le Conseil d'État au niveau de l'article 103.

cf. C.E., p. 17 : tel que suggéré par le Conseil d'État dans son commentaire relatif à l'article 98, un 2^e paragraphe a été ajouté à l'article 38, reprenant le texte initialement énoncé à l'article 98 (4). La

référence « au présent article » a été remplacée par un renvoi à l'article 38. Dans cet article, de même que pour l'article 195, la référence aux « règles nationales » a en outre été remplacée par une référence aux règles applicables.

Article 46

cf. C.E., p. 11 : au paragraphe 1^{er}, le Conseil d'État a demandé que les mots « *le mode d'adjudication* » soient intégrés dans le texte. Etant donné que les auteurs ont procédé à une adaptation de la terminologie à travers tout le texte, ils ont remplacé les mots « le mode d'adjudication » par les mots « *la procédure d'attribution du marché public* ».

Au paragraphe 5, le Conseil d'État recommande d'harmoniser le texte avec l'article 106, point 10, de la loi communale, suivant lequel les communes doivent soumettre au vote du conseil communal « [l]es projets de construction, de grosses réparations, de démolition des édifices communaux, le tout si le montant en dépasse « 500.000 euros », somme qui pourra être relevée par règlement grand-ducal. Les projets comprennent le devis, les plans et les cahiers des charges ».

Il s'en suit que les communes, même pour des marchés ne tombant pas sous l'application du Livre II et même si elles souhaitent garder le secret sur le montant des devis afin d'éviter une surenchère, en sont empêchées par l'article en question.

Les auteurs ont préféré ne pas apporter de modification à la disposition en question. En effet, en pratique, le but de l'article 46 est d'interdire aux pouvoirs adjudicateurs de divulguer le devis aux soumissionnaires. La portée de l'article de la loi communale est une autre.

Or, le fait de préciser, dans le présent projet de règlement grand-ducal, (par exemple) que « *Les pouvoirs adjudicateurs qui sont soumis à la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 sont exemptés de l'interdiction de divulguer le devis dans le cadre de l'article 106, point 10, de la précitée loi.* » ne va-t-il pas d'une part, alerter les soumissionnaires sur la disponibilité des informations et d'autre part, donner lieu à des difficultés pratiques dans le chef des communes, qui pourraient se voir confrontées à des demandes de communication d'information et à un difficile exercice d'équilibre entre les textes et les principes (égalité de traitement entre soumissionnaires) qui s'opposent. Par ailleurs, les communes ne risquent-elles pas d'interpréter trop largement cette disposition en se considérant exemptée de l'interdiction de la divulgation du devis dans d'autres situations que celle visée en l'espèce ?

Pour ces raisons, et pour ne pas inutilement occasionner des difficultés pratiques dans le chef des communes, il est proposé de ne pas modifier le projet de règlement grand-ducal, la difficulté pouvant possiblement être solutionnée dans les textes relatifs à l'accès aux pièces ayant fait l'objet des délibérations. Par ailleurs, les auteurs considèrent qu'il n'est pas souhaitable de prévoir une exception à l'interdiction de divulgation du devis et de différencier selon les pouvoirs adjudicateurs.

Article 47

cf. C.E., obs. d'ordre légistique, p. 51 : Au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, de l'article sous examen, la correction suivante a été apportée : « *Les alinéas ...* ».

Article 48 à 50

cf. C.E., p. 12 : pas de corrections

Article 51

cf. C.E., p. 16 : La terminologie a été harmonisée tel que demandé par le Conseil d'État dans son commentaire relatif aux articles 96 et 97.

Article 52 à 55

cf. C.E., p. 13 : pas de corrections

Article 56

cf. C.E., obs. d'ordre légistique, p. 51 : Au paragraphe 1^{er}, dernier alinéa de l'article sous examen, la correction suivante a été apportée : : «... dans la langue dans laquelle est rédigé le cahier des charges, ... ».

Article 57

cf. C.E., p. 13 :

Afin de remédier à la problématique soulevée par le Conseil d'État, les auteurs proposent de prévoir que le cahier spécial des charges peut déroger à l'exigence d'un engagement solidaire. Pour cela, les auteurs se sont inspirés de la solution retenue par la Belgique dans sa loi du 17 juin 2016 transposant les directives 2014/24 et 2014/25.

Articles 58 à 61

cf. C.E., p. 13 : pas d'observations

Article 62

La correction suivante a été apportée : « sans préjudice des dispositions relatives aux ~~les~~-variantes et aux solutions techniques alternatives, ... ».

Articles 63 à 68

cf. C.E., p. 13 : pas d'observations

Article 69

cf. C.E., pp. 13-14 : Les corrections demandées par le Conseil d'État en ce qui concerne la référence aux langues officielles du Grand-Duché de Luxembourg ont été intégrées en remplaçant le terme « officiel » par une référence aux langues administratives visées par la loi du 24 février 1984 sur le régime des langues. Par ailleurs, tel que demandé par le Conseil d'État, le terme « entreprise » a été remplacé par le terme « soumissionnaire ».

Article 70

cf. C.E., p. 14 : pas d'observations

Article 71

cf. C.E., p. 14 : Les deux premiers paragraphes ont été reformulés tels que suggéré par le Conseil d'État.

cf. C.E., obs. d'ordre légistique, p. 51 : Au paragraphe 2, il convient d'écrire : « [l]es enveloppes dans lesquelles les offres sont enfermées ... ».

Article 72

cf. C.E., p. 14 : Au paragraphe 2, le verbe « porter » a été énoncé au présent au lieu du futur. Malgré la suggestion du Conseil d'État, cet article n'a pas été transféré à l'article 71 pour ne pas provoquer une renumérotation et de possibles erreurs dans les renvois.

Articles 73 à 79

cf. C.E., p. 15 : Le Conseil d'État note la volonté des auteurs de distinguer entre deux phases : le moment du dépôt des offres et le moment de leur ouverture. Le Conseil d'État constate que la première phase n'est pas sanctionnée (selon le Conseil d'État « dépourvue d'effets ») ce qui risque de mener à des situations confuses et inégalitaires pour les soumissionnaires (selon le Conseil d'État « *certaines soumissionnaires se verront obligés de respecter ce délai et que d'autres, plus avertis de la procédure, attendront le moment de l'ouverture et disposeront ainsi d'un délai plus long* »).

Même si le Conseil d'État ne l'a pas mentionné, se pose également la question de l'utilité d'un effet obligatoire de l'article 73 dans le cadre de procédures pour lesquelles il n'est pas procédé à une ouverture des offres. Le Conseil d'État termine en indiquant que « *si les auteurs veulent maintenir cette première phase non obligatoire, il faudrait au moins préciser son caractère non obligatoire dans le texte* ».

Or, les auteurs souhaitent maintenir la distinction entre deux phases dans la mesure où cela s'avère nécessaire dans le cadre des soumissions électroniques. Mais compte tenu des observations du C.E., ils estiment nécessaire d'apporter les modifications suivantes :

- à l'article 73, est ajouté un 2^e alinéa qui prévoit la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs qui le souhaitent, d'assortir la date limite pour le dépôt des offres d'un effet obligatoire.
- à l'article 75, il a été jugé nécessaire de réinstaurer le texte qui était énoncé à l'article 66 du Règlement grand-ducal actuellement en vigueur, en y intégrant précisant « Après que l'agent présidant la séance a déclaré ne plus accepter aucune soumission, il procède à l'ouverture des offres des soumissionnaires. Il n'est tenu compte que des offres arrivées ou remises avant les jour et heure fixés pour l'ouverture des soumissions, excepté le cas où le délai de remise des offres est assorti d'un effet obligatoire en application de l'article 73, alinéa 2. Les offres arrivées après ce délai, quelle que soit la cause du retard, sont retournées non ouvertes à l'expéditeur pour autant que son adresse soit connue.
- à l'article 78, les renvois ont été précisés, tel que demandé par le Conseil d'État, et le texte a été corrigé comme suit : « *Il y est aussi fait mention ...* ». *cf. C.E., obs. d'ordre légistique, p. 51*

Article 80

cf. C.E., p. 15 : À la deuxième phrase de l'alinéa 1^{er}, *in fine*, la correction suivante a été apportée : « *l'article 71 de la loi trouve à s'appliquer* ».

Article 81

cf. C.E., pp. 15-16.

Tout d'abord, il convient de mentionner que la structure de l'article a été modifiée : initialement structurée en trois paragraphes, l'article n'en compte plus que deux :

- premier paragraphe :

La première phrase énoncée est demeurée inchangée (*n.b.* cette phrase n'avait pas fait l'objet de critiques de la part du Conseil d'État).

Compte tenu de l'importance de l'article 71 dans la jurisprudence nationale, les auteurs ont estimé approprié de recomposer le texte tel qu'il est actuellement énoncé dans le règlement grand-ducal à abroger, c'est-à-dire en poursuivant avec les deux phrases suivantes « *Les offres qui ne satisfont pas aux conditions du cahier des charges ou dont les prix sont inacceptables sont éliminées. En cas de besoin, il est fait appel à des experts* » (alors que dans le projet initial, ces deux phrases étaient énoncées au paragraphe 3).

Dans un certain nombre d'affaires plus récentes, les auteurs ont en effet constaté que les juges se réfèrent régulièrement à l'article 71 pour rappeler que « *La formulation impérative de l'article 71 du règlement grand-ducal ne confère pas une faculté au pouvoir adjudicateur pour éliminer une offre en cas de constat de sa non-conformité mais pose le principe que dans cette hypothèse l'offre non conforme « est éliminée », de sorte à exclure tout pouvoir d'appréciation dans le chef du pouvoir adjudicateur, et, a fortiori, tout risque de distorsion de concurrence et d'inégalité des soumissionnaires face à une soumission, en exigeant de tous les soumissionnaires qu'ils respectent scrupuleusement le cahier des charges, toutes les entreprises devant en effet faire conformément à l'article 4 de la loi du 25 juin 2009 l'objet d'un traitement identique – TA 11-2-15 (33802); TA 12-12-16 (37063 et 37477, frappé d'appel, 38943C) ».*

Les auteurs craignent que le positionnement de la deuxième phrase de l'article 71 initial dans un troisième paragraphe ne provoque des interrogations sur la volonté des auteurs, alors que ceux-ci n'avaient pas l'intention d'apporter de quelconques modifications au contenu de l'article 71 du règlement grand-ducal à abroger.

Par conséquent, le texte énoncé au paragraphe 3 du projet initial a été déplacé et intégré dans le paragraphe 1^{er}.

- deuxième paragraphe

1) En ce qui concerne le paragraphe 2, le Conseil d'État préconise que soit précisé par rapport à quelles données aucune information supplémentaire ne peut être demandée. Le texte même de la directive prévoit en effet la possibilité de prévoir des dispositions contraires et les auteurs avaient initialement indiqué « sans préjudice des articles 56 à 65 et de l'article 84 ».

Tel que le souligne le Conseil d'État le paragraphe 2 est tiré des directives européennes. Un texte similaire existait déjà dans le règlement grand-ducal à abroger (article 240).

2) En page 16 de son avis, le Conseil d'État se demande « *s'il n'aurait pas fallu encadrer plus précisément une telle procédure de demande d'informations, étant donné que la directive exige que ces données respectent « les principes d'égalité de traitement et de transparence ».*

Dans un **arrêt du 10 octobre 2013 (C-336/12)**, rendu sur question préjudicielle, la Cour de justice de l'Union européenne a retenu que « *Le principe d'égalité de traitement doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur demande à un candidat, après l'expiration du délai imparti pour le dépôt des candidatures à un marché public, la communication de documents descriptifs de la situation de ce candidat, tels que le bilan publié, dont l'existence*

avant l'expiration du délai fixé pour faire acte de candidature est objectivement vérifiable pour autant que les documents du marché n'aient pas imposé explicitement leur communication sous peine d'exclusion de la candidature.

*Une telle demande ne doit pas indûment favoriser ou défavoriser le ou les candidats auxquels ladite demande a été adressée. Une telle demande de clarification d'une offre doit, en principe, être adressée de manière équivalente à tous les soumissionnaires qui se trouvent dans la même situation, porter sur tous les points de l'offre qui requièrent une clarification et ne peut pas aboutir à la présentation, par un soumissionnaire concerné, de ce qui apparaîtrait en réalité comme une nouvelle candidature. » Cette jurisprudence a encore été répétée, notamment dans l'affaire C-324/14 (arrêt du 7 avril 2016, **Partner Apelski Dariusz**).*

Le texte ci-avant énoncé n'est pas extrêmement précis dans la mesure où il est formulé de manière à laisser une certaine marge d'appréciation. Ainsi, par exemple, l'usage des termes « *doit (...), en principe, (...)* ».

Les auteurs proposent néanmoins de s'en inspirer afin de répondre à la suggestion du Conseil d'État d'encadrer plus précisément les demandes de renseignement, tout en permettant aux pouvoirs adjudicateurs (et aux juges) d'apprécier chaque situation en fonction du cas d'espèce.

3) Les auteurs ont considéré qu'un certain nombre de pouvoirs adjudicateurs pourraient vouloir interdire la possibilité de poser des questions complémentaires afin de ne pas exposer ses agents. Par ailleurs, sur le terrain, certains pouvoirs adjudicateurs se plaignent en effet des délais supplémentaires qu'entraînent les demandes à adresser aux soumissionnaires pour obtenir des documents manquants, alors qu'il s'agit de documents qui relèvent de la gestion administrative ordinaire de sociétés et dont celles-ci devraient disposer au pied levé. Il arrive que cela fasse inutilement traîner les procédures de soumissions.

Cette hypothèse étant visée dans la jurisprudence européenne auxquelles les auteurs viennent de référer, il a été jugé approprié de la mentionner expressément. Même si cela pourrait aller de soi que les pouvoirs adjudicateurs sont libres de se donner des règles plus strictes concernant un article qui ne paraît, a priori, pas être considéré comme étant d'ordre public, les auteurs estiment que cette précision est rendue nécessaire du fait de la formulation de l'article 56, paragraphe 3, de la directive 2014/24, suivant lequel il est possible de demander des informations « *sauf disposition contraire du droit national mettant en œuvre la présente directive* »).

Deux options s'offrent aux pouvoirs adjudicateurs : ou bien ils le prévoient, par une clause d'interdiction générale (c'est-à-dire un article qui porte sur l'entièreté du cahier spécial des charges) ou alors ils le précisent pour certains documents en particulier, en indiquant que les documents concernés doivent être joints à l'offre sous peine d'exclusion.

4) Pour finir, les auteurs proposent de remplacer les mots « sans préjudice des articles ... » par la précision que la démarche de clarification ne saurait se « transformer » en possibilité pour un soumissionnaire de compléter les lacunes d'une offre, ou de la corriger, voire de la modifier. Les auteurs ont donc précisé que la demande de compléments d'information ne pouvait aboutir à permettre aux soumissionnaires de modifier ou de compléter leur offre là où le règlement grand-ducal l'interdit (article 84, paragraphe 1^{er}) ou bien là où cela amènerait le soumissionnaire à corriger des lacunes de son offre, qui doivent, en application des textes, mener à ce que celle-ci ne soit pas prise en considération (article 64, article 81, paragraphe 1^{er}). Les règles édictées dans le cadre de ces articles – et qui matérialisent le principe suivant lequel les offres une fois déposées ne peuvent plus être modifiées (immutabilité de l'offre) - ont jusqu'à présent été considérées par

les juges comme ne conférant pas de marge d'appréciation aux pouvoirs adjudicateurs. Or, l'article 81 paragraphe 2 n'est pas destiné à édulcorer ce principe.

La dernière précision, suivant laquelle la demande d'informations ne devrait pas aboutir à la présentation d'une nouvelle offre (*n.b. tirée textuellement de l'arrêt de la CJUE de 2013*), pourrait paraître superflue, mais il a été jugé nécessaire de le mentionner expressément, dans la mesure où cette précision devrait également permettre de mieux comprendre le sens des références aux articles 64, 81, paragraphe 1^{er} et 84, paragraphe 1^{er}.

Les auteurs proposent de ne pas aller au-delà et de ne *pas* rentrer plus dans le détail sur l'objet des demandes susceptibles d'être adressées par les pouvoirs adjudicateurs.

Il existe certes de la jurisprudence apportant des précisions sur ce qu'il est admissible ou non de demander. Ainsi par exemple :

- Au niveau européen, l'affaire C-324/14 (arrêt du 7 avril 2016, **Partner Apelski Dariusz**) : dans un cas d'espèce où un pouvoir adjudicateur, qui avait des doutes sur le point de savoir si un soumissionnaire disposait des moyens nécessaires pour exécuter le marché en cause au principal, et où il a invité ledit soumissionnaire à préciser ses capacités et les liens avec d'autres entités indiquées dans son offre, la CJUE a estimé qu'un pouvoir adjudicateur ne saurait permettre à un opérateur économique de préciser son offre initiale, sous peine d'enfreindre les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, ainsi que de l'obligation de transparence qui en découle.
- Au niveau national, si l'on se réfère à la jurisprudence publiée dans la Pasicrisie administrative, l'on constate que les juges nationaux se sont notamment prononcés sur la possibilité de clarifier administrativement les pouvoirs du signataire de l'offre (CA-14-7-15, n° 35887 du rôle ; TA (ord. Prés.) 7-12-16, n° 38722 du rôle) ou la possibilité de clarifier si les conditions minimales de participation étaient remplies (Cour, arrêt du 12 mai 2011, n° 27702C du rôle ; TA, 11-02-2015, n° 33802 du rôle) ou encore sur la possibilité de régulariser les fiches techniques remises en les remplaçant (TA, 1-04-2015, n° 34059 du rôle) ou de corriger des erreurs commises dans l'indication des prix par rapport à l'une ou l'autre rubrique du bordereau (TA 12-11-07, n° 21624 du rôle ; TA 30-05-13, n° 32344 du rôle).

S'il est vrai que dans certaines ordonnances présidentielles (notamment), un affinement des règles a pu être constaté (*cf. par exemple l'ordonnance du 13 mars 2017 rendue dans l'affaire n° 39150 du rôle, dans la cadre de laquelle le Président a retenu que « ... toujours selon cet arrêt [CJUE, C-336/12 du 10 octobre 2013], si rien ne s'oppose à ce que les données relatives à l'offre puissent être corrigées ou complétées ponctuellement, notamment parce qu'elles nécessitent à l'évidence une simple clarification, ou pour mettre fin à des erreurs matérielles manifestes, cette possibilité serait toutefois limitée (...) pour autant qu'une telle clarification porte sur des éléments ou des données, tel le bilan publié, dont l'antériorité par rapport au terme du délai fixé pour faire acte de candidature soit objectivement vérifiable » : partant, il semble résulter de cet arrêt que seuls des documents qualifiés d'« historiques » mais non joints au dossier présenté par un candidat puissent faire l'objet d'une demande de clarification ou de régularisation » (...)) dans la plupart des autres cas de figure consultés, les juges raisonnent toujours par rapport aux grands principes applicables, tels que l'immutabilité de l'offre et l'égalité de traitement entre les soumissionnaires.*

C'est pourquoi les auteurs estiment préférable de se limiter à la précision suivant laquelle les demandes de clarification ne doivent pas aboutir à la présentation d'une nouvelle offre (sans rentrer dans le détail, alors que chaque situation devra être appréciée au cas par cas, en considération des grands principes régissant la matière.

5) Pour finir, les auteurs reconnaissent que le premier alinéa du paragraphe 2 est très long. Il a, un instant, été envisagé de le scinder en deux parties. Cependant, les auteurs craignent que les utilisateurs ne procèdent à une lecture partielle et simpliste des conditions permettant de demander des informations et considèrent que ce qu'ils n'ont pas expressément interdit aux termes du cahier spécial des charges est autorisé. Or, il convient d'ajouter à cette vérification les conditions liées aux principes de transparence, de non-discrimination et d'immutabilité des offres.

C'est la raison qui a conduit les auteurs à proposer un premier alinéa si long. Pour en faciliter la lecture, il a finalement été décidé de le structurer.

Articles 82 à 93

cf. C.E., p. 16 : pas de corrections

Articles 94

cf. C.E., p. 16.

Le Conseil d'État a relevé qu'une partie des dispositions énoncées au paragraphe 2, l'étaient également à l'article 81 et a demandé que cette « redite » soit omise, de sorte que les passages du texte déjà mentionnés à l'article 81 ont été supprimés. Seule subsiste la phrase relative à la traduction des documents.

Les corrections demandées par le Conseil d'État en ce qui concerne la référence aux langues officielles du Grand-Duché de Luxembourg ont été intégrées (*cf. obs. sous art. 69, p. 14*), en remplaçant le terme « officiel » par une référence aux langues administratives visées par la loi du 24 février 1984 sur le régime des langues. Par ailleurs, tel que demandé par le Conseil d'État (*cf. obs. sous art. 69, p. 14*), le terme « entreprise » a été remplacé par le terme « soumissionnaire ».

Articles 95 à 97

cf. C.E., p. 17 : pas de corrections

Article 98

cf. C.E., p. 17 : tel que suggéré, le paragraphe 4 a été déplacé et intégré à l'article 38.

Article 99

cf. C.E., obs. d'ordre légistique, p. 51 À l'alinéa 1^{er}, il convient d'écrire « ... suivant les dispositions de l'article 98, paragraphe 2 ».

Article 100

cf. C.E., pp. 17-18 : le texte relatif au champ d'application a été corrigé, tel que suggéré par Conseil d'État.

Article 101

cf. C.E., p. 18 : sans observations

Article 102

cf. C.E., p. 18 : suppression du paragraphe 2, suivant avis du C.E.

Article 103

cf. C.E., p. 18 : le Conseil d'État a suggéré de supprimer l'article 103 qui reprend l'article 42 du projet de loi n° 6982. Pour les mêmes raisons que celles indiquées au niveau de l'article 26, les auteurs ne souhaitent pas complètement supprimer ces dispositions, mais proposent de simplifier le texte, de manière à ne plus que référer à l'article 42. Le paragraphe 2 est supprimé étant donné qu'il est énoncé dans le cadre du même chapitre, à l'article 106.

Articles 104 et 105

cf. C.E., p. 18 : pas de modifications

Article 106

cf. C.E., p. 18 :

Afin de bien distinguer, les auteurs ont modifié l'intitulé de la SECTION III afin de préciser que les dispositions relatives à la sous-traitance sont relatives à la phase postérieure à l'attribution du marché – au contraire des dispositions énoncées à l'article 23.

Au paragraphe 5, il a été jugé utile d'ajouter une référence à sauf dans le cas visé à l'article 33, paragraphe 1^{er}, de la loi (suite à l'observation faite par le Conseil d'État au niveau de l'article 23 (*cf. C.E., p. 10*)). Encore une fois, cet ajout ne s'imposait pas d'un point de vue juridique ni légistique, mais en vue de faciliter la prise en mains, par les usagers, de cette réglementation complexe..

Articles 107 à 126

cf. C.E., pp. 19-20 : pas de corrections

Article 127

cf. C.E., p. 20 : le texte a été corrigé suivant l'avis du Conseil d'État

Article 128

cf. C.E., p. 20 : suppression de l'article étant donné qu'il ajoutait à la loi du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard.

Articles 129

cf. C.E., p. 20 : Afin de pallier la suppression de l'article 128 sans devoir procéder à une renumérotation entière du projet (avec les risques d'apporter des erreurs aux renvois), l'article 129 est restructuré et ne comporte plus qu'un paragraphe. Il devient l'article 128. Le paragraphe 2 de l'ancien article 129 compose à présent le nouvel article 129.

Articles 130 à 152

cf. C.E., pp. 20-21 : pas de corrections

LIVRE II

Article 153

cf. C.E., p. 21

Le Conseil d'État a été suivi en ce qu'il propose d'écrire : « (...) *les montants déterminés en application de l'article 52 de la loi (...)* » et de supprimer les autres renvois.

Article 154

cf. C.E., pp. 22-24

Les corrections suivantes ont été opérées :

- paragraphe 1^{er} : al. 1^{er} à reformuler, et alinéa 2 à supprimer
- paragraphe 2 : l'expression « forces armées » a été remplacée par « Armée » telle qu'elle est également visée aux termes de la loi sur les marchés publics
- paragraphe 3 : le 1^{er} alinéa a été supprimé ; le 2^e a été reformulé en une règle pour éviter le risque de se voir reprocher une transposition incomplète (n.b. ce risque n'est pas considéré comme étant existant en ce qui concerne l'alinéa 1^{er} compte tenu du 'Klimapakt' avec les communes
- paragraphe 4 : le texte a été reformulé pour d'une part, modifier la base légale des actes délégués de la Commission européenne, et d'autre part, faire ressortir la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de faire prévaloir l'efficacité énergétique cumulée sur l'efficacité énergétique de chaque produit individuel de l'ensemble.

En ce qui concerne le paragraphe 4 et la base légale permettant à la Commission européenne de prendre des actes délégués, les auteurs tiennent compte de l'observation du Conseil d'État suivant laquelle « un acte délégué de la Commission européennes n'est (...) pas adopté conformément à une loi nationale » et se réfèrent dès lors à la Directive qui fût transposée par la loi de 2011 en question. Il n'est cependant pas procédé à une transposition dynamique (avec indication de l'entrée en vigueur des dispositions etc.) dans la mesure où ce n'est pas le présent règlement grand-ducal en projet qui transpose cette directive du 19 mai 2010, mais la loi du 24 juillet 2011 citée dans la version initiale du projet de loi.

Article 155

cf. C.E., p. 24

Compte tenu de la reformulation des articles 2 à 7, qui a amené à formuler une règle générale, applicable à tous les marchés publics et conforme à la philosophie des directives, le paragraphe 1^{er} est supprimé.

Le texte du paragraphe 2 est le seul qui subsiste. Il reste inchangé par rapport au projet avisé par le Conseil d'État.

Article 156

cf. C.E., p. 24

Dans son avis du 14 juillet, le C.E. observe que l'article 156 transpose l'article 45 de la directive 2014/24/UE, à l'exception de l'alinéa 2 du paragraphe 3 qui fera l'objet d'une transposition au niveau de la future loi sur les marchés publics. Le Conseil d'État propose de supprimer la deuxième phrase figurant au paragraphe 2 qui se réfère à l'article 35, paragraphe 6, de la future loi, et ne fait

que reprendre un texte qui figure déjà dans le projet de loi, procédé qui est à éviter. Or, il est important de souligner que dans son avis du 23 mai 2017 relatif au projet de loi sur les marchés publics (p. 15), le Conseil d'État a suggéré la suppression de cette disposition afin de ne l'intégrer qu'au niveau du règlement grand-ducal (de sorte que l'article 35 paragraphe 6 avait été supprimé du projet de loi). La 2^e phrase figurant au paragraphe 2 est par conséquent maintenue afin d'éviter une transposition incomplète. Il a par ailleurs été vérifié que les références dans le RGD vers l'article 35, paragraphe 6, ont bien été supprimées (tel était par exemple le cas au niveau de l'article 19 du Livre I^{er}).

Le dernier alinéa ajouté correspond à la transposition à la lettre l'article 45 paragraphe 3 alinéa 2 de la directive 2014/24, alors que celui-ci ne figurait pour l'instant qu'au niveau des dispositions du Livre III.

Articles 157 et 158

cf. C.E., pp. 24-25

sans corrections

Article 159

cf. C.E., p. 25

Au paragraphe 2 : l'option (permettant aux pouvoirs adjudicateurs de regrouper sur une base trimestrielle les avis auxquels la disposition se réfère) a été reformulée tel que demandé par le Conseil d'État.

Article 160

cf. C.E., p. 25

Le texte a été reformulé tel que suggéré par le Conseil d'État :

La formulation relative au champ d'application du Livre II » a été remplacée par les termes « relevant du champ d'application du Livre II », comme suite à l'observation formulée par le Conseil d'État au niveau de l'article 208. *cf. C.E., obs. d'ordre légistique, p. 52*

Article 161

cf. C.E., pp. 25-26

Paragraphe 3 et 4 : Les auteurs font le choix de ne pas suivre les suggestions du Conseil d'État et (consistant à supprimer une partie des informations non normatives énoncées par les directives quant au choix de la langue de la publication et les conséquences qui en découlent etc., la durée des publications et prise en charge des frais etc.). Ces informations peuvent en effet s'avérer utiles pour la planification des marchés. Etant donné qu'il n'y a pas d'ambiguïté possible quant au destinataire des obligations formulées, il est proposé de maintenir ce texte toujours dans le souci – tel qu'exposé à titre préalable – d'être utile aux usagers.

Paragraphe 5 : Tel que suggéré par le Conseil d'État, l'alinéa 1^{er} a été précisé et une formulation différente est proposée pour l'alinéa 2.

Paragraphe 6 : les termes « *en respectant le format et aux modalités de transmission* » ont été remplacés comme suit : par ceux de « *en respectant le format et les modalités de transmission* ». *cf. C.E., obs. d'ordre légistique, p. 52*

Article 162 à 168

cf. C.E., p. 26

pas de corrections

Article 169

cf. C.E., p. 27

Toujours selon le même raisonnement (cf. observations à titre préalable), les auteurs décident de maintenir le deuxième alinéa, mais ils seront structurés en paragraphes tel que suggéré par le Conseil d'État au niveau de l'article 176.

Articles 170

cf. C.E., p. 28

pas d'observations

Article 171

cf. C.E., p. 28 pas d'observations quant au fond

cf. C.E., obs. d'ordre légistique, p. 52 Dans l'intitulé de la sous-section III qui introduit l'article 171, « Invitation » a été corrigé et écrit au singulier.

Article 172

cf. C.E., p. 28

pas d'observations

Article 173

cf. C.E., p. 28

pas de corrections

Article 174

cf. C.E., p. 29

Il a été procédé à la correction de la référence « au présent article »

Article 176

cf. C.E., p. 29

Toujours selon le même raisonnement (cf. observations à titre préalable), les auteurs décident de maintenir le deuxième alinéa. Les alinéas seront structurés en paragraphes tel que suggéré par le Conseil d'État.

Articles 177 à 182

cf. C.E., pp. 29-30

pas de corrections.

Article 183

cf. C.E., p. 31

Il a été procédé à la même correction que dans le cadre de l'article 175 (suppression de la référence « au présent article »).

Articles 184 à 194

cf. C.E., pp. 31-33
pas de corrections

Article 192

cf. C.E., p. 33

Au paragraphe 2 : les mêmes corrections que celles opérées au niveau de l'article 161, paragraphe 5, ont été effectuées.

Articles 193 et 194

cf. C.E., p. 33

pas de corrections

Article 195

cf. C.E., pp. 33-34

Le C.E. observe que la disposition est plus générale que celle qui est énoncée aux articles 67, 68 et 69 du projet de loi ; compte tenu de sa valeur normative additionnelle, cette disposition n'aurait pas sa place dans le RGD mais dans la loi sur les marchés publics.

Dans la mesure où les corrections du Projet de loi ont déjà été effectuées par la Commission parlementaire, il paraît, à ce stade, difficile de supprimer cette disposition du texte du règlement grand-ducal. Pour le surplus, comme le texte est repris de celui énoncé par la directive, il n'est pas proposé de préciser les règles applicables dans la mesure où ce texte rajouterait à la directive. Par ailleurs, cet exercice pourrait amener (en cas d'omission accidentelle de certaines règles) à créer de la confusion, surtout dans la mesure où cette matière est susceptible d'évoluer en parallèle. De même qu'à d'autres endroits du texte, la référence au droit « national » est remplacée par une simple référence aux règles « auxquelles les pouvoirs adjudicateurs sont soumis ».

Article 196

cf. C.E., p. 34

Le Conseil d'État a formulé les mêmes observations que dans le cadre de l'article 19. En outre, il pose un certain nombre de questions qui demanderaient que des précisions soient apportées. Les auteurs tendent à penser que d'une part, apporter plus de détail conduirait à risquer d'aller au-delà de la directive (ou de contredire certaines règles applicables que les auteurs auraient omis de prendre en considération ?) et d'autre part, comme les dispositions ne sont pas contradictoires, qu'il vaut peut-être mieux laisser à chaque pouvoir adjudicateur le soin de s'organiser.

De même qu'à d'autres endroits du texte, la référence aux « règles nationales » a été remplacée par une référence aux « règles applicables ».

Article 197

cf. C.E., p. 35

paragraphe 1^{er}, sous le point d) : pas reformulé car le texte de la directive est agencé de la même manière

paragraphe 1^{er}, sous le point i) : rien à corriger à cet endroit

paragraphe 1^{er} alinéa 3 : renvoi vers l'article 191 a été précisé

Article 198

cf. C.E., pp. 35-36

- alinéa 1^{er} : « transposition dynamique » reformulée suivant avis du C.E. ; le renvoi vers l'article contenant les dispositions transitoires a été supprimé (cf. C.E., p. 43, obs. sous l'article 243)
- alinéa 3 : reformulé suivant avis du C.E. ; il convient de noter que le texte ajouté en introduction tient compte des expressions employées par l'article 22 de la directive ;
- alinéa 4 : supprimé suivant avis du C.E. ;

Articles 199 à 203

cf. C.E., p. 36

Seul l'article 199 a fait l'objet de corrections, pour reprendre la formulation proposée à l'article 198 pour la transposition dynamique ; le texte ajouté en introduction tient compte des expressions employées par l'article 22, paragraphe 7, de la directive 2014/24

Article 204

cf. C.E., p. 37

alinéa 1^{er} : est divisé en deux alinéas et reformulé : « transposition dynamique » reformulée pour tenir compte de l'observation du C.E. ; la formulation est reprise de celle proposée pour l'article 198, en tenant compte des expressions employées par l'article 22, paragraphe 7, de la directive 2014/24.

Le Conseil d'État a demandé que soient définies les modalités de fixation du niveau de sécurité. La fixation du niveau de sécurité implique la détermination de règles relatives notamment à l'authentification ainsi qu'à la signature électronique. Les auteurs ne souhaitent pas définir ces règles dans le règlement grand-ducal étant donné que les exigences techniques et réglementaires concernant les outils / moyens relatifs à la passation électronique des marchés publics sont en constante évolution, et demandent de pouvoir réagir de manière flexible pour opérer les adaptations réglementaires requises. A cela s'ajoute que dès lors que la passation électronique deviendra obligatoire pour tous les marchés relevant des Livre II et III, il serait souhaitable que les règles techniques y relatives puissent faire l'objet d'adaptations rapidement s'il devait s'avérer en pratique que certaines règles constituent plus de freins/obstacles administratifs pour les utilisateurs ou pour combler d'éventuelles lacunes réglementaires.

Les auteurs se limitent donc strictement à déterminer les modalités de fixation, tel que demandé par le Conseil d'État, et proposent qu'elles fassent l'objet d'un règlement ministériel, et plus précisément par le biais des conditions d'utilisation du Portail, visées à l'article 272.

Enfin, il doit être noté que les références aux règles relatives à la signature électronique ont été corrigées par une référence au règlement n°910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE.

cf. C.E., obs. d'ordre légistique, p. 52. Sous le point c), il convient de citer l'intitulé complet du règlement grand-ducal du 1er juin 2001, qui est « relatif aux signatures électroniques, au paiement électronique et à la création du Comité commerce électronique ».

Article 205

cf. C.E., p. 37

pas d'observations

Article 206

cf. C.E., p. 37

Paragraphe 1^{er} alinéa 3 : la formulation proposée par le C.E. a été intégrée dans le texte (de même que dans le Livre III, art. 254).

Paragraphe 3 : correction de la référence à l'annexe.

Article 207

cf. C.E., p. 38

Paragraphe 3 : les termes « ou exigée » ont été rajoutés dans le texte.

LIVRE III

Article 208

C.E., obs. d'ordre légistique, p. 52 : Le Conseil d'État relevé que la formulation « *tomber sous le champ d'application du Livre III* » est un anglicisme de construction ("*to fall under*") et a considéré qu'elle devait être remplacée par les termes « *relevant du champ d'application du Livre III* ».

Articles 209 à 214

C.E., p. 38

Pas de corrections, sauf à l'article 213 : la référence à l'article 143, paragraphe 6, a été supprimée étant donné que le C.E. avait estimé (cf. avis du 23 mai relatif au PL) que le paragraphe 6 en question devait être supprimé du PL et figurer uniquement dans le RGD.

Article 214

C.E., p. 39

pas d'observations

Article 215

C.E., p. 39

Pour éviter le risque d'une transposition incomplète, les auteurs ont fait suite à l'avis du Conseil d'État demandant que l'article soit complété avec les précisions concernant les trois modes d'appel à la concurrence qui figurent au paragraphe 4 de l'article 44 de la directive 2014/25/UE et que celles-ci soient énoncées, aux points a) à c) de l'alinéa 1^{er} de cet article.

Articles 216 à 219

C.E., p. 39

Au paragraphe 2 de l'article 219 : les auteurs ont fait suite à l'avis du Conseil d'État *cf. C.E., p. 25 (rel. à l'art. 159)* demandant de reformuler l'option (permettant aux pouvoirs adjudicateurs de regrouper sur une base trimestrielle les avis auxquels la disposition se réfère).

Article 220

C.E., p. 39

pas d'observations

Article 221

Paragraphe 3 et 4 : le Conseil d'État est d'avis qu'ils sont à supprimer. Pourtant, les informations énoncées (choix de la langue et conséquences ; durée des publications et prise en charge des frais) peuvent s'avérer utiles pour la planification des marchés. Etant donné qu'il n'y a pas d'ambiguïté possible quant au destinataire des obligations formulées, il est proposé de maintenir ce texte pour les informations qu'il contient.

Paragraphe 5 : Les mêmes corrections que celles opérées au niveau de l'article 161, paragraphe 5, ont été effectuées.

Paragraphe 6 : rien à corriger dans le Livre III

Articles 222 à 228

cf. C.E., pp. 39-40

Les auteurs proposent de ne pas modifier la structure des articles et de ne pas procéder à des suppressions.

cf. C.E., obs. d'ordre légistique, p. 52 L'intitulé de la sous-section consacré à l'article 228 doit être corrigé comme suit : « *Informations à faire figurer dans l'avis de marché ou ~~dans l'ou~~ dans l'invitation à confirmer l'intérêt.* ».

Articles 229 à 230

cf. C.E., p. 41

pas d'observations

Article 231

cf. C.E., p. 41

La correction ponctuelle a été effectuée

Articles 232 et 233

cf. C.E., p. 41

Compte tenu de l'avis du Conseil d'État, et après avoir réexaminé l'article 47 (1) alinéa 2 de la directive 2014/25, les auteurs proposent de reformuler les deux articles ainsi que l'intitulé précédant l'article 233.

Article 234

cf. C.E., p. 41

pas d'observation

Article 235

cf. C.E., p. 42

La correction ponctuelle a été effectuée

Articles 236 et 237

cf. C.E., p. 42

Compte tenu de l'avis du Conseil d'État, et après avoir réexaminé l'article 47 (1) alinéa 2 de la directive 2014/25, les auteurs proposent de reformuler les deux articles ainsi que l'intitulé précédant l'article 233.

Article 238

cf. C.E., p. 42

la correction ponctuelle a été effectuée

Article 239

cf. C.E., p. 42

pas de correction (en effet, le texte est identique à celui énoncé par l'article 49 (1), alinéa 4 de la directive 2014/25.

cf. C.E., obs. d'ordre légistique, p. 52. L'intitulé de la sous-section II a été modifié. En effet, l'article 239 ne traite pas des modalités d'invitation des candidats.

Articles 240 à 242

cf. C.E., p. 43

pas d'observations

Article 243

cf. C.E., pp. 43-44

Les mêmes corrections que celles opérées pour l'article 198 ont été appliquées aux texte de l'article 243, à savoir :

- alinéa 1^{er} : « transposition dynamique » reformulée suivant avis du C.E. ; le renvoi vers l'article contenant les dispositions transitoires a été supprimé (cf. C.E., p. 43, obs. sous l'article 243)
- alinéa 3 : reformulé suivant avis du C.E. ;
- alinéa 4 : supprimé suivant avis du C.E. ;

Articles 244 à 248

cf. C.E., p. 36

Tout comme pour les articles correspondant du Livre II (à savoir les articles 199 et suivants), seul l'article 244 a fait l'objet de corrections, pour reprendre la formulation proposée à l'article 198 pour la transposition dynamique ; le texte ajouté en introduction tient compte des expressions employées par l'article 40, paragraphe 7, de la directive 2014/25.

Article 249

cf. C.E., p. 44

Les mêmes corrections que celles opérées pour l'article 204 ont été appliquées au texte de l'article 249, à savoir :

alinéa 1^{er} : est divisé en deux alinéas et reformulé : « transposition dynamique » reformulée pour tenir compte de l'observation du C.E. ; la formulation est reprise de celle proposée pour l'article 198 et 243, en tenant compte des expressions employées par l'article 40, paragraphe 7, de la directive 2014/25 ;

cf. C.E., obs. d'ordre légistique, p. 52. Sous le point c), il convient de citer l'intitulé complet du règlement grand-ducal du 1^{er} juin 2001, qui est « *relatif aux signatures électroniques, au paiement électronique et à la création du Comité commerce électronique* ».

Article 250

cf. C.E., p. 45

Pas de corrections.

Article 252

cf. C.E., obs. d'ordre légistique, p. 52 Au paragraphe 1^{er} de l'article sous examen, la formulation « *de la présente directive* » est à remplacer par les termes « *du présent règlement grand-ducal* ».

Dans cet article, de même que pour l'article 195, la référence aux « règles nationales » a en outre été remplacée par une référence aux règles applicables.

Article 253

cf. C.E., p. 45

pas d'observations

Article 254

cf. C.E., p. 45

Paragraphe 1^{er} alinéa 3 corrigé de la même manière qu'au niveau de l'article 206.

Articles 255 et 256

cf. C.E., pp. 45 et 46

pas d'observations

Article 257

cf. C.E., p. 46

Les corrections effectuées sont les mêmes que celles portant sur l'article 81. Sauf qu'il n'y a pas de renvoi aux articles du Livre I^{er}. Il est renvoyé à ce commentaire.

Article 258

cf. C.E., p. 46

Il est proposé de remplacer la référence aux « règles nationales » par une référence aux « règles applicables ».

Article 259

cf. C.E., p. 46

Les corrections demandées par le Conseil d'État ont été apportées, en se référant au texte de l'article 100, paragraphe 3, de la directive 2014/25.

Article 260

cf. C.E., p. 46

Pas de corrections.

Article 261

cf. C.E., p. 46 Les mêmes corrections que celles opérées dans le cadre du Livre I^{er} (cf. article 26, notamment) ont été effectuées.

Article 262

cf. C.E., pp. 46-47

Les corrections suggérées par le Conseil d'État ont été apportées au texte. Par ailleurs, la subdivision en sections a été supprimée, comme préconisé par le Conseil d'État. Par ailleurs, au paragraphe 2, il a été précisé qu'il s'agit de l'article 115 « de la loi ». *cf. C.E., obs. d'ordre légistique, p. 52*

LIVRE IV

Article 263

cf. C.E., p. 47

Le Conseil d'État demande aux auteurs du texte de spécifier au paragraphe 1^{er} quels sont « les autorités, organismes et structures compétentes » visés.

Les auteurs rendent attentif au fait qu'en application des règles actuellement en vigueur, les marchés publics sont appelés à être contrôlés à plusieurs stades et en application de sources législatives et réglementaires distinctes. Ainsi, Pour l'Etat, les contrôleurs financiers (contrôle ex-ante, systématique, qui porte également sur la légalité) et la Cour des Comptes (ex-post, non systématique) sont appelés à intervenir; pour les Communes, Syndicats etc. un contrôle financier spécifique près du Ministère de l'Intérieur a été instauré ; pour nombre d'établissements publics, en fonction de leur loi organique, il s'agit de la Cour des comptes ou alors, de réviseurs externes (ex-post); pour les entités adjudicatrices, les organes de contrôle sont déterminés au cas par cas en fonction du type de personne juridique dont il s'agit. Par ailleurs, les rôles des juridictions administratives, de la Commission des soumissions, et du Conseil de la Concurrence sont notamment à mentionner.

Compte tenu de la diversité et du caractère éparpillé des « autorités, organismes et structures appelées à intervenir, les auteurs ont dès le départ estimé plus approprié de ne pas apporter la précision demandée par le Conseil d'État.

Le paragraphe 6 reprend une disposition de la directive qui a trait aux missions de la Commission européenne. Cette disposition est à omettre.

Au paragraphe 4, l'emploi de tirets est à remplacer par une suite alphabétique a), b), c), etc. *cf. C.E., obs. d'ordre légistique, p. 52*

Articles 264 à 271

--

Article 272

~~La numérotation de l'article est à revoir, sachant qu'il n'y a pas de paragraphe 2. Par ailleurs, le terme « concession » est à mettre au singulier dans l'article sous examen ainsi que dans l'intitulé du chapitre III. cf. C.E., obs. d'ordre légistique, p. 53. Mais dans la mesure où cet article est à omettre suivant obs. p. 3, les obs. d'ordre légistique ne sont plus utiles~~

Article 272

A été supprimé cf. C.E., p. 47

Article 272 (anc. 273)

Ont été supprimés les dispositions relatives aux concessions :

- paragraphe 2, alinéa 2
- paragraphe 3, alinéa 2
- paragraphe 4, les termes « et aux concessions »

Articles 273 (anc. 274) à 278 (anc. 279)

Dans son avis, le C.E. avait demandé aux auteurs de reformuler les articles en question, notamment pour y régler la manière dont sera organisée la contribution des autorités luxembourgeoises à la coopération voulue par la directive.

Le nouveau texte proposé s'inspire directement de la solution retenue en Belgique (cf. article 166 de la loi belge du 17 juin 2016 sur les marchés publics). Le terme « autorités compétentes » a cependant été remplacé par la référence aux ministres qui détiennent les informations. Il est proposé de désigner les ministres compétents indirectement, par le biais d'une référence aux articles.

Le deuxième paragraphe du nouveau texte proposé pour l'article 273 (anc. 274) est lui-aussi tiré de la l'article 166 de la loi belge du 17 juin 2016.

Le troisième paragraphe du nouveau texte proposé énonce les dispositions qui figuraient notamment aux articles 279 et 280 relatives notamment aux bases de données. La référence au Gouvernement a ici été remplacée, tel que demandé par le Conseil d'État, en désignant le ministre compétent pour les marchés publics. En effet, même si ce n'est pas ce Ministre qui sera p.ex. compétent pour décider des solutions techniques à apporter ou pour p.ex. l'hébergement des bases de données, c'est lui qui sera au départ des projets techniques lancés par la Commission européenne et qui, de ce fait, sera considéré comme ayant le « lead ».

Le texte ainsi reformulé rend inutile les anciennes dispositions prévues aux articles 274 à 281.

Étant donné que le Conseil d'État n'avait pas formulé d'observation, l'article 282 n'a pas été modifié. Le texte de cet article existe déjà – à l'identique - dans le règlement grand-ducal de 2009.

L'intitulé du chapitre VIII sous examen est à corriger pour écrire « États ».

Article 283 (anc. 284)

Le libellé de cet article a été remplacé par le texte suivant :

« Le règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 est abrogé, sauf en ce qui concerne les contrats de concession de travaux et de services au sens de l'article 3, numéros 3 et 4 de cette même loi. »

Articles 284 (anc. 285) à 286 (anc. 287)

--

Les dispositions exécutant la future loi sur l'attribution des contrats de concession (dossier parl. n° 6984) doivent faire l'objet d'un projet de règlement grand-ducal à part. Sont visés les articles 272 et 273, l'intitulé du Livre IV ainsi que l'intitulé du chapitre III de ce Livre IV qui sont respectivement à omettre et à adapter. (*cf. C.E., obs. préliminaires, p. 3*)

Ont ainsi été effectuées les corrections suivantes :

- L'intitulé du Livre IV a été corrigé (les « marchés publics » ont également été supprimés de l'intitulé, pour adapter l'intitulé à celui de la loi) ;
- Le chapitre III a été supprimé ; la numérotation du dernier chapitre a été adaptée ;
- L'article 272 a été supprimé ; les articles suivants ont été renumérotés.
- Les renvois ont été corrigés aux articles suivants :
 - l'article 45 (renvoi à l'article 272 relatif au portail) ;
 - l'article 93 (renvoi à l'article 280 (anc. 281)) ;
 - l'article 198 (renvoi à l'article 284 (anc. 285)) ;
 - l'article 205 (renvoi aux articles 278 (anc. 279) et 279 (anc. 280)) ;
 - l'article 243 (renvoi à l'article 284 (anc. 285)) ;
 - l'article 275 (anc. 276) et le renvoi à l'article 273 (anc. 274)) ;
 - l'intitulé des annexes (« Annexes prévues à l'article 282 (anc. 283)) ;

LIVRE V

ANNEXES

- correction du renvoi au niveau de l'intitulé des annexes (« Annexes prévues à l'article 282 (anc. 283)) ;

II. Corrections d'ordre légistique sur l'ensemble du texte

1. les points après les intitulés des livres, titres, chapitres, sections, sous-sections et articles ont été supprimés. (*cf. C.E., obs. d'ordre légistique, p. 51*).
2. Dans l'ensemble du projet, les références aux Livre « I^{er} » (etc.) ont été corrigées de la même manière que dans le projet de loi (*cf. C.E., avis du 23 mai 2017 relatif au projet de loi n° 6982, obs. d'ordre légistique, p. 59*).
3. les renvois aux lettres ont été corrigés par des renvois à des points (*cf. C.E., obs. d'ordre légistique, p. 51*).

Ont été corrigés les articles suivants :

- l'article 16 (3), p. 7 ;
- l'article 17 (2), p. 7 ;
- l'article 25 (4), p. 10 ;
- l'article 45 (2), p. 13 ;
- l'article 90 (1), p. 23 ;
- l'article 146 (1), p. 34 ;
- l'article 150 (3), p. 35 ;
- l'article 157 (1) et (2), pp. 38 et 39 ;
- l'article 160, p. 40 ;
- l'article 161 (4), p. 41 ;
- l'article 197 (1), p. 52 ;
- l'article 204, p. 56 ;
- l'article 206 (2) et (8), p. 59 et p. 61 ;
- l'article 207 (5) et (6), p. 62 et p. 63 ;
- l'article 209 (3), p. 65 ;
- l'article 210(2), p. 66 ;
- l'article 212 (1), p. 66 ;
- l'article 215, p. 68 ;
- l'article 216 (1) et (2), pp 68 et 69 ;
- l'article 219 (3), p. 70 ;
- l'article 220, p. 70 ;
- l'article 221 (4), p. 71 ;
- l'article 235 (1), p 75 ;
- l'article 238 (1), p. 76 ;
- l'article 241 (1), p. 77 ;
- l'article 242 (1), p. 78 ;
- l'article 249, p. 82 ;

- l'article 250 (1), p. 83 ;
- l'article 254 (1), p. 89 ;
- l'article 255 (5) et (6), pp. 90 et 91.

4. Concernant les montants des seuils et afin d'assurer la cohérence rédactionnelle du projet de règlement grand-ducal, l'ensemble du projet est à revoir pour séparer chaque tranche de mille (p.ex. : 1 000, 1 000 000) par une espace insécable. L'abréviation « EUR » est à remplacer par le terme « euros ». Les point et tiret ajoutés derrière un montant sont à omettre. (cf. C.E., obs. d'ordre légistique, p. 51)

Ont ainsi été corrigés les montants suivants :

- l'article 3, le montant de 90 000 euros ;
- l'article 147, le montant de 500 000 euros ;
- l'article 152, le montant de 60 000 euros ;
- l'article 196, les abréviations « EUR » ont été remplacées par le terme « euros » ;
- l'article 258, les abréviations « EUR » a été remplacées par le terme « euros.

5. Les pour cents ont été en chiffres arabes aux endroits suivants :

- art. 3, dernier alinéa
- art. 30, dernier alinéa
- art. 89, paragraphe 1^{er}
- art. 125 et 126
- art. 118 (à deux reprises)
- art. 134, paragraphe 3

6. La référence « Mémorial », qui n'existe plus sous cette dénomination, doit être remplacée par celle de « Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg ». (cf. C.E., obs. d'ordre légistique, p. 51)

Ont ainsi été corrigés les articles suivants :

- l'article 198 ;
- l'article 199 ;
- l'article 243 ;
- l'article 244 ;
- l'article 282 (anc. 283) ;
- l'article 286 (anc. 287).

7. Remplacement de l'expression « *mise en adjudication* » par « *passation d'un marché public* » et « *appel d'offres* » par « *procédure ouverte* » aux endroits suivants :

- Livre I^{er}, Titre I^{er}, l'intitulé du Chapitre II ;
- articles 2 à 7 ;
- article 10 ;

- Livre II, l'intitulé du Titre I^{er} et, au sein de ce titre, du Chapitre III ;
- Livre III, l'intitulé du Titre II ;
- l'article 269.

Remplacement du terme « *adjudication* » :

- article 3 ;
- article 4 ;
- article 25 ;
- article 33 ;
- article 35 ;
- article 46 ;
- Livre I^{er}, Titre I^{er}, l'intitulé du Chapitre IV, l'intitulé de la section I^{ère} et de la section IV
-
- article 50 ;
- article 51 ;
- article 75 (4) ;
- article 86 ;
- article 88 ;
- article 90 (2) ;
- les articles 95 à 98 ;
- article 118 ;
- article 150 ;
- l'article 147.

8. Dans son avis complémentaire relatif au projet de loi (avis qui date également du 14 juillet 2017), le C.E. a demandé de remplacer le terme « publiera » par le terme « publie » alors qu'il observe que les textes normatifs sont en principe rédigés au présent et non au futur. sous 'Obs. d'ordre légistique' (cf. pp. 11 et 12). Le texte du projet de loi a été corrigé en conséquence, de sorte qu'il est également nécessaire de corriger le projet de règlement grand-ducal en ce sens. Sont concernés les articles :

- article 198 ;
- article 199 ;
- article 204 ;
- article 243 ;
- article 244 ;
- article 282 (anc. 283)

*

*

*