

N° 4635

## CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 1999-2000

## PROJET DE LOI

concernant le régime des marchés publics de travaux,  
de fournitures et de services

\* \* \*

*(Dépôt: le 17.2.2000)*

## SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Arrêté Grand-Ducal de dépôt (11.2.2000) .....	1
2) Exposé des motifs.....	2
3) Texte du projet de loi .....	4
4) Commentaire des articles .....	38
5) Avis de la Chambre de Commerce (16.3.1998) .....	41
6) Avis de la Chambre des Métiers (3.7.1998).....	57

\*

## ARRETE GRAND-DUCAL DE DEPOT

Nous JEAN, par la grâce de Dieu, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Sur le rapport de Notre Ministre des Travaux Publics et après délibération du Gouvernement en Conseil;

Arrêtons:

*Article unique.*— Notre Ministre des Travaux Publics est autorisé à déposer en Notre Nom à la Chambre des Députés le projet de loi concernant le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Palais de Luxembourg, le 11 février 2000

*La Ministre des Travaux Publics,*  
Erna HENNICOT-SCHOEPGES

*Pour le Grand-Duc:*  
*Son Lieutenant-Représentant*  
HENRI  
*Grand-Duc Héritier*

\*

## EXPOSE DES MOTIFS

La loi du 4 avril 1974 concernant le régime des marchés publics de travaux et de fournitures comporte 3 chapitres.

Le premier s'applique aux marchés publics de l'Etat et modifie les articles 36, 37 et 38 de la loi du 27 juillet 1936 concernant la comptabilité de l'Etat. Les chapitres 2 et 3 traitent des marchés publics respectivement des communes et des autres personnes juridiques de droit public.

La Gouvernement vient de mettre en instance législative le projet de loi sur le budget et la comptabilité de l'Etat. Lors de l'élaboration de ce projet les auteurs étaient unanimes pour traiter dans une loi à part les marchés publics. La réforme des marchés publics vise également un nouveau cahier général des charges à mettre parallèlement en vigueur par règlement grand-ducal.

*Les 4 thèmes qui résument cette réforme des marchés publics sont les suivants:*

- a) Alignement de notre législation nationale sur l'esprit des directives communautaires, c'est-à-dire reprise de certaines dispositions de l'acquis communautaire.
- b) Adaptation de la législation au progrès moderne.
- c) Clarifications ponctuelles de notre législation à la suite de problèmes enregistrés par la Commission des Soumissions.
- d) Introduction d'un seul texte de loi et d'un seul texte de règlement applicables aux marchés publics quel que soit le statut du pouvoir adjudicateur.

*Les améliorations qualitatives sont les suivantes:*

- Introduction de la soumission restreinte avec publication d'avis. Choix à opérer suivant des conditions de participation minimales;
- Citation exemplative de critères susceptibles de définir l'offre économiquement la plus avantageuse pour inciter les pouvoirs adjudicateurs à en faire usage plus fréquemment;
- Possibilité de faire l'offre sur support informatique;
- Prix isolés très bas. Possibilité d'écarter dorénavant une telle offre spéculative;
- Création d'une cellule administrative de la Commission des Soumissions;
- Elargissement de ses pouvoirs de contrôle, action de prévention pour éviter des recours;
- Rendre obligatoire la production des certificats de non-obligation à l'égard du fisc et de la sécurité sociale.

*Les assouplissements procéduraux sont les suivants:*

- Chaque ministre (anc. Conseil de Gouvernement) peut seul décider de recourir, en invoquant des motifs prévus par la loi, au marché de gré à gré (négocié);
- Possibilité de reprise dans notre législation, par voie de règlement grand-ducal, des cahiers des charges standardisés élaborés par le C.R. T.I.-B. Jusqu'à présent, ces clauses étaient intégrées dans le dossier de soumission.
- Abolition dans certains cas de la formalité de la lettre recommandée;
- Nouvelle structure des dispositions relatives aux révisions de prix;
- Règles uniformes dans une seule loi et un seul règlement grand-ducal des dispositions applicables aux marchés de l'Etat et aux marchés des communes (dorénavant un seul texte). Inclusion de la législation communautaire.

Il y a lieu de profiter de l'occasion de cette réforme pour analyser brièvement les grands principes qui guident la législation sur les marchés publics, principes qui expliquent le caractère sévère de certaines dispositions.

Le principe primordial des marchés publics est le recours à la concurrence.

Il doit donc être possible à chaque entreprise d'accéder aux commandes publiques moyennant concurrence.

Un corollaire de ce principe de mise en concurrence est celui de la gestion judicieuse des deniers publics. Les pouvoirs adjudicateurs ne disposent pas de disponibilités financières inépuisables leur permettant d'agir en toute liberté concernant les commandes publiques.

En leur accordant cette liberté, on verserait dans l'arbitraire et le favoritisme.

Le principe de la mise en concurrence et celui de la bonne gestion budgétaire a comme conséquence que la meilleure offre soit retenue. Si le pouvoir adjudicateur énonce de façon précise la qualité de l'ouvrage, de la fourniture ou du service faisant l'objet du marché, l'offre la plus adéquate peut être celle du meilleur disant. Il subsiste toutefois une autre alternative consistant à permettre au pouvoir adjudicateur de ne pas choisir l'offre conforme la moins chère, mais d'adjuger au profit du soumissionnaire le mieux disant, c'est-à-dire au profit de celui qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, à choisir parmi les 3 offres les moins chères sur base de critères objectifs de nature financière, économique et technique. Afin de stimuler les pouvoirs adjudicateurs de recourir plus fréquemment à cette méthode d'adjudication, le projet de règlement grand-ducal portant institution d'un cahier général des charges énumère, à titre d'exemple, de tels critères.

Un autre principe qui parcourt notre législation est celui du traitement à un même pied d'égalité de tous les candidats ou soumissionnaires. Il n'est pas possible à un pouvoir adjudicateur de donner plus de renseignements à un candidat ou soumissionnaire qu'il n'en donne aux autres concurrents.

Le principe de transparence en matière de marchés publics met le candidat ou le concurrent à l'abri d'agissements déloyaux.

C'est dans cet ordre d'idées que les séances d'ouverture des offres, où les résultats des offres sont proclamés, sont accessibles aux soumissionnaires ayant présenté une soumission.

Finalement, il y a lieu de signaler que si un concurrent s'aperçoit que le pouvoir adjudicateur ne respecte pas les dispositions légales, des moyens de recours gracieux (Commission des Soumissions) ou juridictionnels (juridictions administratives) lui sont accessibles.

Faisant droit à une requête du Conseil d'Etat, le Gouvernement a intégré, sous forme codifiée, les dispositions communautaires en matière de marchés publics issues d'une pléthore de directives.

La présentation remaniée du projet de réforme respecte un grand parallélisme dans le projet de loi et le projet de règlement grand-ducal qui exécute la loi en instituant des cahiers généraux des charges.

Ainsi, et le titre 1 de la loi et le titre 1 du règlement d'exécution concernent les dispositions au-dessous des seuils communautaires.

Le titre 2 de la loi et du règlement concerne le régime communautaire des directives classiques, alors que le titre 3 des deux actes normatifs concerne le régime sectoriel des directives communautaires (eau, énergie, transports et télécommunications).

En ce qui concerne le projet de loi, le changement le plus notoire est celui d'introduire une procédure dite „soumission restreinte avec publication d'avis“ à l'image de la procédure restreinte introduite par les directives CE.

A partir de certains seuils, cette procédure est placée sur un même pied d'égalité avec la soumission publique. Cette procédure est empreinte du principe de transparence.

Elle consiste en plusieurs étapes, la première consistant à publier dans la presse un appel d'offres contenant entre autres des conditions minima de participation à remplir par les candidats qui se manifestent. La deuxième démarche consiste à départager les candidats moyennant une fourchette après avoir éliminé les candidatures ne remplissant pas les conditions de participation. Si aucune fourchette pour définir le choix des candidats à retenir n'a été fixée, le pouvoir adjudicateur est obligé de retenir tous les candidats remplissant les conditions prémentionnées.

L'étape finale consiste à remettre des cahiers des charges aux candidats retenus et d'ouvrir en leur présence les offres.

Le principe de la mise en concurrence et de l'égalité des chances des candidats et soumissionnaires se reflète pleinement dans les deux procédures qui constituent la règle, à savoir la soumission publique et la soumission restreinte avec publication d'avis.

Le recours aux 2 procédures d'exception (soumission restreinte sans publication d'avis et marché négocié) reste limité à des cas de figure très stricts lesquels ont certes été légèrement augmentés en s'inspirant de la législation communautaire.

Comme déjà signalé précédemment, la réforme sur les marchés publics comporte également un volet réglementaire très détaillé. Parallèlement au projet de loi, les instances gouvernementales ont élaboré, sous forme d'un règlement grand-ducal, un cahier général des charges unique aux deux catégories de pouvoirs adjudicateurs. Ce cahier des charges tiendra compte du progrès moderne comme par exemple l'informatisation, la standardisation et la normalisation.

Dans le projet de règlement grand-ducal, on opérera également des modifications ponctuelles des dispositions qui dans la pratique ont causé des problèmes. Ces problèmes réels ont été enregistrés par:

- la Commission des Soumissions lors de l'examen de plaintes lui soumises;
- les milieux professionnels concernés (Chambre de Commerce, Chambre des Métiers, fédérations);
- la Commission du Bâtiment dans ses avis adressés au Gouvernement.

Un avant-projet avait été communiqué par le Ministre des Travaux Publics pour examen au Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment, dit C.R.T.I.-B.

Il est à signaler que cette institution regroupant tous les acteurs de la construction a déjà, sur demande du Gouvernement, presté un travail très utile en standardisant les cahiers spéciaux des charges.

Eu égard à l'excellente collaboration avec cette institution, le département des Travaux Publics a insisté à associer le C.R.T.I.-B aux réflexions en général sur les marchés publics et en particulier sur la démarche gouvernementale visant à réformer sur des problèmes ponctuels à la fois la législation que la réglementation sur les marchés publics.

Le projet de loi prévoit la faculté de faire entrer en vigueur les cahiers spéciaux des charges standardisés par voie de règlement grand-ducal. Il ne sera dès lors plus nécessaire de les faire figurer, par la voie contractuelle, dans les documents de soumission.

\*

## TEXTE DU PROJET DE LOI

### TITRE 1

#### **Marchés publics de travaux, de fournitures et de services ne tombant pas sous le champ d'application des directives CEE sur les marchés publics**

##### **Art. I – Dispositions communes aux marchés publics de tous les pouvoirs adjudicateurs**

###### *(1) Définitions*

- marchés publics:

Les marchés publics sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit, d'une part entre un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services, et d'autre part un pouvoir adjudicateur, et ayant comme objet l'exécution de travaux, la livraison de produits par voie d'achat, crédit-bail, location, location-vente, avec ou sans achat ou la prestation d'un service.

- pouvoirs adjudicateurs:

Sont à considérer comme pouvoirs adjudicateurs au sens du présent titre:

- a) l'Etat, c'est-à-dire les départements ministériels et leurs administrations;
- b) les communes;
- c) les syndicats de communes;
- d) les établissements publics placés sous la surveillance des communes.

###### *(2) Procédures*

Les pouvoirs adjudicateurs, en règle générale, passent leurs contrats de travaux, de fournitures et de services par soumission publique.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à la règle générale énoncée au paragraphe précédent en recourant:

- soit à la soumission restreinte avec publication d'avis lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux dont suivant un devis le montant estimé dépasse la somme de cent vingt-cinq mille euros, valeur au nombre cent de l'indice des prix à la consommation.

En cas de réalisation d'un ouvrage par entreprise générale, ce seuil est de six cent vingt-cinq mille euros, valeur au nombre cent de l'indice des prix à la consommation.

Les montants ci-avant sont à considérer T.V.A. non comprise.

Ces seuils ne sont applicables que pour des travaux relatifs à un ouvrage dont le montant estimé ne dépasse pas le seuil fixé à l'article VI du titre 2 de la présente loi.

- soit à la soumission restreinte sans publication d'avis, soit au marché négocié dans les cas suivants:
  - a) lorsque le montant total du marché à conclure n'excède pas une somme à déterminer par règlement grand-ducal; cette somme peut varier selon les différents corps de métier en présence, mais sans qu'elle ne puisse dépasser huit mille euros, valeur au nombre cent de l'indice des prix à la consommation.  
S'il s'agit de dépenses à effectuer au cours d'une même année et pour un même objet ou une même opération et que ces dépenses aient été prévisibles, il devra être tenu compte de l'ensemble des dépenses portant sur des travaux, fournitures et services de nature identique ou similaire commandés à un même entrepreneur, fournisseur ou prestataire;
  - b) en présence d'offres non conformes à la suite du recours à une soumission publique ou à une soumission restreinte avec publication d'avis ou lorsqu'il s'agit d'offres inacceptables, pour autant que la passation du contrat soit urgente; sinon l'exception est applicable sous les mêmes conditions, mais après une seconde soumission publique ou une seconde soumission restreinte avec publication d'avis;
  - c) pour des travaux, fournitures et services qui sont réalisés à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de mise au point;
  - d) dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, fournitures et services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix;
  - e) pour les travaux, fournitures et services dont l'exécution, pour des raisons techniques, artistiques, scientifiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, ne peut être confiée qu'à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire déterminé;
  - f) dans la mesure du strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résulte d'événements imprévisibles. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicataires;
  - g) pour les travaux complémentaires ne figurant pas au projet initialement adjugé et pour les services complémentaires ne figurant pas dans le projet initialement envisagé ou dans le premier contrat conclu, mais qui, à la suite d'une circonstance imprévue, sont devenus nécessaires à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'entrepreneur qui exécute ledit ouvrage ou au prestataire qui exécute ledit service:
    - lorsque ces travaux et services ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénients majeurs pour les pouvoirs adjudicataires,
    - ou lorsque ces travaux et services, quoique séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.
 Toutefois, la valeur cumulée estimée des marchés passés pour les travaux et services complémentaires ne peut pas être supérieure à 30% de la valeur du marché principal;
  - h) pour les fournitures complémentaires effectuées par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur d'acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées;
  - i) lorsqu'il s'agit de travaux, fournitures et services dont le caractère spécial exige de la part des concurrents des capacités techniques ou commerciales particulières et qui ne sauraient être exécutés d'une manière satisfaisante que par un nombre restreint d'entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires;
  - j) lorsqu'il s'agit de travaux, fournitures et services dont les prix sont en fait soustraits au jeu normal de la concurrence ou s'il s'agit de services rémunérés suivant un barème officiel;
  - k) pour les marchés de l'Armée:
    - si le secret militaire l'exige;
    - pour les besoins d'une standardisation des matériels et équipements de campagne;

- pour les travaux, fournitures et services occasionnés par le déplacement et le séjour d'unités militaires à l'étranger;
- pour l'acquisition de denrées alimentaires périssables lors de séjours à l'étranger;
- pour les fournitures d'effets d'habillement et d'équipement militaire destinés à être revendus au cadre.

De même, les pouvoirs adjudicateurs compétents pour les services de secours peuvent procéder par marché négocié dans les cas suivants:

- pour les besoins de standardisation des équipements et du matériel d'intervention;
- pour les besoins de standardisation des effets personnels de protection et de sécurité des membres des unités d'intervention.

Sauf dans le cas visé sub a), le recours à la soumission restreinte sans publication d'avis ou au marché négocié est déterminé:

- pour les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 1a), par un arrêté motivé du ministre du ressort,
- pour les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 1b), par une décision motivée du collège des bourgmestre et échevins,
- pour les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 1c) et 1d), par une décision motivée de l'organe habilité à engager lesdits pouvoirs adjudicateurs.

### (3) *Modes de passation*

Les marchés publics peuvent être conclus, soit par entreprise générale, globale ou partielle, soit par professions ou par lots.

### (4) *Mode d'attribution*

Les marchés à conclure par soumission publique ou restreinte sont attribués par décision motivée au concurrent ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, laquelle est choisie parmi les trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas.

### (5) *Durée des marchés publics*

Les marchés publics ne peuvent être conclus pour un terme dépassant la durée de l'exercice budgétaire, excepté dans l'un ou l'autre des cas suivants:

- a) lorsqu'il s'agit de marchés publics relatifs à des baux de location, de leasing, de location-vente ou à des contrats d'entretien;
- b) lorsqu'en raison de l'importance ou de la spécialité des travaux, fournitures ou services, les marchés ne peuvent être réalisés pendant l'exercice où il sont conclus.

### (6) *Sanctions et primes*

Un règlement grand-ducal peut prévoir des clauses pénales adaptées à la nature et à l'importance des marchés. Ces clauses peuvent comprendre des amendes et des astreintes, la résiliation du marché ainsi que l'exclusion à temps de la participation aux marchés publics. Au même titre, des primes d'achèvement avant terme peuvent être prévues.

### (7) *Avances*

Pour les marchés publics, aucun acompte à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services ne peut avoir lieu que pour des travaux, fournitures ou services faits et acceptés. Dans des cas dûment justifiés, les contrats relatifs à ces marchés peuvent stipuler des avances, à titre de provision, à condition qu'elles soient couvertes par des garanties appropriées.

Le montant de l'avance à concéder pour un même contrat ne peut excéder vingt-cinq pour cent de la valeur totale du contrat. Exceptionnellement, il peut être dérogé à cette limite par décision motivée du pouvoir adjudicateur, pour les marchés publics de l'Etat, le ministre ayant le budget dans ses attributions entendu en son avis, sans que cependant les avances puissent excéder quarante pour cent du montant estimé du marché.

*(8) Commission des soumissions*

En vue de garantir l'observation des dispositions légales et réglementaires en matière de marchés publics par les pouvoirs adjudicateurs, il est institué auprès du ministre ayant dans ses attributions les travaux publics une commission des soumissions dont les membres sont nommés par arrêté du Gouvernement en conseil.

Cette commission instruit les plaintes lui adressées.

Si un pouvoir adjudicateur relevant de l'Etat se propose de recourir, pour un marché estimé à plus de vingt-cinq mille euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation, à la soumission restreinte sans publication d'avis ou au marché négocié, il doit au préalable solliciter l'avis de la Commission des Soumissions.

Le mode de fonctionnement de la Commission des Soumissions est fixé par un règlement grand-ducal portant institution d'un cahier général des charges applicables aux marchés publics.

**Art. II – Dispositions particulières concernant les marchés publics conclus par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 1. (1) a)**

*(1) Décomptes*

Il est établi un décompte final pour tous les marchés publics relatifs à un ouvrage dont le coût dépasse le montant fixé à l'article 80 sub c) de la loi du 8 juin 1999 sur le Budget, la Comptabilité et la Trésorerie de l'Etat, b) portant modification de la loi du 10 mars 1969 portant institution d'une inspection générale des finances; c) portant modification de la loi modifiée du 16 août 1966 portant organisation des cadres de la trésorerie de l'Etat, de la caisse générale de l'Etat et du service du contrôle de la comptabilité des communes et de certains établissements publics. Ce décompte doit comporter la comparaison, par corps de métiers, du devis, du prix convenu et du coût final. En cas de dépassement du devis et du prix convenu, les hausses légales sont à indiquer séparément. Une justification est à fournir pour tous les dépassements excédant les hausses légales. Ce décompte est transmis au ministre ayant dans ses attributions le budget et à la Chambre des Députés dans un délai ne dépassant pas un an à compter de la réception de la totalité de l'ouvrage.

*(2) Disposition transitoire*

Doit être visé par le ministre ayant dans ses attributions le budget le recours à la soumission restreinte, sans publication d'avis, ou au marché négocié par les pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas soumis au contrôle du contrôleur financier prévu par la loi du 8 juin 1999 a) sur le Budget, la Comptabilité et la Trésorerie de l'Etat, b) portant modification de la loi du 10 mars 1969 portant institution d'une inspection générale des finances; c) portant modification de la loi modifiée du 16 août 1966 portant organisation des cadres de la trésorerie de l'Etat, de la caisse générale de l'Etat et du service du contrôle de la comptabilité des communes et de certains établissements publics.

**Art. III – Dispositions particulières du secteur communal concernant les marchés publics à conclure par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 1, 1b) c) et d)**

*(1) Clause préférentielle en faveur d'un soumissionnaire local*

Par dérogation aux dispositions prévues à l'article 1 (4), respectivement le collège des bourgmestre et échevins ou le président de l'établissement public placé sous la surveillance des communes, peut, lorsque le montant total, hors T.V.A., du marché à conclure n'excède pas douze mille cinq cents euros, valeur au nombre cent de l'indice pondéré des prix à la consommation, attribuer le marché à un concurrent résidant dans la commune, même si son offre ne figure pas parmi les trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas, à condition que le prix offert par le concurrent local ne dépasse pas de plus de cinq pour cent celui de l'offre économiquement la plus avantageuse.

*(2) Suspension et annulation*

Le Grand-Duc peut suspendre ou annuler un marché tombant sous le champ d'application des titres 1, 2 et 3 s'il a été conclu en violation de la présente loi ou s'il est contraire à l'intérêt général.

Le ministre de l'Intérieur peut, par arrêté motivé, suspendre le marché s'il a été conclu en violation de la présente loi ou du règlement d'exécution pris en vertu de la présente loi ou s'il est contraire à l'intérêt général.

Les motifs de la suspension sont communiqués à l'autorité communale dans les cinq jours de la suspension. Si l'annulation du marché par le Grand-Duc n'intervient pas dans les quarante jours à partir de la communication à l'autorité communale, la suspension est levée.

#### **Art. IV – Règles d'exécution**

Les mesures d'exécution du présent titre sont définies par un règlement grand-ducal qui instituera un cahier des charges fixant les clauses et conditions des marchés publics à conclure par les pouvoirs adjudicateurs. **Des règlements grand-ducaux peuvent instituer des cahiers spéciaux des charges standardisés.**

## TITRE 2

### **Marchés tombant dans le champ d'application des directives CEE relatives aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services\***

#### **Art. V – Définitions**

Aux fins du présent titre:

- (1) Les marchés publics de travaux sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part un entrepreneur et, d'autre part un pouvoir adjudicateur, et ayant comme objet l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux relatifs à une des activités visées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit de faire réaliser, par quelque moyen que ce soit, un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur.
- (2) Les marchés publics de fournitures sont des contrats conclus par écrit à titre onéreux ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits entre un fournisseur d'une part, et d'autre part un pouvoir adjudicateur. La livraison des produits peut comporter, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation.
- (3) Les marchés publics de services sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur, à l'exclusion:
  - a) des marchés publics de travaux au sens du paragraphe (1) et des marchés publics de fournitures au sens du paragraphe (2);
  - b) des marchés qui sont passés dans les domaines mentionnés à l'article XII paragraphes (2) (3) (4) (15) (17) et (19) du titre 3 de la loi ... qui répondent aux conditions de l'article XII paragraphe (13) dudit titre 3;
  - c) des marchés qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens; toutefois, les contrats de services financiers conclus parallèlement, préalablement ou consécutivement au contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, sont soumis à la présente loi;
  - d) des marchés visant l'achat le développement, la production ou la coproduction de programmes par des organismes de radiodiffusion et des marchés concernant les temps de diffusion;
  - e) des marchés qui ont pour objet les services de téléphonie vocale, de télex, de radiotéléphonie mobile, de radiomessagerie et de communications par satellite;
  - f) des marchés visant les services d'arbitrage et de conciliation;
  - g) des marchés des services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, ainsi que des services prestés par des banques centrales;

\* – Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services;  
 – Directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures;  
 – Directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux;  
 – Directive 97/52/CEE du Parlement Européen et du Conseil du 13 octobre 1997 modifiant les directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux respectivement.

- h) des marchés de l'emploi;
- i) des marchés de services de recherche et de développement autres que ceux dont les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation du service soit entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur.
- (4) Sont désignés par pouvoirs adjudicateurs les services et administrations de l'Etat, les communes, les syndicats de communes et les établissements publics de l'Etat et des communes à condition que pour ces établissements publics soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat ou les communes, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat ou les communes ou d'autres organismes de droit public. Par organisme de droit public, on entend tout organisme:
- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial
- et
- ayant la personnalité juridique
- et
- dont, soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les communes ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les communes ou d'autres organismes de droit public.
- (5) Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.
- (6) La concession de travaux publics est un contrat présentant les mêmes caractères que ceux visés au point (1), à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix.
- (7) La soumission publique est la procédure dans laquelle tout entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services intéressé peut présenter une offre.
- (8) La soumission restreinte avec présélection est la procédure dans laquelle seuls les entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre.
- (9) Le marché négocié est la procédure dans laquelle les pouvoirs adjudicateurs consultent les entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.
- (10) L'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services qui a présenté une offre est désigné par le mot „soumissionnaire“; celui qui a sollicité une invitation à participer à une soumission restreinte avec présélection et à un marché négocié est désigné par le mot candidat.
- (11) Le „prestataire de service“ est toute personne physique ou morale, y inclus un organisme public, qui offre des services.
- (12) Les „concours“ sont les procédures nationales qui permettent au pouvoir adjudicateur d'acquérir principalement dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, un plan ou un projet qui est choisi par un jury après mise en concurrence avec ou sans attribution de primes.

## Art. VI.

(1) Le présent titre s'applique:

- a) aux marchés publics de travaux dont la valeur estimée, hors TVA, égale ou dépasse l'équivalent en euros de 5 millions de droits de tirage spéciaux (DTS);
- b) aux marchés publics de travaux subventionnés directement à plus de 50% par un pouvoir adjudicateur et dont la valeur estimée, hors TVA, égale ou dépasse 5 millions euros.

Lorsqu'un ouvrage est réparti pour sa réalisation en plusieurs lots faisant chacun l'objet d'un marché distinct ou lorsqu'au cas où la réalisation de l'ouvrage requiert l'intervention de plusieurs corps de

métiers, le pouvoir adjudicateur décide de conclure un ou plusieurs marchés pour les prestations relevant de chaque corps de métier, les dispositions du présent titre sont applicables lorsque la valeur cumulée des marchés distincts égale ou dépasse les montants cités ci-avant sub a) ou b).

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à l'application des dispositions du présent titre pour des lots dont la valeur, estimée hors TVA, est inférieure à 1.000.000.- euros, pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20% de la valeur cumulée de l'ensemble des lots.

Aucun ouvrage ni aucun marché ne peut être scindé en vue de se soustraire à l'application du présent titre.

Pour le calcul des montants cités ci-avant sub a) ou b) est prise en considération, outre celle des montants des marchés publics de travaux, la valeur estimée des fournitures nécessaires à l'exécution des travaux et mises à la disposition de l'entrepreneur par les pouvoirs adjudicateurs.

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur subventionne directement à plus de 50% un marché de travaux ou un marché de services en liaison avec un marché de travaux à passer par une entité autre que lui-même, il est obligé d'imposer à cette entité qu'elle respecte les dispositions du présent titre. Cette obligation ne concerne que les marchés de travaux figurant dans la classe 50, groupe 502, de la nomenclature générale des activités économiques dans les Communautés européennes (NACE) et les marchés qui portent sur les travaux de bâtiment relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires et aux bâtiments à usage administratif.

Les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce qu'il n'y ait pas discrimination entre les différents entrepreneurs.

(2) Le présent titre s'applique aux marchés publics de fournitures passés par:

- a) les pouvoirs adjudicateurs désignés à l'annexe II et dont la valeur estimée hors TVA égale ou dépasse l'équivalent en euros de 130.000.- DTS; en ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs dans le domaine de la défense, cela ne vaut que pour les marchés concernant les produits couverts par l'annexe III.
- b) des pouvoirs adjudicateurs autres que ceux énumérés à l'annexe II y compris ceux passés par les pouvoirs adjudicateurs désignés à l'annexe II dans le domaine de la défense dans la mesure où les produits non couverts par l'annexe III sont concernés, lorsque la valeur estimée hors TVA égale ou dépasse l'équivalent en euros de 200.000 DTS.

Lorsqu'il s'agit de marchés publics de fournitures ayant pour objet le crédit-bail, la location ou la location-vente de produits, doit être prise comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché:

- dans l'hypothèse de marchés ayant une durée déterminée, dans la mesure où celle-ci est égale ou inférieure à douze mois, la valeur totale estimée pour la durée du marché, ou, dans la mesure où la durée du marché est supérieure à douze mois, la valeur totale incluant le montant estimé de la valeur résiduelle;
- dans l'hypothèse de marchés ayant une durée indéterminée ou dans le cas où la détermination de leur durée ne peut être définie, la valeur mensuelle multipliée par 48.

Lorsqu'il s'agit de marchés publics de fournitures présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée, doit être prise pour base pour le calcul de la valeur estimée du marché et de l'application du présent titre:

- soit la valeur réelle globale des contrats successifs analogues passés au cours des douze mois de l'exercice précédent, corrigée si possible, pour tenir compte des modifications en quantité ou en valeur qui surviendraient au cours des douze mois suivant le contrat initial;
- soit la valeur estimée globale des contrats successifs passés au cours des douze mois suivant la première livraison ou au cours de l'exercice dans la mesure où celui-ci est supérieur à douze mois.

Les modalités d'évaluation des marchés ne peuvent être utilisées en vue de les soustraire à l'application du présent titre. Lorsqu'un achat envisagé de fournitures homogènes peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur estimée de la totalité de ces lots doit être prise comme base pour l'application des seuils visés ci-avant. Lorsqu'un marché de fournitures envisagé prévoit expressément des options, le montant total maximal autorisé de l'achat, du crédit-bail, de la location ou de la location-vente, y inclus le recours aux options, doit être pris comme base pour déterminer la valeur estimée du marché. Aucun projet d'achat d'une certaine quantité de fournitures ne peut être scindé en vue de le soustraire à l'application du présent titre.

Les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce qu'il n'y ait pas discrimination entre les différents fournisseurs.

(3) Le présent titre s'applique:

- a) aux marchés publics de services en liaison avec un marché de travaux visés à l'avant-dernier alinéa du paragraphe (1) de l'article VI;
- b) aux marchés publics de services ayant pour objet des services de la catégorie 8 de l'annexe IV A et des services de télécommunications de la catégorie 5 de l'annexe IV A, dont les numéros de référence CPC sont 7524, 7525 et 7526, passés par les pouvoirs adjudicateurs visés au paragraphe (4) de l'article V, lorsque la valeur estimée hors TVA égale ou dépasse 200.000.- euros;
- c) aux marchés publics de services ayant pour objet des services figurant à l'annexe IV A, à l'exception des services de la catégorie 8 et des services de télécommunications de la catégorie 5, dont les numéros de référence CPC sont 7524, 7525 et 7526:
  - passés par les pouvoirs adjudicateurs désignés à l'annexe II, lorsque la valeur estimée hors TVA égale ou dépasse l'équivalent en euros de 130.000 droits de tirage spéciaux (DTS);
  - passés par les pouvoirs adjudicateurs visés au paragraphe (4) de l'article V autres que ceux mentionnés à l'annexe II et dont la valeur estimée hors TVA égale ou dépasse l'équivalent en euros de 200.000 DTS.

Aux fins du calcul du montant estimé d'un marché, le pouvoir adjudicateur inclut la rémunération totale estimée du prestataire, compte tenu des dispositions des paragraphes ci-après.

Le choix de la méthode d'évaluation d'un marché public de services ne peut être fait dans l'intention de soustraire ce marché à l'application du présent titre, et aucun projet d'achat d'une quantité déterminée de services ne peut être scindé en vue de le soustraire à l'application du présent titre.

Aux fins du calcul du montant estimé de marché concernant les types de services suivants, sont, le cas échéant, pris en compte:

- pour ce qui est des services d'assurance, la prime payable,
- pour ce qui est des services bancaires et autres services financiers, les honoraires, commissions, intérêts et autres modes de rémunération,
- pour ce qui est des marchés impliquant la conception, les honoraires ou la commission payables.

Lorsque les services sont répartis en plusieurs lots faisant l'objet chacun d'un marché, la valeur de chaque lot doit être prise en compte pour l'évaluation des montants indiqués ci-dessus.

Lorsque la valeur des lots égale ou dépasse ces montants, les dispositions du présent titre s'appliquent à tous les lots. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à l'application du paragraphe (3) pour des lots dont la valeur estimée, hors TVA, est inférieure à 80.000 euros, pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20% de la valeur cumulée des lots.

Lorsqu'il s'agit de marchés publics de services n'indiquant pas un prix total, doit être prise comme base pour le calcul du montant estimé des marchés:

- dans l'hypothèse de marchés ayant une durée déterminée, dans la mesure où celle-ci est égale ou inférieure à quarante-huit mois, la valeur totale pour toute la durée,
- dans l'hypothèse de marchés ayant une durée indéterminée ou supérieure à quarante-huit mois, la valeur mensuelle multipliée par 48.

Lorsqu'il s'agit de marchés publics de services présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée, doit être prise pour base:

- soit la valeur réelle globale des contrats analogues passés pour la même catégorie de services au cours des douze mois ou de l'exercice précédent, corrigée, si possible, pour tenir compte des modifications en quantité ou en valeur qui surviendraient au cours des douze mois suivant le contrat initial,
- soit la valeur estimée globale des contrats au cours des douze mois suivant la première prestation ou pendant la durée du contrat dans la mesure où celle-ci est supérieure à douze mois.

Lorsqu'un marché envisagé prévoit des options, la base de calcul de la valeur du marché est le montant total maximal autorisé, y compris le recours aux options.

Si un marché public a pour objet à la fois des produits au sens du paragraphe (2) et des services, il relève des dispositions ayant trait aux marchés publics de services si la valeur des services en question dépasse celle des produits incorporés dans le marché.

Les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce qu'il n'ait pas de discrimination entre les différents prestataires de services.

(4) La fixation par les organes communautaires de la contre-valeur en euros des seuils d'application visés aux paragraphes (1), (2) et (3) ainsi que les révisions des valeurs de ces seuils seront publiées au Mémorial.

(5) Le présent titre ne s'applique pas:

- a) aux marchés qui sont passés dans les domaines mentionnés par la présente loi, article XII, paragraphes (2) à (6) et (15) à (18) du titre 3 relatif aux marchés tombant dans le champ d'application de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, et aux marchés qui répondent aux conditions du présent article XII paragraphe (13);
- b) aux marchés publics de travaux, de fournitures ou de services lorsqu'ils sont déclarés secrets ou lorsque leur exécution ou leur livraison doit s'accompagner des mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur, ou lorsque la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'Etat l'exige;
- c) aux marchés publics régis par des règles de procédures différentes et passés en vertu d'un accord international, conclu en conformité avec le traité, entre l'Etat et un ou plusieurs pays tiers et portant sur les travaux et sur les fournitures destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un ouvrage par les Etats signataires; tout accord sera communiqué à la Commission; d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises nationales ou celles d'un pays tiers;
- d) aux marchés publics de travaux, de fournitures ou de services régis par une procédure spécifique d'une organisation internationale.

(6) Sans préjudice aux alinéas (2) et (5) le présent titre s'applique à tous les produits au sens de l'article VI, paragraphe (2), y compris ceux qui font l'objet de marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs dans le domaine de la défense, à l'exception des produits auxquels l'article 223 du Traité des CE s'applique.

Il s'applique également aux marchés publics de services passés par des pouvoirs adjudicateurs dans le domaine de la défense, à l'exception des marchés auxquels l'article 223 du Traité des CE s'applique.

(7) Le présent titre ne s'applique pas aux services énumérés à l'annexe IV B. Pour ces marchés égaux ou supérieurs au seuil visé au paragraphe (3) b) seules les règles communes dans le domaine technique et l'obligation de l'information de la passation d'un marché, à déterminer par un cahier général des charges, sont applicables.

(8) Le présent titre s'applique aux marchés qui ont pour objet à la fois des services figurant à l'annexe IV A et des services figurant à l'annexe IV B lorsque la valeur des services figurant à l'annexe IV A dépasse celle des services figurant à l'annexe IV B. Dans les autres cas, le paragraphe (7) ci-dessus est applicable.

#### **Art. VII. Procédures**

(1) Les pouvoirs adjudicateurs en règle générale passent leurs marchés publics de travaux, leurs marchés publics de fournitures et leurs marchés publics de services visés à l'article VI soit par soumission publique, soit par soumission restreinte avec présélections.

(2) Pour les marchés publics de travaux, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à la règle générale énoncée au paragraphe précédent en recourant au marché négocié, après avoir publié un avis d'adjudication et sélectionné les candidats selon des critères qualitatifs et connus, dans les cas suivants:

- a) en présence d'offres irrégulières à la suite du recours à une soumission publique ou restreinte, ou en cas de dépôt de soumissions inacceptables pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées. Les pouvoirs adjudicateurs ne publient pas un avis d'adjudication s'ils

incluent dans la procédure visant la conclusion d'un marché négocié toutes les entreprises qui satisfont aux critères de sélection qualitative à déterminer par un cahier général des charges applicables aux marchés publics visés par le présent titre et qui, lors de la soumission publique ou restreinte antérieure ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation de marché;

- b) pour les travaux qui sont réalisés uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation ou de mises au point et non dans un but d'assurer une rentabilité ou le recouvrement des coûts de recherche et de développement;
- c) dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix.

(3) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics de travaux en recourant au marché négocié, sans publication préalable d'un avis d'adjudication, dans les cas suivants:

- a) lorsqu'aucune soumission ou aucune soumission appropriée n'a été déposée en réponse à une soumission publique ou restreinte, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées. Un rapport doit être communiqué à la Commission des CE à sa demande;
- b) pour les travaux dont l'exécution, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant de la protection des droits d'exclusivité, ne peut être confiée qu'à un entrepreneur déterminé;
- c) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question, n'est pas compatible avec les délais exigés par les soumissions publiques ou restreintes ou par les marchés négociés. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs;
- d) pour les travaux complémentaires ne figurant pas au projet initialement adjudgé ni au premier contrat conclu et devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'entrepreneur qui exécute ledit ouvrage:
  - lorsque ces travaux ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs;
  - ou lorsque ces travaux, quoique séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement. Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux complémentaires ne peut pas être supérieur à 50% du montant du marché principal;
- e) pour de nouveaux travaux consistant dans la répétition d'ouvrages similaires confiés à l'entreprise titulaire d'un premier marché par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, à condition que ces travaux soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un premier marché passé selon les procédures visées au paragraphe (1).

La possibilité de recourir à cette procédure doit être indiquée dès la mise en concurrence de la première opération et le montant total envisagé pour la suite des travaux est pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour l'application de l'article VI (1). Il ne peut être recouru à cette procédure que pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial.

(4) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés de fournitures en recourant au marché négocié en cas de dépôt de soumissions irrégulières en réponse à une soumission publique ou restreinte ou en cas de dépôt de soumissions inacceptables en vertu des dispositions nationales conformes aux dispositions communautaires relatives aux règles de participation fixées dans un cahier général des charges à instituer par règlement grand-ducal, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées. Les pouvoirs adjudicateurs publient dans ces cas un avis d'adjudication, à moins qu'ils n'incluent dans ces procédures négociées toutes les entreprises qui satisfont aux critères de sélection qualitative à déterminer par règlement grand-ducal et qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte antérieure, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure d'adjudication.

(5) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés de fournitures en recourant au marché négocié sans publication préalable d'un avis d'adjudication dans les cas suivants:

- a) lorsqu'aucune soumission ou aucune soumission appropriée n'a été déposée en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et à condition qu'un rapport soit communiqué à la Commission;

- b) lorsque les produits concernés sont fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, cette disposition ne comprenant pas la production en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement;
- c) lorsque, en raison de leur spécificité technique, artistique ou pour des raisons tenant à la protection des droits d'exclusivité, la fabrication ou la livraison des produits ne peut être confiée qu'à un fournisseur déterminé;
- d) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes ou négociées visées au paragraphe (4). Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs;
- e) pour les livraisons complémentaires effectuées par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. La durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut pas, en règle générale, dépasser trois ans.

(6) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics de services en recourant au marché négocié après avoir publié un avis d'adjudication de marché dans les cas suivants:

- a) en présence d'offres irrégulières à la suite du recours à une procédure ouverte ou restreinte, ou lorsqu'il s'agit d'offres inacceptables pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent ne pas publier, dans ces cas, un avis de marché lorsqu'ils incluent dans la procédure visant la conclusion d'un marché négocié tous les soumissionnaires qui satisfont à des critères de sélection quantitative à déterminer par un cahier général des charges applicables aux marchés visés par le présent titre et qui, lors de la soumission publique ou restreinte antérieure, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation des marchés;
- b) dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix;
- c) lorsque, notamment dans le domaine des prestations intellectuelles et des services au sens de la catégorie 6 de l'annexe IV A, la nature du service à fournir est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre l'attribution du marché par la sélection de la meilleure offre, conformément aux règles régissant la soumission publique ou la soumission restreinte avec présélections.

(7) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics de services en recourant au marché négocié sans publication préalable d'un avis de marché dans les cas suivants:

- a) lorsqu'aucune offre ou aucune offre appropriée n'a été déposée en réponse à une soumission publique ou restreinte, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué à la Commission des CE à sa demande;
- b) pour les services dont l'exécution, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, ne peut être confiée qu'à un prestataire déterminé;
- c) lorsque le marché considéré fait suite à un concours et doit, conformément aux règles applicables, être attribué au lauréat ou à un des lauréats du concours. Dans ce dernier cas, tous les lauréats du concours doivent être invités à participer aux négociations;
- d) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question, n'est pas compatible avec les délais exigés par les soumissions publiques, les soumissions restreintes avec présélection et les marchés négociés. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs;
- e) pour les services complémentaires ne figurant pas dans le projet initialement envisagé ou dans le premier contrat conclu, mais qui, à la suite d'une circonstance imprévue, sont devenus nécessaires à

l'exécution du service tel qu'il est décrit, à condition que l'attribution soit faite au prestataire qui exécute ce service:

- lorsque ces services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs,
- ou
- lorsque ces services, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.

Toutefois, la valeur cumulée estimée des marchés passés pour les services complémentaires ne doit pas dépasser 50% du montant du marché principal;

- f) pour de nouveaux services consistant dans la répétition de services similaires confiés au prestataire titulaire d'un premier marché et par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, à condition que ces services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un premier marché passé selon les procédures visées au paragraphe (1). La possibilité de recourir à la procédure négociée doit être indiquée dès la mise en concurrence de la première opération et le montant total envisagé pour la suite des services est pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour l'application de l'article VI (3). Cette procédure ne peut être appliquée que pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial.

(8) Les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre les différents entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services.

(9) Les règles relatives au déroulement de concours en matière de prestation de services sont à déterminer par un cahier général des charges.

(10) Le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat ou soumissionnaire écarté les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout soumissionnaire ayant fait une offre recevable, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'adjudicataire.

Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider que certains renseignements concernant l'adjudication des marchés, mentionnés au premier alinéa, ne sont pas communiqués lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, ou serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre entrepreneurs, fournisseurs et prestataires de services.

(11) Les pouvoirs adjudicateurs informent dans les moindres délais les candidats et les soumissionnaires des décisions prises concernant l'adjudication du marché, y inclus les motifs pour lesquels ils ont décidé de renoncer à passer un marché pour lequel il y a eu mise en concurrence ou de recommencer la procédure, et par écrit si demande leur en est faite. Ils informent aussi l'Office des publications officielles des Communautés européennes de ces décisions.

(12) Pour chaque marché passé, les pouvoirs adjudicateurs établissent un procès-verbal comportant au moins:

- la nom et l'adresse du pouvoir adjudicateur, l'objet et la valeur du marché,
- le nom des candidats ou soumissionnaires retenus et la justification de leur choix,
- le nom des candidats ou soumissionnaires exclus et la justification de leur rejet,
- le nom de l'adjudicataire et la justification du choix de son offre ainsi que, si elle est connue, la part du marché que l'adjudicataire a l'intention de sous-traiter à des tiers,
- en ce qui concerne les procédures négociées, la justification des circonstances visées aux paragraphes (2), (3), (4), (5), (6) et (7) ci-dessus qui motivent le recours à ces procédures.

Ce procès-verbal ou les principaux points de celui-ci sont communiqués à la Commission des Communautés européennes sur sa demande.

(13) Le recours au marché négocié est déterminé:

- a) pour les marchés publics de l'Etat par un arrêté motivé du ministre du ressort. Les marchés négociés des pouvoirs adjudicateurs non soumis au contrôle du contrôleur financier prévu par la loi du 8 juin

1999 a) sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat b) portant modification de la loi du 10 mars 1969 portant institution d'une inspection générale des finances; c) portant modification de la loi modifiée du 16 août 1966 portant organisation des cadres de la trésorerie de l'Etat, de la caisse générale de l'Etat et du service du contrôle de la comptabilité des communes et de certains établissements publics, doivent en outre être visés par le ministre ayant dans ses attributions le Budget;

- b) pour les marchés publics des communes par une délibération motivée du collège des bourgmestre et échevins;
- c) pour les marchés publics des syndicats de communes placées sous la surveillance des établissements publics et des établissements publics relevant de l'Etat par tout organe ou personne habilités à ces fins.

#### **Art. VIII. Octroi de droits spéciaux ou exclusifs**

(1) Lorsqu'un pouvoir adjudicateur octroie à une entité, qui n'est pas un pouvoir adjudicateur, quel que soit son statut juridique, des droits spéciaux ou exclusifs d'exercer une activité de service public, l'acte par lequel ce droit est octroyé stipule que l'entité concernée doit respecter, pour les marchés publics de fournitures qu'elle passe avec des tiers dans le cadre de cette activité, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité.

(2) Les dispositions du présent titre relatives aux marchés publics de services ne s'appliquent pas aux marchés publics de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'article V (4) sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le Traité des CE.

#### **Art. IX. Concession de travaux**

(1) Dans le cas où les pouvoirs adjudicateurs concluent un contrat de concession de travaux, ils doivent respecter les règles de publicité à déterminer par un cahier des charges applicables aux marchés visés par l'article VI, lorsque la valeur de ce contrat de concession dépasse ou égale 5.000.000.- euros.

(2) Le pouvoir adjudicateur peut:

- soit imposer aux concessionnaires de travaux de confier à des tiers des marchés représentant un pourcentage minimal de 30% de la valeur globale de travaux faisant l'objet de la concession de travaux, tout en prévoyant la faculté pour les candidats de majorer ce pourcentage. Ce pourcentage minimal doit être indiqué dans le contrat de concession de travaux,
- soit inviter les candidats concessionnaires à indiquer eux-mêmes, dans leurs offres, le pourcentage, lorsqu'il existe, de la valeur globale des travaux, faisant l'objet de la concession de travaux qu'ils comptent confier à des tiers.

(3) Lorsque le concessionnaire est lui-même un pouvoir adjudicateur, il est tenu, pour les travaux à exécuter par des tiers, de respecter les dispositions du présent titre et du cahier des charges applicables aux marchés publics visés par ce titre.

#### **Art. X. Règles d'exécution**

Les mesures d'exécution du présent titre sont définies par un règlement grand-ducal qui institue un cahier des charges fixant les clauses et conditions des marchés publics à conclure par les pouvoirs adjudicateurs.

Les modifications à opérer à l'avenir dans les annexes ci-après sont publiées au Mémorial.

## ANNEXES

- Annexe I Liste des activités professionnelles correspondant à la nomenclature générale des activités économiques dans les Communautés européennes.
- Annexe II Liste des pouvoirs adjudicateurs soumis à l'accord AMP relatif aux marchés publics.
- Annexe III Liste des produits visés par l'article VI (2) a) en ce qui concerne les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs dans le domaine de la défense.
- Annexe IV Liste des services (A et B).

\*

## ANNEXE I

**Liste des activités professionnelles correspondant à la nomenclature générale  
des activités économiques dans les communautés européennes**

<i>Classes</i>	<i>Groupes</i>	<i>Sous-groupes et positions</i>	<i>Intitulé</i>
50	500	500.1 500.2	<b>BATIMENT ET GENIE CIVIL</b> <i>Bâtiment et génie civil (sans spécialisation), démolition</i> Construction de bâtiments et travaux de génie civil, sans spécialisation Démolition
	501	501.1 501.2 501.3 501.4 501.5 501.6 501.7	<i>Construction d'immeubles (d'habitation et autres)</i> Entreprises générales de bâtiment Entreprise de couverture Construction de cheminées et fours Entreprise d'étanchéité Entreprise de ravalement et d'entretien de façade Entreprise d'échafaudage Entreprise spécialisée dans d'autres activités du bâtiment (y compris charpente)
	502	502.1 502.2 502.3 502.4 502.5 502.6 502.7	<i>Génie civil: construction de routes, ponts, voies ferrées, etc.</i> Entreprise générale de génie civil Entreprise de terrassement à l'air libre Entreprise d'ouvrages d'art terrestres (à l'air libre ou en souterrain) Construction d'ouvrages d'art fluviaux et maritimes Construction de voies urbaines et de routes (y compris la construction spécialisée d'aérodromes) Entreprise spécialisée dans le domaine de l'eau (irrigation, drainage, adduction, évacuation des eaux usées, épuration) Entreprises spécialisées dans d'autres activités de génie civil

<i>Classes</i>	<i>Groupes</i>	<i>Sous-groupes et positions</i>	<i>Intitulé</i>
	503	503.1 503.2 503.3 503.4 503.5 503.6	<i>Installation</i> Entreprise d'installation générale Canalisation (installation de gaz, eau et appareils sanitaires) Installation de chauffage et de ventilation (installation de chauffage central, conditionnement d'air, ventilation) Isolation thermique, phonique et antivibratile Isolation d'électricité Installation d'antennes, paratonnerres, téléphones etc.
	504	504.1 504.2 504.3 504.4 504.5 504.6	<i>Aménagement et parachèvement</i> Aménagement général Plâtrerie Menuiserie en bois, principalement orientée vers la pose (y compris la pose de parquets) Peinture et vitrerie, collage de papiers peints Revêtement de sols et de murs (pose de carrelages, d'autres couvre-sols et de revêtements collés) Aménagements divers (pose de poêles de faïence, etc.)

\*

## ANNEXE II

**Liste des pouvoirs adjudicateurs centraux visés par l'article VI (2) a) et (3) c)**

1. Ministère de l'Agriculture: Administration des Services Techniques de l'Agriculture.
2. Ministère de la Coopération, de l'Action Humanitaire et de la Défense: Armée.
3. Ministère de l'Education Nationale: Lycées d'enseignement secondaire et d'enseignement secondaire technique.
4. Ministère de l'Environnement: Administration de l'Environnement.
5. Ministère d'Etat, département des Communications: Entreprise des P et T (Postes seulement).
6. Ministère de la Famille, de la Solidarité Sociale et de la Jeunesse: Maisons de Retraite de l'Etat, homes d'enfants.
7. Ministère de la Fonction Publique: Centre Informatique de l'Etat, Service central des Imprimés et des Fournitures de bureau de l'Etat.
8. Ministère de la Justice: Etablissements Pénitentiaires.
9. Ministère de l'Intérieur, Police Grand-Ducale, Protection Civile.
10. Ministère de la Santé Publique: Hôpital Neuropsychiatrique.
11. Ministère des Travaux Publics: Bâtiments publics – Ponts et Chaussées.

\*

## ANNEXE III

**Liste des produits visés par l'article VI (2) a) en ce qui concerne les marchés  
passés par les pouvoirs adjudicateurs dans le domaine de la défense**

Chapitre 25:	sel; soufre; terres et pierres; plâtres, chaux et ciments
Chapitre 26:	minerais métallurgiques, scories et cendres
Chapitre 27:	combustibles minéraux, huiles minérales et produits de leur distillation; matières bitumineuses; cires minérales <i>à l'exception de:</i> ex 27.10: carburants spéciaux
Chapitre 28:	produits chimiques inorganiques; composés inorganiques ou organiques de métaux précieux, d'éléments radioactifs, de métaux des terres rares et d'isotopes <i>à l'exception de:</i> ex 28.09: explosifs ex 28.13: explosifs ex 28.14: gaz lacrymogènes ex 28.28: explosifs ex 28.32: explosifs ex 28.39: explosifs ex 28.50: produits toxicologiques ex 28.51: produits toxicologiques ex 28.54: explosifs
Chapitre 29:	produits chimiques organiques <i>à l'exception de:</i> ex 29.03: explosifs ex 29.04: explosifs ex 29.07: explosifs ex 29.08: explosifs ex 29.11: explosifs ex 29.12: explosifs ex 29.13: produits toxicologiques ex 29.14: produits toxicologiques ex 29.15: produits toxicologiques ex 29.21: produits toxicologiques ex 29.22: produits toxicologiques ex 29.23: produits toxicologiques ex 29.26: explosifs ex 29.27: produits toxicologiques ex 29.29: explosifs
Chapitre 30:	produits pharmaceutiques
Chapitre 31:	engrais
Chapitre 32:	extraits tannants et tinctoriaux; tanins et leurs dérivés; matières colorantes, couleurs, peintures, vernis et teintures; mastics; encres
Chapitre 33:	huiles essentielles et résinoïdes; produits de parfumerie ou de toilette préparés et cosmétiques préparés
Chapitre 34:	savons, produits organiques tensio-actifs, préparations pour lessives, préparations lubrifiantes, cires artificielles, cires préparées, produits d'entretien, bougies et articles similaires, pâtes à modeler et cires pour l'art dentaire

Chapitre 35:	matières albuminoïdes; colles; enzymes
Chapitre 37:	produits photographiques et cinématographiques
Chapitre 38:	produits divers des industries chimiques <i>à l'exception de:</i> ex. 38.19: produits toxicologiques
Chapitre 39:	matières plastiques artificielles, éthers et esters de la cellulose, résines artificielles et ouvrages en ces matières <i>à l'exception de:</i> ex 39.03: explosifs
Chapitre 40:	caoutchouc naturel ou synthétique, factice pour caoutchouc et ouvrages en caoutchouc <i>à l'exception de:</i> ex 40.11: pneus à l'épreuve de balles
Chapitre 41:	peaux et cuirs
Chapitre 42:	ouvrages en cuir; articles de bourrellerie et de sellerie; articles de voyage, sacs à main et contenants similaires; ouvrages en boyaux
Chapitre 43:	pelletteries et fourrures; pelletteries factices
Chapitre 44:	bois, charbon de bois et ouvrages de bois
Chapitre 45:	liège et ouvrages en liège
Chapitre 46:	ouvrages de sparterie et de vannerie
Chapitre 47:	matières servant à la fabrication du papier
Chapitre 48:	papiers et cartons; ouvrages en pâte de cellulose, en papier et en carton
Chapitre 49:	articles de librairie et produits des arts graphiques
Chapitre 65:	coiffures et parties de coiffures
Chapitre 66:	parapluies, parasols, cannes, fouets, cravaches et leurs parties
Chapitre 67:	plumes et duvet apprêtés et articles en plumes ou en duvet; fleurs artificielles; ouvrages en cheveux
Chapitre 68:	ouvrages en pierres, plâtre, ciment, amiante, mica et matières analogues
Chapitre 69:	produits céramiques
Chapitre 70:	verre ou ouvrages en verre
Chapitre 71:	perles fines, pierres gemmes et similaires, métaux précieux, plaqués ou doublés de métaux précieux et ouvrages en ces matières; bijouterie de fantaisie
Chapitre 73:	fonte, fer et acier
Chapitre 74:	cuivre
Chapitre 75:	nickel
Chapitre 76:	aluminium
Chapitre 77:	magnésium, béryllium (glucinium)
Chapitre 78:	plomb

Chapitre 79:	zinc
Chapitre 80:	étain
Chapitre 81:	autres métaux communs
Chapitre 82:	outillage; articles de coutellerie ou couverts de table, en métaux communs <i>à l'exception de:</i> ex. 82.05: outillage ex 82.07: pièces d'outillage
Chapitre 83:	ouvrages divers en métaux communs
Chapitre 84:	chaudières, machines, appareils et engins métalliques <i>à l'exception de:</i> ex 84.06: moteurs ex 84.08: autres propulseurs ex 84.45: machines ex 84.53: machines automatiques de traitement de l'information ex 84.55: pièces du 84.53 ex 84.59: réacteurs nucléaires
Chapitre 85:	machines et appareils électriques et objets servant à des usages électrotechniques <i>à l'exception de:</i> ex 85.13: télécommunications ex 85.15: appareils de transmission
Chapitre 86:	véhicules et matériel pour voies ferrées; appareils de signalisation non électriques pour voies de communication <i>à l'exception de:</i> ex 86.02: locomotives blindées ex 86.03: autres locoblindées ex 86.05: wagons blindés ex 86.06: wagons ateliers ex 86.07: wagons
Chapitre 87:	voitures automobiles, tracteurs, cycles et autres véhicules terrestres <i>à l'exception de:</i> ex 87.08: chars et automobiles blindées ex 87.01: tracteurs ex 87.02: véhicules militaires ex 87.03: voitures de dépannage ex 87.09: motocycles ex 87.14: remorques
Chapitre 89:	navigation maritime et fluviale <i>à l'exception de:</i> 89.01A: bateaux de guerre

Chapitre 90:	instruments et appareils d'optique, de photographie et de cinématographie, de mesure, de vérification, de précision; instruments et appareils médico-chirurgicaux à l'exception de: ex 90.05: jumelles ex 90.13: instruments divers, lasers ex 90.14: télémètres ex 90.28: instruments de mesures électriques ou électroniques ex 90.11: microscopes ex 90.17: instruments médicaux ex 90.18: appareils de mécanothérapie ex 90.19: appareils d'orthopédie ex 90.20: appareils rayons X
Chapitre 91:	horlogerie
Chapitre 92:	instruments de musique; appareils d'enregistrement ou de reproduction du son; appareils d'enregistrement ou de reproduction des images et du son en télévision; parties et accessoires de ces instruments et appareils
Chapitre 94:	meubles; mobilier médico-chirurgical; articles de literie et similaires à l'exception de: ex 94.01A: sièges d'aérodynes
Chapitre 95:	matières à tailler et à mouler, à l'état travaillé (y compris les ouvrages)
Chapitre 96:	ouvrages de broserie et pinceaux, balais, houppes et articles de tamiserie
Chapitre 98:	ouvrages divers.

\*

## ANNEXE IV A

## Services au sens de l'article VII (3)

Catégorie	Désignation des services	Numéro de référence CPC
1	Services d'entretien et de réparation	6112, 6122, 633, 886
2	Services de transports terrestres <sup>1</sup> , y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier, à l'exclusion des transports de courrier	712 (sauf 71235), 7512, 87304
3	Services de transports aériens: transports de voyageurs et de marchandises, à l'exclusion des transports de courrier	73 (sauf 7321)
4	Transports de courrier par transport terrestre <sup>1</sup> et par air	71235, 7321
5	Services de télécommunications <sup>2</sup>	752
6	Services financiers a) services d'assurances b) services bancaires et d'investissement <sup>3</sup>	ex 81 812, 814
7	Services informatiques et services connexes	84
8	Services de recherche et de développement <sup>4</sup>	85

<i>Catégorie</i>	<i>Désignation des services</i>	<i>Numéro de référence CPC</i>
9	Services comptables, d'audit et de tenue de livres	862
10	Services d'études de marché et de sondages	864
11	Services de conseil en gestion <sup>5</sup> et services connexes	865, 866
12	Services d'architecture; services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère; services connexes de consultations scientifiques et techniques; services d'essais et d'analyses techniques	867
13	Services de publicité	871
14	Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés	874, 82201 à 82206
15	Services de publication et d'impression sur la base d'une redevance ou sur une base contractuelle	88442
16	Services de voirie et d'enlèvement des ordures; services d'assainissement et services analogues	94

- 1 A l'exclusion des services des transports ferroviaires couverts par la catégorie 18.
- 2 A l'exclusion des services de téléphonie vocale, de télex, de radiotéléphonie, d'appel unilatéral sans transmission de parole, ainsi que des services de transmission par satellite.
- 3 A l'exclusion des marchés des services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, ainsi que des services prestés par des banques centrales.
- 4 A l'exclusion des marchés des services de recherche et de développement autres que ceux dont les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité pour autant que la prestation du service soit entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur.
- 5 A l'exclusion des services d'arbitrage et de conciliation.

\*

## ANNEXE IV B

## Services au sens de l'article VII (7)

<i>Catégorie</i>	<i>Désignation des services</i>	<i>Numéro de référence CPC</i>
17	Services d'hôtellerie et de restauration	64
18	Services de transports ferroviaires	711
19	Services de transports par eau	72
20	Services annexes et auxiliaires des transports	74
21	Services juridiques	861
22	Services de placement et de fourniture de personnel	872
23	Services d'enquête et de sécurité, à l'exclusion des services de véhicules blindés	873 (sauf 87304)
24	Services d'éducation et de formation professionnelle	92
25	Services sociaux et sanitaires	93
26	Services récréatifs, culturels et sportifs	96
27	Autres services	

## TITRE 3

**Marchés tombant dans le champ d'application de la Directive N° 93/38/CEE du 14 juin 1993 relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications telle qu'elle a été modifiée par la Directive 98/4/CE du Parlement Européen et du Conseil du 16 février 1998**

**Art. XI. Définitions**

Aux fins du présent titre on entend par:

- (1) „pouvoirs publics“: l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public.  
Est considéré comme un organisme de droit public, tout organisme:
- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial
  - et
  - doté d'une personnalité juridique
  - et
  - dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public;
- (2) „entreprise publique“: toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs publics, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise:
- détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise ou
  - disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise
  - ou
  - peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise;
- (3) „entreprise liée“: toute entreprise dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice conformément aux exigences de la septième directive 83/349/CEE du Conseil, du 13 juin 1983, fondée sur l'article 54, paragraphe 3, point g) du traité, concernant les comptes consolidés ou, dans le cas d'entités non soumises à cette directive, toute entreprise sur laquelle l'entité adjudicatrice peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, au sens du point (2) du présent article ou qui peut exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice ou qui, comme l'entité adjudicatrice, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent;
- (4) „marchés de fournitures, de travaux et de services“: des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre une des entités adjudicatrices définies à l'article XII et un fournisseur, entrepreneur ou un prestataire de services et qui ont pour objet:
- a) dans le cas des marchés de fournitures, l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente avec ou sans option d'achat, de produits.
  - b) dans le cas des marchés de travaux, soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, de travaux de bâtiment ou de génie civil visés à l'annexe II. Ces marchés peuvent comporter, en outre, les fournitures et les services nécessaires à leur exécution.
  - c) dans le cas des marchés de services, tout autre objet que ceux visés aux points a) et b) et à l'exclusion:
    - i) des marchés qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui

- concernent des droits sur ces biens: toutefois les contrats de services financiers conclus parallèlement, préalablement ou consécutivement au contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, sont soumis à la présente directive;
- ii) des marchés qui ont pour objet les services de téléphonie vocale, de télex, de radiotéléphonie mobile, de radiomessagerie et de télécommunications par satellite;
  - iii) des marchés visant les services d'arbitrage et de conciliation;
  - iv) des marchés relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers;
  - v) des marchés de l'emploi;
  - vi) des marchés des services de recherche et de développement autres que ceux dont les fruits appartiennent exclusivement à l'entité adjudicatrice pour son usage dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation du service soit entièrement rémunérée par l'entité adjudicatrice. Les marchés qui incluent des services et des fournitures sont considérés comme des marchés de fournitures lorsque la valeur totale des fournitures est supérieure à la valeur des services couverts par le marché;
- (5) „accord-cadre“: un accord entre une des entités adjudicatrices définies à l'article XII et un ou plusieurs fournisseurs, entrepreneurs ou prestataires de services et qui a pour objet de fixer les termes, notamment en matière de prix et, le cas échéant, de quantités envisagées, de marchés à passer au cours d'une période donnée;
- (6) „soumissionnaire“: le fournisseur, l'entrepreneur ou le prestataire de services qui présente une offre, et „candidat“: celui qui sollicite une invitation à participer à une soumission restreinte avec présélection ou à un marché négocié; le prestataire de services peut être une personne physique ou morale, y inclus une entité adjudicatrice au sens de l'article XII;
- (7) „soumissions publiques, soumissions restreintes avec présélection ou marchés négociés“: les procédures de passation appliquées par les entités adjudicatrices et dans lesquelles:
- a) en ce qui concerne les soumissions publiques, tout fournisseur, tout entrepreneur ou tout prestataire de services intéressé peut soumissionner;
  - b) en ce qui concerne les soumissions restreintes avec présélection, seuls les candidats invités par l'entité adjudicatrice peuvent soumissionner;
  - c) en ce qui concerne les marchés négociés, l'entité adjudicatrice consulte les fournisseurs, les entrepreneurs ou les prestataires de services de son choix et négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux;
- (8) „spécifications techniques“: les exigences techniques contenues notamment dans les cahiers des charges, définissant les caractéristiques requises d'un travail, d'un matériau, d'un produit, d'une fourniture ou d'un service et permettant de caractériser objectivement un travail, un matériau, un produit, une fourniture ou un service de manière telle qu'ils répondent à l'usage auquel ils sont destinés par l'entité adjudicatrice. Ces prescriptions techniques peuvent inclure la qualité ou la propriété d'emploi, la sécurité, les dimensions ainsi que les prescriptions applicables au matériau, au produit, à la fourniture ou au service en ce qui concerne le système d'assurance de la qualité, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essai, l'emballage, le marquage et l'étiquetage. Lorsqu'il s'agit de travaux, elles peuvent également inclure des règles pour la conception et le calcul des coûts, des conditions d'essais, de contrôle et de réception des ouvrages ainsi que les techniques ou méthodes de construction et toutes les autres conditions de caractère technique que l'entité adjudicatrice est à même de prescrire sur la base d'une réglementation générale ou particulière en ce qui concerne les ouvrages terminés et en ce qui concerne les matériaux ou les éléments constituant ces ouvrages;
- (9) „norme“: la spécification technique approuvée par un organisme reconnu à activité normative, pour application répétée ou continue, dont le respect n'est, en principe, pas obligatoire;
- (10) „norme européenne“: la norme approuvée par le Comité européen de normalisation (CEN) ou par le Comité européen de normalisation électrotechnique (Cenelec) en tant que „norme européenne (EN)“ ou „document d'harmonisation (HD)“, conformément aux règles communes de ces organismes, ou par l'Institut européen de normes de télécommunications (ETSI), conformément à ses propres règles, en tant que norme européenne de télécommunications (ETS);

- (11) „spécification technique commune“: la spécification technique élaborée selon une procédure qui est reconnue par les Etats membres en vue d'en assurer l'application uniforme dans tous les Etats membres et qui aura fait l'objet d'une publication au Journal officiel des Communautés européennes;
- (12) „agrément technique européen“: l'appréciation technique favorable de l'aptitude d'un produit, fondée sur la satisfaction des exigences essentielles, à un emploi déterminé, pour la construction, selon les caractéristiques intrinsèques de ce produit et les conditions établies de mise en oeuvre et d'utilisation telles qu'elles sont prévues dans le règlement grand-ducal modifié du 10 août 1992 concernant les produits de construction. L'agrément technique européen est délivré par l'organisme agréé à cet effet par l'Etat membre;
- (13) „spécification européenne“: une spécification technique commune, un agrément technique européen ou une norme nationale transposant une norme européenne;
- (14) „réseau public de télécommunications“: l'infrastructure publique de télécommunications qui permet le transport de signaux entre des points de terminaison définis du réseau par fils, par faisceaux hertziens, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques.  
Un „point de terminaison du réseau“ est l'ensemble des connexions physiques et des spécifications techniques d'accès qui font partie du réseau public de télécommunications et sont nécessaires pour avoir accès à ce réseau public et communiquer efficacement par son intermédiaire;
- (15) „services publics de télécommunications“: les services de télécommunications dont l'offre a été confiée spécifiquement à une ou plusieurs entités de télécommunications;  
„services de télécommunications“: les services qui consistent, en tout ou en partie, en la transmission et l'acheminement de signaux sur le réseau public de télécommunications par des procédés de télécommunications, à l'exception de la radiodiffusion et de la télévision;
- (16) „concours“: les procédures nationales qui permettent à l'entité adjudicatrice d'acquérir, principalement dans le domaine de l'architecture, de l'ingénierie ou des traitements de données, un plan ou un projet qui est choisi par un jury après mise en concurrence avec ou sans attribution de primes.

## **Art. XII. Champ d'application**

(1) Le présent titre s'applique aux entités adjudicatrices:

- a) qui sont des pouvoirs publics ou des entreprises publiques et qui exercent une des activités visées au paragraphe (2);
- b) qui, lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs publics ou des entreprises publiques, exercent, parmi leurs activités, une des activités visées au paragraphe (2) ou plusieurs de ces activités et bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente.

(2) Les activités relevant du champ d'application du présent titre sont les suivantes:

- a) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution:
  - i) d'eau potable  
ou
  - ii) d'électricité  
ou
  - iii) de gaz ou de chaleur ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable, en électricité, en gaz ou en chaleur;
- b) l'exploitation d'une aire géographique dans le but:
  - i) de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides  
ou
  - ii) de mettre à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux, des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou autres terminaux de transport;
- c) l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus ou autobus ou câble.

En ce qui concerne les services de transport, il est considéré qu'un réseau existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par une autorité compétente, telles que les conditions relatives aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible ou à la fréquence du service;

- d) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture d'un ou de plusieurs services publics de télécommunications.

(3) Pour l'application du paragraphe (1) point b), les droits spéciaux ou exclusifs sont des droits qui résultent d'une autorisation octroyée par une autorité compétente au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité définie au paragraphe (2).

Une entité adjudicatrice est considérée comme bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, notamment:

- a) lorsque, pour la construction des réseaux ou la mise en place des installations visées au paragraphe (2), cette entité peut jouir d'une procédure d'expropriation publique ou d'une mise en servitude, ou utiliser le sol, le sous-sol et l'espace au-dessus de la voie publique pour mettre en place les équipements de réseaux;
- b) lorsque, dans le cas du paragraphe (2) point a), cette entité alimente en eau potable, électricité, gaz ou chaleur, un réseau qui est lui-même exploité par une entité bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs octroyés par une autorité compétente.

(4) La fourniture au public d'un service de transport par autobus n'est pas considérée comme une activité au sens du paragraphe (2) point c), lorsque d'autres entités peuvent librement fournir ce service, soit d'une manière générale, soit dans une aire géographique spécifique, dans les mêmes conditions que les entités adjudicatrices.

(5) L'alimentation en eau potable, en électricité, en gaz ou en chaleur de réseaux destinés à fournir un service au public par une entité adjudicatrice autre que les pouvoirs publics n'est pas considérée comme une activité au sens du paragraphe (2) point a) lorsque

- a) dans le cas de l'eau potable ou de l'électricité:
- la production d'eau potable ou d'électricité par l'entité concernée a lieu parce que sa consommation est nécessaire à l'exercice d'une activité autre que celle visée au paragraphe (2)
  - et
  - l'alimentation du réseau public ne dépend que de la consommation propre de l'entité et n'a pas dépassé 30% de la production totale d'eau potable ou d'énergie de l'entité prenant en considération la moyenne des trois dernières années, y inclus l'année en cours;
- b) dans le cas du gaz ou de la chaleur:
- la production de gaz ou de chaleur par l'entité concernée est le résultat inéluctable de l'exercice d'une activité autre que celle visée au paragraphe (2)
  - et
  - l'alimentation du réseau public ne vise qu'à exploiter de manière économique cette production et correspond à 20% du chiffre d'affaires au maximum de l'entité en prenant en considération la moyenne des trois dernières années, y inclus l'année en cours.

(6) Les entités adjudicatrices énumérées à l'annexe I répondent aux critères énoncés ci-avant. Les modifications de cette annexe sont à notifier à la Commission.

(7) Une demande peut être introduite auprès de la Commission en vue de prévoir que l'exploitation d'aires géographiques dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides n'est pas considérée comme une activité visée au paragraphe (2) point b) sous i) ou que les entités ne sont pas considérées comme bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs au sens du paragraphe (3) point b) pour exploiter une ou plusieurs de ces activités, lorsque toutes les conditions énumérées ci-après sont remplies au regard des dispositions nationales pertinentes concernant ces activités:

- a) quand il est exigé une autorisation en vue d'exploiter une telle aire géographique, d'autres entités sont libres de demander également une telle autorisation aux mêmes conditions que celles auxquelles se trouvent soumises les entités adjudicatrices;

- b) les capacités techniques et financières que doivent posséder les entités pour exercer des activités particulières sont établies avant toute évaluation des mérites respectifs des candidats en compétition pour l'obtention de l'autorisation;
  - c) l'autorisation d'exercer ces activités est octroyée sur la base de critères objectifs concernant les moyens envisagés pour exercer la prospection ou l'extraction, qui sont établis et publiés avant l'introduction des demandes d'autorisation; ces critères doivent être appliqués de manière non discriminatoire;
  - d) toutes les conditions et exigences concernant l'exercice ou l'arrêt de l'activité, y compris les dispositions relatives aux obligations liées à l'exercice, aux redevances et à la participation au capital ou au revenu des entités, sont établies et mises à disposition avant l'introduction des demandes d'autorisation et doivent être appliquées de manière non discriminatoire; tout changement concernant ces conditions et exigences doit être appliqué à toutes les entités concernées, ou être amendé de manière non discriminatoire; toutefois, il n'est nécessaire d'établir les obligations liées à l'exercice qu'au moment qui précède l'octroi de l'autorisation
- et
- e) les entités adjudicatrices ne sont obligées par aucune loi, aucun règlement ou aucune exigence administrative, ni par aucun accord ou aucune entente, à fournir des informations sur les sources envisagées ou actuelles concernant leurs achats, sauf à la demande d'autorités nationales et exclusivement en vue des objectifs mentionnés à l'article 36 du traité.

(8) En cas d'application du paragraphe (7) à travers les conditions d'autorisation ou d'autres mesures appropriées, chaque entité doit:

- a) observer les principes de non-discrimination et de mise en concurrence pour l'attribution des marchés de fournitures, de travaux et de services, en particulier en ce qui concerne l'information qu'elle met à la disposition des entreprises s'agissant de ses intentions de passation de marchés;
- b) communiquer à la Commission, dans les conditions à définir par celle-ci, des informations relatives à l'octroi des marchés.

(9) En ce qui concerne les concessions ou autorisations individuelles accordées avant la date de mise en application du présent titre, le paragraphe (7) points a), b) et c) ne s'applique pas si, à cette date, d'autres entités sont libres de demander une autorisation, pour l'exploitation d'aires géographiques dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides, sur une base non discriminatoire et en fonction de critères objectifs. Le paragraphe (7) point d) n'est pas applicable lorsque les conditions et exigences ont été établies, appliquées ou amendées avant la date visée ci-dessus.

(10) En cas d'application du paragraphe (7), la Commission en est à informer en lui communiquant toute disposition législative, réglementaire ou administrative, tout accord ou toute entente relatifs au respect des conditions énumérées aux paragraphes (7) et (8).

- (11) a) Les entités adjudicatrices peuvent considérer un accord-cadre comme un marché au sens de l'article XI paragraphe (4) et l'attribuer conformément aux dispositions du présent titre.
- b) Lorsque les entités adjudicatrices ont passé un accord-cadre conformément aux dispositions du présent titre, elles peuvent recourir à l'article XIII paragraphe (6) point i) lorsqu'elles passent des marchés qui sont fondés sur cet accord.
- c) Lorsqu'un accord-cadre n'a pas été passé conformément aux dispositions du présent titre, les entités adjudicatrices ne peuvent pas recourir à l'article XIII paragraphe (6) point i).
- d) Les entités adjudicatrices ne peuvent pas recourir aux accords-cadres de façon abusive avec pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.

(12) Le présent titre ne s'applique pas aux marchés ou aux concours que les entités adjudicatrices passent à des fins autres que la poursuite de leurs activités visées au paragraphe (2) ou pour la poursuite de ces activités dans un pays tiers, dans des conditions n'impliquant pas l'exploitation physique d'un réseau ou d'une aire géographique à l'intérieur de la Communauté.

(13) Toutefois, le présent titre s'applique également aux marchés ou concours qui sont passés ou organisés par les entités exerçant une activité visée au paragraphe (2) point a) sous i) et qui:

a) sont liés à des projets de génie hydraulique, à l'irrigation ou au drainage, pour autant que le volume d'eau destiné à l'approvisionnement en eau potable représente plus de 20% du volume total d'eau mis à disposition par ces projets ou par ces installations d'irrigation ou de drainage

ou

b) sont liés à l'évacuation ou au traitement des eaux usées.

(14) Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission, sur sa demande, toute activité qu'elles considèrent comme exclue en vertu du paragraphe (12).

(15) Le présent titre ne s'applique pas aux marchés passés à des fins de revente ou de location à des tiers, lorsque l'entité adjudicatrice ne bénéficie d'aucun droit spécial ou exclusif pour vendre ou louer l'objet de ces marchés et lorsque d'autres entités peuvent librement les vendre ou les louer dans les mêmes conditions que l'entité adjudicatrice.

(16) Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission, sur sa demande, toutes les catégories de produits qu'elles considèrent comme exclues en vertu du paragraphe (15).

(17) Le présent titre ne s'applique pas aux marchés qu'une entité adjudicatrice exerçant une activité visée au paragraphe (2) point d) passe pour ses achats destinés exclusivement à lui permettre d'assurer un ou plusieurs services de télécommunications lorsque d'autres entités sont libres d'offrir les mêmes services dans la même aire géographique et dans des conditions substantiellement identiques.

(18) Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission, sur sa demande, les services qu'elles considèrent comme exclus en vertu du paragraphe (17).

(19) Le présent titre ne s'applique pas:

a) aux marchés que les entités adjudicatrices énumérées à l'annexe I 1) passent pour l'achat d'eau;

b) aux marchés que les entités adjudicatrices énumérées à l'annexe I 2) à 5) passent pour la fourniture d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie.

(20) Le présent titre ne s'applique pas aux marchés lorsqu'ils sont déclarés secrets par le Gouvernement ou lorsque leur exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur ou lorsque la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'Etat l'exige.

(21) Le présent titre ne s'applique pas aux marchés de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'article V (4) de la présente loi concernant le régime des marchés publics de travaux et de fournitures sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité.

(22) Le présent titre ne s'applique pas aux marchés régis par des règles procédurales différentes et passés en vertu:

a) d'un accord international conclu, en conformité avec le traité, entre le Luxembourg et un ou plusieurs pays tiers et portant sur des fournitures, des travaux, des services ou des concours destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un ouvrage par les Etats signataires; tout accord sera communiqué à la Commission;

b) d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises luxembourgeoises ou d'un pays tiers;

c) de la procédure spécifique d'une organisation internationale.

(23) Le présent titre ne s'applique pas aux marchés de services:

a) qu'une entité adjudicatrice passe auprès d'une entreprise liée;

b) passés par une coentreprise, constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de la poursuite des activités au sens du paragraphe (2) auprès d'une de ces entités adjudicatrices ou d'une entreprise liée

à une de ces entités adjudicatrices, pour autant que 80% au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise a réalisé dans la Communauté au cours des trois dernières années en matière de services provienne de la fourniture de ces services aux entreprises auxquelles elle est liée.

Lorsque le même service ou des services similaires sont prestés par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, il doit être tenu compte du chiffre d'affaires total dans la Communauté résultant de la fourniture de services par ces entreprises.

(24) Les entités adjudicatrices notifient à la Commission, sur sa demande, les informations suivantes relatives à l'application des dispositions du paragraphe (23):

- les noms des entreprises concernées,
- la nature et la valeur des marchés de services visés,
- les éléments que la Commission juge nécessaires pour prouver que les relations entre l'entité adjudicatrice et l'entreprise à laquelle les marchés sont attribués répondent aux exigences du paragraphe (23).

(25) Le présent titre s'applique:

- a) aux marchés passés par les entités adjudicatrices qui exercent des activités dans le secteur des télécommunications lorsque la valeur estimée hors TVA de ces marchés, égale ou dépasse:
  - i) 600.000 euros en ce qui concerne les marchés de fournitures et de services;
  - ii) 5.000.000 euros en ce qui concerne les marchés de travaux;
- b) aux marchés passés par les entités adjudicatrices qui exercent des activités dans les secteurs mentionnés aux points 1), 2), 7), 8) et 9) de l'annexe I lorsque la valeur estimée hors TVA de ces marchés, égale ou dépasse:
  - i) l'équivalent en euros de 400.000 droits de tirage spéciaux (DTS) en ce qui concerne les marchés de fournitures et les marchés de services figurant à l'annexe IIIA, à l'exception des services de recherche et de développement énumérés dans la catégorie 8 et des services de télécommunications de la catégorie 5, dont les numéros de référence CPC sont 7524, 7525 et 7525;
  - ii) 400.000 euros en ce qui concerne les marchés de services autres que ceux mentionnés au point i);
  - iii) l'équivalent en euros de 5.000.000 DTS en ce qui concerne les marchés de travaux;
- c) aux marchés passés par les entités adjudicatrices qui exercent des activités dans les secteurs mentionnés aux points 3), 4), 5) et 6) de l'annexe I lorsque la valeur estimée hors TVA de ces marchés, égale ou dépasse:
  - i) 400.000 euros en ce qui concerne les marchés de fournitures et de services;
  - ii) 5.000.000 euros en ce qui concerne les marchés de travaux.

(26) Aux fins du calcul du montant estimé d'un marché de services, l'entité adjudicatrice inclut la rémunération totale du prestataire compte tenu des éléments visés aux paragraphes (27) à (37).

(27) Aux fins du calcul du montant estimé de marchés de services financiers, les montants suivants sont pris en compte:

- pour ce qui est des services d'assurance, la prime payable,
- pour ce qui est des services bancaires et autres services financiers, les honoraires, commissions, intérêts et autres modes de rémunérations,
- pour ce qui est des marchés impliquant la conception, les honoraires ou la commission payables.

(28) Lorsqu'il s'agit de marchés de fournitures ayant pour objet le crédit-bail, la location ou la location-vente, doit être prise comme base pour le calcul de la valeur du marché:

- a) dans le cas de marchés ayant une durée déterminée, lorsque celle-ci est égale ou inférieure à douze mois, la valeur totale estimée pour la durée du marché ou, lorsque la durée du marché est supérieure à douze mois, la valeur totale du marché incluant le montant estimé de la valeur résiduelle;
- b) dans le cas de marchés ayant une durée indéterminée ou dans le cas où la durée ne peut être définie, le total prévisible des versements à payer au cours des quatre premières années.

(29) Lorsqu'il s'agit de marchés de services n'indiquant pas un prix total, doit être prise comme base pour le calcul du montant estimé des marchés:

- dans l'hypothèse de marchés ayant une durée déterminée, dans la mesure où celle-ci est égale ou inférieure à quarante-huit mois, la valeur totale pour toute leur durée,
- dans l'hypothèse de marchés ayant une durée indéterminée ou supérieure à quarante-huit mois, la valeur mensuelle multipliée par 48.

(30) Lorsqu'un marché de fournitures ou de services envisagé prévoit expressément des options, le montant total maximal autorisé de l'achat, du crédit-bail, de la location ou de la location-vente, y compris le recours aux options, doit être pris comme base pour déterminer la valeur du marché.

(31) Lorsqu'il s'agit d'une acquisition de fournitures ou de services pour une période donnée par le biais d'une série de marchés à attribuer à un ou plusieurs fournisseurs ou prestataires de services ou de marchés destinés à être renouvelés, le calcul de la valeur du marché doit être fondé:

- a) sur la valeur totale des marchés qui ont été passés au cours de l'exercice ou des douze mois précédents et qui présentaient des caractéristiques similaires, corrigés si possible pour tenir compte des modifications prévisibles en quantité ou en valeur qui surviendraient au cours des douze mois suivants
- ou
- b) sur la valeur cumulée des marchés à passer au cours des douze mois qui suivent l'attribution du premier marché, ou au cours de toute la durée du marché lorsque celle-ci est supérieure à douze mois.

(32) Le calcul de la valeur estimée d'un marché comportant à la fois des services et des fournitures doit être basé sur la valeur totale des services et des fournitures quelles que soient leurs parts respectives. Ce calcul comprend la valeur des opérations de pose et d'installation.

(33) Le calcul de la valeur d'un accord-cadre doit être fondé sur la valeur maximale estimée de l'ensemble des marchés envisagés pour la période donnée.

(34) Le calcul de la valeur d'un marché de travaux aux fins de l'application du paragraphe (25) doit être fondé sur la valeur totale de l'ouvrage. On entend par ouvrage le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique et technique.

Lorsque, notamment, une fourniture, un ouvrage ou un service est réparti en plusieurs lots, la valeur de chaque lot doit être prise en compte pour l'évaluation de la valeur indiquée au paragraphe (25). Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse la valeur indiquée au paragraphe (25), les dispositions de ce paragraphe s'appliquent à tous les lots. Il en est de même lorsqu'au cas où la réalisation de l'ouvrage requiert l'intervention de plusieurs corps de métiers, le pouvoir adjudicateur décide de conclure un ou plusieurs marchés pour les prestations relevant de chaque corps de métier. Toutefois, dans le cas de marchés de travaux, les entités adjudicatrices peuvent déroger à l'application du paragraphe (25) pour des lots dont la valeur estimée hors TVA est inférieure à 1.000.000 euros, pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20% de la valeur de l'ensemble des lots.

(35) Aux fins de l'application du paragraphe (25), les entités adjudicatrices incluent dans la valeur estimée des marchés de travaux la valeur de toutes les fournitures ou de tous les services nécessaires à l'exécution des travaux et qu'elles mettent à la disposition de l'entrepreneur.

(36) La valeur des fournitures ou des services qui ne sont pas nécessaires à l'exécution d'un marché particulier de travaux ne peut être ajoutée à la valeur de ce marché avec pour effet de soustraire l'acquisition de ces fournitures ou de ces services à l'application du présent titre.

(37) Les entités adjudicatrices ne peuvent pas contourner l'application du présent titre en scindant les marchés ou en utilisant des modalités particulières de calcul de la valeur des marchés.

(38) La fixation par les organes communautaires de la contre-valeur en euros des seuils d'application visés au paragraphe (25) ainsi que les révisions des valeurs de ces seuils sont publiées au Mémorial.

(39) Le présent titre ne s'applique pas aux services énumérés à l'annexe III B. Pour ces marchés égaux ou supérieurs au seuil indiqué au paragraphe (25) sub b) ii), seules les règles communes dans le domaine technique et l'obligation de l'information de la passation d'un marché de services, à déterminer par un cahier général des charges, sont applicables.

(40) Le présent titre s'applique aux marchés qui ont pour objet à la fois des services figurant dans l'annexe III A et des services figurant dans l'annexe III B lorsque la valeur des services figurant dans l'annexe III A dépasse celle des services figurant dans l'annexe III B. Dans les autres cas, le paragraphe (39) ci-dessus est applicable.

### **Art. XIII. Procédures**

(1) Pour passer leurs marchés de fournitures, de travaux et de services ou organiser leurs concours, les entités adjudicatrices appliquent les procédures définies à l'article XI (7).

(2) Les entités adjudicatrices veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre fournisseurs, entrepreneurs ou prestataires de services.

(3) Lors de la transmission des spécifications techniques aux fournisseurs, entrepreneurs ou prestataires de services intéressés, lors de la qualification et de la sélection des fournisseurs, entrepreneurs ou prestataires de services, et lors de l'attribution des marchés, les entités adjudicatrices peuvent imposer des exigences en vue de protéger le caractère confidentiel des informations qu'elles transmettent.

(4) Le présent titre ne limite pas le droit des fournisseurs, entrepreneurs ou prestataires de services d'exiger de la part d'une entité adjudicatrice, en conformité avec la législation nationale, le respect du caractère confidentiel des informations qu'ils transmettent.

(5) Les entités adjudicatrices peuvent choisir l'une des procédures définies à l'article XI paragraphe (7), pour autant que, sous réserve du paragraphe (6) ci-après, une mise en concurrence ait été effectuée suivant les modalités à déterminer dans un cahier général des charges prévu par le titre II du présent règlement.

(6) Les entités adjudicatrices peuvent recourir au marché négocié sans mise en concurrence préalable dans les cas suivants:

- a) lorsqu'aucune offre ou aucune offre appropriée n'a été déposée en réponse à une procédure avec mise en concurrence préalable, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées;
- b) lorsqu'un marché est passé uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement et non dans le but d'assurer une rentabilité ou de récupérer les coûts de recherche et développement et dans la mesure où la passation d'un tel marché ne porte pas préjudice à la mise en concurrence des marchés subséquents qui poursuivent notamment ces buts;
- c) lorsque, en raison de leur spécificité technique, artistique ou pour des raisons tenant à la protection des droits d'exclusivité, l'exécution du marché ne peut être confiée qu'à un fournisseur, un entrepreneur ou prestataire de services déterminé;
- d) dans la mesure strictement nécessaire lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour les entités adjudicatrices ne permet pas de respecter les délais exigés par les soumissions publiques ou restreintes avec présélection;
- e) dans le cas de marchés de fournitures pour des livraisons complémentaires effectuées par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'entité adjudicatrice à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés d'utilisation et d'entretien disproportionnées;
- f) pour les travaux ou les services complémentaires ne figurant pas dans le projet initialement adjugé ni dans le premier marché conclu et devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de ce marché, à condition que l'attribution soit faite à l'entrepreneur ou au prestataire de services qui exécute le marché initial.

- lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour les entités adjudicatrices,  
ou
  - lorsque ces travaux ou services complémentaires, quoique séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement;
- g) dans le cas de marchés de travaux, pour de nouveaux travaux consistant dans la répétition d'ouvrages similaires confiés à l'entreprise titulaire d'un premier marché attribué par les mêmes entités adjudicatrices, à condition que ces travaux soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un premier marché passé après mise en concurrence. La possibilité de recourir à cette procédure doit être indiquée dès la mise en concurrence de la première opération et le montant total envisagé pour la suite des travaux est pris en considération par les entités adjudicatrices pour l'application des dispositions de l'article XII paragraphes (25) à (37);
- h) lorsqu'il s'agit de fournitures cotées et achetées en bourse;
- i) pour les marchés à passer sur la base d'un accord-cadre, pour autant que la condition mentionnée à l'article XII paragraphe (11) b) est remplie;
- j) pour les achats d'opportunité, lorsqu'il est possible d'acquérir des fournitures en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui s'est présentée dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché;
- k) pour l'achat de fournitures dans des conditions particulièrement avantageuses soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales, soit auprès des curateurs ou liquidateurs d'une faillite, d'un concordat judiciaire ou d'une procédure de même nature;
- l) lorsque le marché de services considéré fait suite à un concours organisé conformément aux dispositions à déterminer par un cahier général des charges, et doit, conformément aux règles applicables, être attribué au lauréat ou à un des lauréats de ce concours. Pour ce dernier cas, tous les lauréats du concours doivent être invités à participer aux négociations.

#### **Art. XIV. Règles d'exécution**

Les mesures d'exécution du présent titre sont définies par un règlement grand-ducal qui institue un cahier des charges fixant les clauses et conditions des marchés à conclure par les entités adjudicatrices.

Les modifications à opérer à l'avenir dans les annexes ci-après sont publiées au Mémorial.

## ANNEXES

- Annexe I: Liste des pouvoirs adjudicateurs luxembourgeois répondant aux critères déterminés par le titre 3 de la loi du ...
- Annexe II: Liste des activités professionnelles correspondant à la nomenclature générale des activités économiques dans les Communautés européennes
- Annexe III: Services catégories A et B

\*

## ANNEXE I

**Liste des pouvoirs adjudicateurs luxembourgeois répondant  
aux critères déterminés par le titre 3 de la loi du ...**

- 1) Production, transport ou distribution d'eau potable:
  - Services des autorités locales chargés de la distribution d'eau.
  - Syndicats de communes chargés de la production ou de la distribution d'eau et créés en vertu de la loi du 14 février 1900 concernant la création des syndicats de communes telle qu'elle a été modifiée et complétée par la loi du 23 décembre 1958 et par la loi du 29 juillet 1981 et en vertu de la loi du 31 juillet 1962 ayant pour objet le renforcement de l'alimentation en eau potable du Grand-Duché du Luxembourg à partir du réservoir d'Esch-sur-Sûre.
- 2) Production, transport ou distribution d'électricité:
  - Compagnie grand-ducale d'électricité de Luxembourg (CEGEDEL), produisant ou distribuant l'électricité en vertu de la convention du 11 novembre 1927 concernant l'établissement et l'exploitation des réseaux de distribution d'énergie électrique dans le Grand-Duché du Luxembourg, approuvée par la loi du 4 janvier 1928.
  - Société électrique de l'Our (SEO).
  - Syndicat de communes SIDOR.
- 3) Transport ou distribution de gaz ou de chaleur:
  - Société de transport de gaz SOTEG S.A.
  - Gaswierk Esch-Uelzecht S.A.
  - Service industriel de la Ville de Dudelange.
  - Service industriel de la Ville de Luxembourg.
  - Autorités locales ou associations formées par ces autorités locales, chargées de la distribution de chaleur.
- 4) Prospection et extraction de pétrole ou de gaz:
  -
- 5) Prospection et extraction du charbon et d'autres combustibles solides:
  -
- 6) Services de Chemin de fer:
  - Chemins de fer luxembourgeois (CFL).
- 7) Services de Chemin de fer urbains, de tramway, de trolley ou d'autobus:
  - Chemins de fer du Luxembourg (CFL).
  - Service communal des autobus municipaux de la Ville de Luxembourg.
  - Transports intercommunaux du canton d'Esch-sur-Alzette (TICE).
  - Les entrepreneurs d'autobus, exploitant conformément au règlement grand-ducal du 3 février 1978 concernant les conditions d'octroi des autorisations d'établissement et d'exploitation des services de transports routiers réguliers de personnes rémunérées.
- 8) Installations aéroportuaires:
  - Aéroport du Findel.

- 9) Installations portuaires maritimes ou intérieures ou autres terminaux:  
 – Port de Mertert, créé et exploité en vertu de la loi du 22 juillet 1963 relative à l'aménagement et à l'exploitation d'un port fluvial sur la Moselle.
- 10) Télécommunications:  
 – Entreprise des Postes et Télécommunications.

\*

## ANNEXE II

**Liste des activités professionnelles correspondant à la nomenclature générale  
des activités économiques dans les communautés européennes**

<i>Classes</i>	<i>Groupes</i>	<i>Sous-groupes et positions</i>	<i>Intitulé</i>
50	500	500.1 500.2	<b>BATIMENT ET GENIE CIVIL</b> <i>Bâtiment et génie civil (sans spécialisation), démolition</i> Construction de bâtiments et travaux de génie civil, sans spécialisation Démolition
	501	501.1 501.2 501.3 501.4 501.5 501.6 501.7	<i>Construction d'immeubles (d'habitation et autres)</i> Entreprises générales de bâtiment Entreprises de couverture Construction de cheminées et fours Entreprise d'étanchéité Entreprise de ravalement et d'entretien de façade Entreprise d'échafaudage Entreprise spécialisée dans d'autres activités du bâtiment (y compris charpente)
	502	502.1 502.2 502.3 502.4 502.5 502.6 502.7	<i>Génie civil: construction de routes, ponts, voies ferrées, etc.</i> Entreprise générale de génie civil Entreprise de terrassement à l'air libre Entreprise d'ouvrages d'art terrestres (à l'air libre ou en souterrain) Construction d'ouvrages d'art fluviaux et maritimes Construction de voies urbaines et de routes (y compris la construction spécialisée d'aérodromes) Entreprise spécialisée dans le domaine de l'eau (irrigation, drainage, adduction, évacuation des eaux usées, épuration) Entreprises spécialisées dans d'autres activités de génie civil

<i>Classes</i>	<i>Groupes</i>	<i>Sous-groupes et positions</i>	<i>Intitulé</i>
	503	503.1 503.2 503.3 503.4 503.5 503.6	<i>Installation</i> Entreprise d'installation générale Canalisation (installation de gaz, eau et appareils sanitaires) Installation de chauffage et de ventilation (installation de chauffage central, conditionnement d'air, ventilation) Isolation thermique, phonique et antivibratile Isolation d'électricité Installation d'antennes, paratonnerres, téléphones etc.
	504	504.1 504.2 504.3 504.4 504.5 504.6	<i>Aménagement et parachèvement</i> Aménagement général Plâtrerie Menuiserie en bois, principalement orientée vers la pose (y compris la pose de parquets) Peinture et vitrerie, collage de papiers peints Revêtement de sols et de murs (pose de carrelages, d'autres couvre-sols et de revêtements collés) Aménagements divers (pose de poêles de faïence, etc.)

\*

## ANNEXE III A

## Services au sens de l'article XII (25)

<i>Catégorie</i>	<i>Désignation des services</i>	<i>Numéro de référence CPC</i>
1	Services d'entretien et de réparation	6112, 6122, 633, 886
2	Services de transports terrestres <sup>1</sup> , y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier, à l'exclusion des transports de courrier	712 (sauf 71235), 7512, 87304
3	Services de transport aérien: transport de voyageurs et de marchandises, à l'exclusion des transports de courrier	73 (sauf 7321)
4	Transports de courrier par transport terrestre <sup>1</sup> , et par air	71235, 7321
5	Services de télécommunications <sup>2</sup>	752
6	Services financiers: a) services d'assurances b) services bancaires et d'investissement <sup>3</sup>	ex 81 812, 814
7	Services informatiques et services connexes	84
8	Services de recherche et de développement <sup>4</sup>	85
9	Services comptables, d'audit et de tenue de livres	862

<i>Catégorie</i>	<i>Désignation des services</i>	<i>Numéro de référence CPC</i>
10	Services d'études de marché et de sondages	864
11	Services de conseil en gestion <sup>5</sup> et services connexes	865, 866
12	Services d'architecture; services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère; services connexes de consultations scientifiques et techniques; services d'essais et d'analyses techniques	867
13	Services de publicité	871
14	Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés	874, 82201 à 82206
15	Services de publication et d'impression sur la base d'une redevance ou sur une base contractuelle	88442
16	Services de voirie et d'enlèvement des ordures; services d'assainissement et services analogues	94

- 1 A l'exclusion des services de transport ferroviaire couverts par la catégorie 18.
- 2 A l'exclusion des services de téléphonie vocale, de télex, de radiotéléphonie mobile, de radiomessagerie et de télécommunications par satellite.
- 3 A l'exclusion des marchés relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers.
- 4 A l'exclusion des marchés des services de recherche et de développement autres que ceux dont les fruits appartiennent exclusivement à l'entité adjudicatrice pour son usage, dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation du service soit entièrement rémunérée par l'entité adjudicatrice.
- 5 A l'exclusion des services d'arbitrage et de conciliation.

\*

### ANNEXE III B

#### Services au sens de l'article XII (39)

<i>Catégorie</i>	<i>Désignation des services</i>	<i>Numéro de référence CPC</i>
17	Services d'hôtellerie et de restauration	64
18	Services de transport ferroviaire	711
19	Services de transport par eau	72
20	Services annexes et auxiliaires des transports	74
21	Services juridiques	861
22	Services de placement et de fourniture de personnel	872
23	Services d'enquête et de sécurité (à l'exclusion des services des véhicules blindés)	873 (sauf 87304)
24	Services d'éducation et de formation professionnelle	92
25	Services sociaux et sanitaires	93
26	Services récréatifs, culturels et sportifs	96
27	Autres services	

## TITRE 4

**Marchés pour compte des établissements publics relevant de l'Etat****Art. XV.–**

Sans préjudice de l'application des dispositions du titre 2 aux établissements publics relevant de l'Etat des règlements grand-ducaux peuvent rendre applicables, en tout ou en parties, les dispositions du titre 1er aux marchés publics à conclure par lesdits établissements publics.

Ces règlements déterminent les organes compétents pour donner les avis ainsi que pour prendre et, au besoin, pour approuver les décisions dont question au titre 1er.

## TITRE 5

**Dispositions finales****Art. XVI.–**

(1) Sont abrogés:

- a) la loi modifiée du 4 avril 1974 concernant le régime des marchés publics de travaux et de fournitures;
- b) l'avant-dernière phrase de l'article 11 de la loi modifiée du 25 mai 1964 concernant le Remembrement des biens ruraux;
- c) l'article 38 de la loi du 7 août 1961 relative à la création d'un fonds d'urbanisation et d'aménagement du plateau de Kirchberg, telle qu'elle a été modifiée par la loi du 28 août 1968;
- d) le dernier alinéa de l'article 4 de la loi du 29 juillet 1993 portant création d'un fonds pour la rénovation de quatre îlots du quartier de la Vieille Ville à Luxembourg;

(2) La présente loi entre en vigueur le 1er janvier 2001.

\*

**COMMENTAIRE DES ARTICLES**

## TITRE 1

*Article 1**(1) Définitions:*

Contrairement à la loi du 4 avril 1974, le présent projet de loi définit clairement la notion de pouvoirs adjudicateurs et de marchés publics. Il est à noter que la notion de fourniture ne vise pas uniquement l'achat mais aussi d'autres procédés d'acquisition.

*(2) Procédures*

Dans le contexte des procédures, il faut à nouveau signaler que le chapitre 1 de la loi ne porte que sur les marchés publics inférieurs aux seuils des directives CE, marchés publics. Pour les marchés publics égaux et supérieurs à ces seuils, le recours à la soumission publique et à la soumission restreinte avec présélection – à noter que cette dernière procédure comporte également une publication d'un avis d'adjudication – sont à un même pied d'égalité.

Dès lors, les auteurs du projet ont estimé qu'en principe il serait envisageable de mettre à un même pied d'égalité les deux procédures pour les marchés en dessous des seuils CE. Cependant ils étaient prudents dans leur démarche en ne généralisant pas ipso facto cette faculté.

En effet, il est à craindre qu'en généralisant cette faculté, la procédure de la soumission publique disparaîtrait, ce qui serait contraire à la philosophie de cette procédure tendant à obtenir dans l'intérêt des finances publiques une prestation au meilleur prix suite à un appel à la concurrence accessible à tous les soumissionnaires potentiels.

Eu égard à ces considérations, la mise à un même pied d'égalité de ces deux procédures n'est possible que pour les marchés de travaux à exécuter:

- par corps de métiers séparés si leur estimation, hors T.V.A., dépasse la somme de 125.000.- euros nombre d'indice 100 des prix à la consommation,

- par entreprise générale si leur estimation, hors T.V.A. dépasse la somme de 625.000.- euros nombre d'indice 100 des prix à la consommation.

Toutefois, dès que le coût de réalisation d'un ouvrage est estimé à un montant supérieur au seuil prévu à l'article VI (1) du titre 2 de la présente loi, soit actuellement 5.140.548.- euros, ces seuils ne jouent plus, car dans ce cas le titre 2 et non le titre 1 devient applicable.

Pour les marchés publics de fournitures et de services, les auteurs n'ont pas estimé opportun de prévoir à un même pied d'égalité les deux procédures, parce que les seuils communautaires sont relativement bas (133.914.- euros pour les pouvoirs adjudicateurs visés à l'annexe II du titre 2 et 206.022.- euros pour tous les autres pouvoirs adjudicateurs) et que dès lors, à partir de ces seuils, ladite faculté est déjà pleinement assurée.

Le règlement portant institution d'un cahier général des charges définira les conditions minimales devant figurer dans l'avis à publier, conditions à remplir par les candidats susceptibles d'être sélectionnés aux fins de recevoir un document de soumission (cahier spécial des charges et bordereau).

Les cas prévus pour recourir à la soumission restreinte sans publication d'avis et au marché négocié s'inspirent des cas prévus par les directives CE.

A noter que pour les marchés insignifiants dits „commandes publiques“ le seuil est porté de 150.000.- LUF à 8.000.- euros, nombre cent de l'indice des prix à la consommation.

Le cas sub d) repris des directives CE nécessite une explication. Il s'agit du cas où les aléas ne permettent pas une fixation préalable globale des prix. Lorsqu'il n'est pas possible de décrire dans un cahier des charges l'objet du marché et que partant on n'a pas d'indication approximative du coût, il peut être recouru à ce cas de figure. En d'autres termes, on vise un résultat mais on ne connaît pas exactement les moyens pour atteindre le résultat visé (exemple prestations dans le domaine de la recherche et du développement).

Dans le cas sub g) (travaux et services complémentaires) la limite des prestations complémentaires est portée de 20% à 30%.

Le cas de figure des fournitures complémentaires décrit sub h) ne saurait être invoqué pour motiver le recours à une procédure d'exception pour des équipements complémentaires si l'installation initiale est vétuste.

Le recours au marché négocié pour certaines prestations de l'Armée a été étendu aux pouvoirs adjudicateurs disposant de services de secours. Il y a lieu de signaler dans ce contexte que la terminologie „service de secours“ pour désigner tant le service national de la protection civile que le service d'incendie et de sauvetage de l'Etat et des communes, a été choisie à dessein, pour reprendre la terminologie du projet de loi portant création d'une administration des services de secours, projet engagé actuellement dans la procédure législative.

Pour les marchés publics de l'Etat, les auteurs du projet ont estimé devoir assouplir la procédure actuelle en prévoyant que le mode de recours à la soumission restreinte sans publication et au marché de gré à gré n'est plus déterminé par le Conseil de Gouvernement, mais par un arrêté motivé du ministre du ressort et dans le cas d'un marché négocié, avec le visa du ministre du Budget, si le département ministériel ne dispose pas de contrôleur financier.

(3) (4) (6) inchangés par rapport à la loi du 4 avril 1974.

Pour l'alinéa (3) il est cependant utile de préciser dans le cadre des modes de passation qu'on entend par entreprise générale globale la réalisation d'un ouvrage par un marché englobant tous les corps de métiers intervenant dans la réalisation de cet ouvrage. Par contre une entreprise partielle est le regroupement en un seul marché d'un nombre restreint de corps de métiers. (Exemple: Un marché pour le gros oeuvre fermé, un 2e pour le génie technique et un 3e pour le parachèvement)

(5) Les marchés importants ou spéciaux ne sont plus limités dans leur durée.

(7) *Avances*

De nos jours il n'est plus approprié de prévoir que le paiement des avances n'est possible que pour des marchés dépassant 25 millions de LUF.

Même pour des marchés inférieurs à ce montant, le paiement d'avances devra être possible pour permettre à l'adjudicateur de s'équiper et d'installer son chantier.

*(8) Commission des Soumissions*

Comme le Conseil de Gouvernement ne se prononce plus sur l'opportunité du recours à la soumission restreinte sans publication d'avis et au marché négocié, les auteurs du projet ont estimé devoir protéger les pouvoirs adjudicateurs relevant de l'Etat de verser dans l'arbitraire et de s'exposer à des critiques. Voilà pourquoi il est prévu que pour des marchés à conclure estimés, hors T.V.A., à plus de 25.000 euros valeur n.i. 100, la Commission des Soumissions contrôle au préalable la motivation invoquée par le pouvoir adjudicateur pour recourir à une telle procédure d'exception.

*Article II**(1) Décomptes*

Cette disposition, qui a pour objet de conférer à la Chambre des Députés un droit de regard et de contrôle en ce qui concerne l'observation des devis des projets d'investissement ayant une certaine importance, a été introduite par la loi budgétaire du 20 décembre 1982 et a été reconduite depuis lors d'année en année. Il est profité de l'occasion pour lui donner une base légale durable.

*(2) Disposition transitoire*

Le contrôle du ministre du Budget est indispensable pour le recours à la soumission restreinte sans publication d'avis et au marché négocié pour tous les départements ministériels qui n'ont pas encore de contrôleur financier. En effet la nouvelle loi sur la comptabilité, le budget et la trésorerie de l'Etat sera appliquée par étapes.

*Article III**(2) Suspension et annulation*

Les dispositions de ce paragraphe sont mises en concordance avec l'article 104 de la loi communale, les dispositions valant également pour les marchés conclus par les communes, syndicats de communes et établissements publics communaux et tombant dans le champ d'application des titres 2 et 3.

Cet article prévoit l'établissement par voie de règlements grand-ducaux d'un cahier général des charges et de cahiers spéciaux des charges standardisés.

## TITRES 2 et 3

Ces titres reprennent sous forme codifiée les dispositions communautaires en matière de marchés publics, dispositions qui au fur et à mesure ont complété la loi du 4 avril 1974.

*Article XVI (1) b) c) et d)*

Le Gouvernement ayant décidé que le titre 4 ne trouve pas son application à l'heure actuelle il a été décidé, pour des raisons d'uniformité et de traitement à même pied d'égalité de tous les établissements publics de l'Etat, d'abroger les dispositions légales soumettant certains établissements publics à la législation des marchés publics.

Cette mesure s'impose par ailleurs du fait qu'en l'absence de règlements grand-ducaux rendant applicables, en tout ou en parties, les dispositions relatives aux marchés publics aux établissements publics, la seule référence afférente dans les textes légaux existants ne permettant pas pour autant l'application pure et simple des dispositions précitées aux établissements publics en question.

## AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(16.3.1998)

Monsieur le Ministre des Travaux Publics a bien voulu saisir la Chambre de Commerce pour avis du projet concernant la réforme de la législation et de la réglementation sur le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

\*

### REMARQUES GENERALES

Le projet de législation et de réglementation en question comprend les volets suivants:

1. le projet de loi concernant le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services;
2. le projet de règlement grand-ducal portant institution d'un cahier général des charges applicables aux marchés publics et portant fixation des attributions et du mode de fonctionnement de la Commission des Soumissions;
3. le projet de règlement grand-ducal portant exécution de l'article I (2) a) de la loi du ... concernant le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

L'objectif de la présente réforme est de simplifier et de restructurer la législation existante en matière de marchés publics de travaux et de fournitures en remplaçant la loi du 4 avril 1974 sur les marchés publics, d'une part, et d'introduire dans le domaine des marchés publics nationaux qui ne tombent pas sous l'empire des directives communautaires en matière de marchés publics certaines modalités prévues par ces directives, d'autre part.

Le nouveau projet de loi innove dans la mesure où les marchés publics se trouveront régis dorénavant par une loi propre, alors que, jusqu'à présent, la réglementation de la matière des marchés publics trouvait ses origines dans la loi du 27 juillet 1936 concernant la comptabilité de l'Etat. Il n'en demeure pas moins qu'à certains endroits il est fait référence au projet de loi réformant le budget et la comptabilité de l'Etat, sans que des précisions plus amples aient été fournies. Ce projet de loi a d'ailleurs fait l'objet d'un certain nombre d'amendements, de sorte qu'une réévaluation du présent projet de loi est de mise pour ce qui est des références au projet de réforme de la comptabilité de l'Etat.

Par ailleurs, le nouveau projet regroupe sous un chapitre unique l'ensemble des différents pouvoirs adjudicateurs étatiques et communaux, contrairement à ce qui était le cas pour l'ancien régime.

La Chambre de Commerce salue l'initiative des auteurs du projet de loi pour réformer la législation et la réglementation en question, alors que les marchés publics constituent une partie vitale dans les carnets de commandes des entreprises luxembourgeoises. Tel est notamment le cas du secteur des bâtiments et des travaux publics. Un cadre réglementaire clair et précis constitue dès lors un outil indispensable à tous les protagonistes du secteur des marchés publics.

La législation des marchés publics doit en effet relever le défi de fixer par un cadre juridique précis les règles permettant l'allocation optimale des deniers publics pour les investissements et les dépenses de consommation des pouvoirs publics, assurant que les règles de la concurrence puissent jouer intégralement et garantissant que les travaux, fournitures ou services achetés répondent à des critères de qualité justifiables à moyen terme.

Dans certains cas, il peut arriver qu'une concurrence outre mesure peut conduire à des effets contre-productifs. Une lutte à outrance entre soumissionnaires les incitant à présenter des offres anormalement basses dans l'unique dessein de décrocher le marché pourra aboutir à des prestations engendrant des malfaçons et vicissitudes des ouvrages construits, voire des litiges qui ne contribueront guère à économiser des deniers publics.

Quoique la réglementation en vigueur ne réalise pas nécessairement l'équilibre entre l'offre au prix initial le plus bas et celle étant économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur gardant toujours la faculté de choisir cette dernière parmi les trois offres accusant les prix acceptables les plus bas, la marge de manoeuvre des pouvoirs publics reste assez limitée.

Dans cet ordre d'idées, la Chambre de Commerce préconiserait une approche basée sur le critère „rapport qualité-prix“ en prenant en compte des facteurs autres que le prix, tels par exemple les frais courants d'exploitation, de maintenance etc., plutôt qu'une approche basée sur le critère de l'offre la

moins chère, approche dont la vision à court terme pourrait s'avérer plus coûteuse à moyen ou long terme.

Il faut cependant éviter d'un autre côté également que la réglementation des marchés publics n'aboutisse dans les faits à restreindre trop le jeu de la concurrence en mettant le marché luxembourgeois un peu à l'écart des marchés avoisinants. Le résultat pourrait en être un renchérissement des coûts d'investissement et de consommation des pouvoirs publics et partant de la collectivité nationale, ce qui aurait ses répercussions sur le niveau des dépenses budgétaires et des sources de financement y relatives.

Aussi faut-il veiller à ce que les règles des marchés publics permettent le maintien et le développement d'entreprises compétitives d'une certaine envergure pouvant relever la concurrence avec les entreprises des autres pays du marché communautaire. Une réglementation excessivement axée sur des acteurs agissant exclusivement sur un marché très local est à déconseiller.

Dans la suite, la Chambre de Commerce va commenter successivement les articles du projet de loi et des deux projets de règlements grand-ducaux sous rubrique.

\*

## **I. PROJET DE LOI**

### **concernant le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services**

La Chambre de Commerce a pris note du fait que les travaux préparatoires pour la présente réforme ont été menés dans le cadre du CRTI-B. Elle précise qu'elle n'avait pas été associée à ces discussions.

Si la Chambre de Commerce salue l'initiative de la présente réforme, elle regrette cependant que les auteurs du projet de loi n'aient pas présenté un corps de texte vraiment cohérent. Au lieu de faire une véritable loi coordonnée sur les marchés publics avec une structuration claire et précise, les auteurs ont maintenu le véritable dédale législatif que constitue l'accumulation fragmentaire des différents textes régissant la matière des marchés publics tombant sous l'emprise des différentes directives communautaires. La Chambre de Commerce demande à cet égard une reformulation intégrale de la matière faisant l'objet du projet de loi sous avis.

#### **Chapitre I – *Marchés publics de travaux, de fournitures et de services ne tombant pas sous le champ d'application des directives CEE sur les marchés publics***

##### ***Concernant l'article I – Dispositions communes aux marchés publics de tous les pouvoirs adjudicateurs***

La Chambre de Commerce demande un réagencement de cet article avec une numérotation plus claire évitant le recours massif aux litterae.

##### ***Paragraphe (1) – Définition de la notion de „pouvoir adjudicateur“:***

Comme il a déjà été relevé, le projet de loi sous analyse regroupe sous un même chapitre les différentes personnes juridiques de droit public. Le projet de loi les désigne sous le nom de „pouvoirs adjudicateurs“ et les définit dans son paragraphe (1) comme étant l'Etat (départements ministériels et leurs administrations), les communes, les syndicats de communes et les établissements publics placés sous la surveillance des communes.

Il est à regretter que le projet ne mentionne pas les établissements publics placés sous la surveillance de l'Etat. Par ailleurs, le projet ne vise plus les „autres personnes juridiques de droit public“ auxquelles était consacré le chapitre 3 de la loi du 4 avril 1974 (Marchés pour compte des autres personnes juridiques de droit public) comportant un article unique V. (En ce qui concerne ledit article V de la loi du 4 avril 1974, vo. infra commentaires relatifs à l'article V du projet)

La Chambre de Commerce se demande s'il n'y a pas lieu de définir davantage le champ d'application de la loi à intervenir en précisant qu'elle s'appliquera aux marchés de travaux, de fournitures et de services, en s'inspirant de la définition relative à ces marchés contenue dans l'actuel chapitre 4 de la loi du 4 avril 1974 (article VI: Définitions).

*Paragraphe (2) – Procédures:*

• Commentaires sur le fond

La Chambre de Commerce constate que les auteurs du projet de loi introduisent certaines nouvelles formes de marchés, telles la soumission restreinte avec ou sans publication d'avis, jusqu' alors réservées aux marchés dépassant les seuils à partir desquels la réglementation communautaire était applicable.

L'admission de ces formes de marchés permettra d'appliquer une plus grande sélectivité dans le choix des candidats. La Chambre de Commerce constate avec satisfaction que la procédure de la soumission restreinte a été relevée au même niveau que la soumission proprement dite ce qui permettra de définir des critères sélectifs dans le choix des candidats afin de sélectionner les entreprises qui sont aptes d'un point de vue technique ou financier à réaliser l'ouvrage projeté.

La Chambre de Commerce regrette que la faculté de recourir aux marchés par soumission restreinte avec publication d'avis soit réservée aux marchés de travaux dépassant 5 millions de LUF à la valeur 100 de l'indice des prix à la consommation (soit 27,43 millions LUF) et à 25 millions de LUF à la valeur 100 de l'indice des prix à la consommation (soit 137,16 millions LUF) pour les marchés réalisés par entreprise générale.

Elle est d'avis que les seuils proposés sont trop élevés et trop contraignants. La crainte exprimée par les auteurs du projet de loi, à savoir qu'une généralisation de cette procédure sans aucune limite tendrait à faire disparaître la procédure de la soumission publique, n'a pas de fondement réaliste. Les pouvoirs adjudicateurs doivent rester libres de déterminer le choix de la procédure.

La Chambre de Commerce a pris note que les auteurs indiquent que le seuil de 200.000.- ECU (soit 8,067 millions LUF) pour les marchés de fournitures (fixé par les directives communautaires) est suffisamment bas pour permettre le recours à la procédure de la présélection.

Elle suggère, conformément à sa remarque introductive générale, en ce qui concerne un texte coordonné, de fixer *expressis verbis* les différents seuils à l'article I.

En ce qui concerne les soumissions restreintes sans publication d'avis, respectivement les marchés négociés, les auteurs du projet se sont largement inspirés des dispositions communautaires. La Chambre de Commerce constate que les auteurs du projet de loi ont estimé nécessaire de les limiter à un seuil de 200.000.- LUF maximum (à la valeur 100 de l'indice des prix à la consommation). La Chambre de Commerce préférerait que lesdits seuils soient augmentés davantage en les portant au double.

La Chambre de Commerce approuve que le pourcentage en dessous duquel il n'y a pas lieu à réitérer la procédure de soumission publique soit relevé de 20% à 30% de la valeur du marché principal. Elle se pose toutefois la question s'il n'y aurait pas lieu d'inclure les marchés de fournitures dans cette exception alors qu'il s'agit ici d'un cas différent de ceux traités au point h).

• Commentaires sur la forme

Il y aurait lieu de préciser le seuil prévu à l'article VII comme étant celui de l'article VII paragraphe (1) du chapitre 2 de la présente loi.

En ce qui concerne l'exception des marchés complémentaires, la Chambre de Commerce suggère de séparer la dernière phrase du point g) et d'en faire un alinéa distinct afin de montrer de façon claire que ce seuil s'applique aux deux tirets précédents.

La Chambre de Commerce suggère de remplacer la subdivision à la fin du paragraphe (2) traitant des différentes formes de détermination des recours en adoptant une autre forme de numérotation.

*Paragraphe (3) – Modes de passation:*

La Chambre de Commerce est satisfaite du fait que le projet continue à reconnaître, tout comme la loi du 4 avril 1974, l'équivalence entre les formes d'entreprise générale et d'entreprise individuelle, alors qu'il est admis à l'étranger que le recours aux adjudications individuelles entraîne des retards dans l'exécution des travaux et coûte plus cher au Trésor que le recours à l'entreprise générale. Encore faut-il que dans la pratique l'aversion latente envers l'entreprise générale soit abandonnée.

*Paragraphe (4) – Mode d'attribution:*

La Chambre de Commerce n'a pas de remarques particulières à faire au sujet des dispositions de ce paragraphe, qui sont restées inchangées par rapport à la loi du 4 avril 1974. Elle encourage les pouvoirs

publics plutôt à persévérer dans la voie de la politique favorisant non pas l'offre la moins chère mais celle étant économiquement la plus avantageuse.

Dans cet ordre d'idées, la Chambre de Commerce préconiserait une approche basée sur le critère „rapport qualité-prix“ en prenant en compte des facteurs autres que le prix, tels par exemple les frais courants d'exploitation, de maintenance etc., plutôt qu'une approche basée exclusivement sur le critère de l'offre la moins chère, approche dont la vision à court terme pourrait s'avérer plus coûteuse à moyen ou long terme.

*Paragraphe (5) – Sanctions et primes:*

La Chambre de Commerce insiste à ce que le montant maximal des clauses pénales soit limité par le règlement grand-ducal portant institution d'un cahier général des charges applicables aux marchés publics et s'oppose au principe que ces clauses puissent être fixées de façon arbitraire dans les cahiers spéciaux de charges. A cet égard, il y aurait lieu de fixer un référentiel des clauses pénales adaptées à l'envergure des marchés. La Chambre de Commerce s'oppose de même à ce que les pouvoirs adjudicateurs puissent évincer un soumissionnaire des marchés publics au moyen d'un cahier spécial des charges.

*Paragraphe (6) – Avances:*

La Chambre de Commerce constate avec satisfaction que le projet de loi sous examen ne mentionne plus parmi les conditions d'octroi d'un acompte le seuil des 25 millions ni le caractère spécial du marché à conclure. Il n'est en effet pas logique que pour le même type de travaux, de fournitures ou de prestations de services, une avance soit accordée uniquement en considération de la valeur du marché. Il n'existe pas de raison justifiable pour exclure les soumissionnaires de marchés moins importants de la possibilité de toucher des avances. Cette façon de voir se justifie d'autant plus eu égard à la pléthore réglementaire en matière environnementale et en matière de santé et de sécurité induisant des coûts pour les entreprises.

*Paragraphe (7) – Commission des soumissions:*

Le deuxième alinéa du paragraphe (7) prévoit que si un pouvoir adjudicateur relevant de l'Etat se propose de recourir, pour un marché estimé à plus d'un million de LUF (à la valeur 100 de l'indice des prix à la consommation), à la soumission restreinte sans publication d'avis ou au marché négocié, il devra solliciter l'avis de la Commission des Soumissions. A cet égard, la Chambre de Commerce se demande s'il n'y aurait pas lieu à remplacer la formulation „pouvoir adjudicateur relevant de l'Etat“ tout simplement par le terme „Etat“ et d'insérer cet alinéa dans l'article II relatif aux dispositions particulières concernant les marchés publics conclus par l'Etat.

La Chambre de Commerce aimerait par ailleurs voir préciser que ce deuxième alinéa du paragraphe (7) ne concernera que les cas visés sous les points b) à k) de l'article I (2) étant donné que le recours à la soumission restreinte sans publication d'avis ou au marché négocié est limité aux marchés dont le montant ne dépasse pas la somme de 200.000.- LUF (à la valeur 100 de l'indice des prix à la consommation). La disposition dans sa formulation actuelle est susceptible de mener à la confusion.

*Concernant l'article II – Dispositions particulières concernant les marchés publics conclus par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article I, (1) a)*

*Paragraphe (1) – Durée des marchés publics:*

La loi du 13 avril 1970 fixe les conditions suivant lesquelles le Gouvernement peut ou acquérir, ou garantir le rendement et les charges locatifs de certains immeubles. La Chambre de Commerce apprécie que l'attribution des marchés publics relatifs à des baux de location, de leasing, de location-vente ou à des contrats d'entretien soit soumise clairement aux mêmes formes que l'attribution des marchés publics classiques.

*Paragraphe (2) – Décomptes:*

La Chambre de Commerce est d'avis que l'exigence de devoir soumettre un décompte final permet d'établir un indicateur de l'évolution des prix pour les marchés publics. Un tel indicateur est depuis longtemps réclamé par les acteurs professionnels. Toutefois ce décompte ne devrait pas seulement être soumis au ministre ayant dans ses attributions le budget et à la Chambre des Députés, mais également à d'autres instances concernées telles la Commission du Bâtiment ou les chambres professionnelles représentées à la Commission des Soumissions.

*Paragraphe (3) – Disposition transitoire:*

Ce paragraphe n'appelle pas de commentaires spécifiques de la part de la Chambre de Commerce.

*Concernant l'article III – Dispositions particulières concernant les marchés publics à conclure par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article I, (1) b), c) et d)**Paragraphe (1) – Clause préférentielle en faveur d'un soumissionnaire local:*

Cette disposition reprend l'exception au principe de l'attribution du marché public au concurrent présentant l'offre économiquement la plus avantageuse qui existait déjà sous l'empire de la loi du 4 avril 1974. Par rapport au texte de 1974, cet article ajoute au collège des bourgmestre et échevins le président de l'établissement public placé sous la surveillance de la commune. La Chambre de Commerce se demande s'il ne serait pas plus prudent de choisir ici un terme plus général pour désigner l'organe de prise de décision au sein de l'établissement public. Par ailleurs, il y a lieu de se poser la question qui prendra la décision au sein d'un syndicat de communes.

Pour le reste, la Chambre de Commerce souscrit au principe d'une telle clause préférentielle en faveur des soumissionnaires locaux.

*Paragraphe (2) – Suspension et annulation:*

Ce paragraphe ne suscite pas de remarques spécifiques de la part de la Chambre de Commerce.

*Concernant l'article IV – Règles d'exécution*

La Chambre de Commerce n'a pas de commentaires spécifiques à faire au sujet de cet article.

*Concernant l'article V – Modification procédurale de l'article VIII*

## • Commentaires sur la forme

Cet article vise à modifier l'article VIII. Il soulève le problème déjà abordé ci-avant d'un manque de structuration du projet. Il y a lieu de s'interroger s'il ne serait pas plus opportun, ne fût-ce que pour des raisons d'„esthétique législative“, de retirer cet article du projet et d'insérer ses dispositions dans le chapitre 4 (Dispositions finales). Il y aurait alors lieu de renuméroter les articles subséquents VI-X et XI-XIII actuels en respectivement V-IX et X-XII. En effet, l'article V du projet prévoit des modifications d'une loi existante, mais qui sera abrogée par la suite, tout en maintenant ses articles avec leur numérotation actuelle. Des problèmes qu'on pourra pour le moins qualifier d'imperfections se présenteront au plus tard lors de l'élaboration du texte coordonné. On se trouvera alors en présence d'un article V ayant trait à des modifications à appliquer à un article VIII subséquent qui, dans sa version coordonnée, en tiendrait déjà compte.

En cas de modification de cet article V, il y aurait lieu de changer la référence à l'article VII faite à l'article I paragraphe (2) en une référence à l'article VI futur.

Par ailleurs, il y a lieu de remarquer que le règlement grand-ducal du 15 janvier 1996 a renuméroté les paragraphes 8 à 15 en paragraphes 6 à 13 de sorte que la référence au paragraphe 15 n'est plus pertinente.

En ce qui concerne la deuxième phrase de cet article, ne vaudrait-il pas mieux remplacer le mot „pouvoirs adjudicateurs“ par „Etat“ alors que le paragraphe a) actuel de la loi du 4 avril 1974 ne traite que de l'Etat. En outre, cette phrase ne parle que des marchés négociés. N'y aurait-il pas lieu d'insérer également les marchés par soumission restreinte avec présélection dont question au paragraphe 13 actuel de la loi du 4 avril 1974, respectivement les marchés à soumission restreinte sans publication d'avis dont question à l'article II paragraphe (3) du projet sous analyse?

## • Commentaires sur le fond

La Chambre de Commerce n'a pas de remarques particulières à formuler en ce qui concerne le contenu de cet article.

**Chapitre 2 – Marchés publics tombant dans le champ  
d'application des directives CEE relatives aux marchés publics de travaux,  
de fournitures et de services**

La Chambre de Commerce renvoie à ses considérations générales sur une meilleure structuration du projet de loi.

*Paragraphe (3):*

On peut se demander s'il ne serait pas plus opportun de regrouper la disposition de ce paragraphe ensemble avec celle du paragraphe (3) du troisième chapitre dans un article unique à insérer dans le quatrième chapitre.

**Chapitre 3 – Marchés tombant dans le champ d'application  
de la Directive No 93/38/CEE à conclure par des entités opérant dans les secteurs  
de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications**

La Chambre de Commerce renvoie à ses considérations générales sur une meilleure structuration du projet de loi.

*Paragraphe (3):*

La Chambre de Commerce renvoie à ses remarques ci-avant au Chapitre II – Paragraphe (3).

\*

**II. PROJET DE REGLEMENT GRAND-DUCAL  
portant institution d'un cahier général des charges applicables  
aux marchés publics et portant fixation des attributions et du mode  
de fonctionnement de la Commission des Soumissions**

**Remarques générales**

Le projet de règlement grand-ducal sous rubrique amène un certain nombre d'améliorations par rapport au texte actuellement en vigueur. Il renferme cependant également encore certains défauts.

Parmi les points les plus en vue, la Chambre de Commerce voudrait citer l'entreprise générale qui continue à être discriminée et réduite à une forme exceptionnelle de mode d'exécution d'un marché. Dans ses remarques introductives générales, la Chambre de Commerce avait insisté sur les conséquences macroéconomiques négatives d'une telle approche qui, en résumé, risque d'aboutir à un marché hautement protégé tenant les entreprises à l'abri de la concurrence et donc du processus inévitable d'adaptation et maintenant un niveau de prix surélevé par rapport à la situation concurrentielle du marché communautaire. Aussi la Chambre de Commerce plaide-t-elle pour une approche plus sereine en recourant à l'entreprise générale toutes les fois où cela est indiqué. La forme de l'entreprise générale „partielle“, axée sur les corps de métiers principaux du bâtiment, devrait constituer une formule intermédiaire appropriée. La Chambre de Commerce fera une proposition de texte détaillée pour l'entreprise générale.

La Chambre de Commerce soutient les auteurs du projet de règlement grand-ducal dans leur volonté d'améliorer les moyens de contrôle des adjudicataires et de leurs prix.

Ainsi, il avait été demandé par les milieux professionnels de rendre obligatoire une analyse des prix pour toutes les offres dont le montant total était sensiblement inférieur à la moyenne des offres, moyenne qui était calculée sans les offres la plus et la moins chère. Cette revendication a été retenue. Toutefois, les auteurs ont limité cette obligation au cas où cinq offres au moins étaient remises. La Chambre de Commerce estime cependant que si moins de cinq offres sont remises, le principe d'une obligation de présenter une analyse des prix devrait être maintenu dans le cas d'une différence de plus de 15% par rapport à la moyenne des offres, quitte à calculer la moyenne sur base de toutes les offres remises.

Il est évident que l'analyse de prix ne doit pas se limiter à une pure vérification arithmétique des calculs, mais doit également contrôler la faisabilité technique en termes de temps minimal pour la réalisation des positions. Un recours systématique à des experts serait à prévoir.

En ce qui concerne la sélection des candidats, une plus grande rigueur est prévue en termes de capacités financières et techniques. La Chambre de Commerce soutient pleinement les objectifs de cette modification qui devrait permettre l'exécution des chantiers dans les délais prévus et garantir le respect des normes de qualité d'exécution.

Les auteurs du projet de règlement grand-ducal n'ont pas voulu suivre les milieux professionnels en ce qui concerne l'obligation de présenter avec la remise de l'offre un état établi par les institutions de la Sécurité Sociale, de l'Administration des Contributions et de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines. Ceci aurait permis de lutter contre une concurrence déloyale du fait du non-paiement des cotisations de la sécurité sociale, des impôts ou de la taxe sur la valeur ajoutée.

La Chambre de Commerce insiste sur la nécessité de porter un grand soin à l'établissement des pièces de la soumission, notamment des bordereaux détaillés des positions. En effet, ceci présuppose une prolongation de la durée de conception et de planification nécessaire au calcul précis des positions et notamment des mètres. En cas de modifications des prestations, celles-ci devront être consignées dans les avenants au marché initial.

La Chambre de Commerce soutient l'institutionnalisation des prix minima de régie. Même si le recours à des prix minima de régie risque de conduire à un alignement des prix sur ces prix minima, comme l'expérience le montre, la Chambre de Commerce pense toutefois que cette modification permettra d'éviter des pratiques de spéculation comme l'offre à 1.- LUF pour des positions de régie pour lesquelles il est spéculé qu'elles ne seront pas utilisées.

En matière d'adaptation et de modification de marchés, la Chambre de Commerce n'a pas d'objection contre la clarification de la terminologie. Mais elle s'oppose à la disposition qui prévoit qu'aucune adaptation à l'évolution des matières pour les marchés d'une durée inférieure à six mois n'est possible. Cette disposition est contraire au principe que le commettant ne peut charger le soumissionnaire d'un risque extraordinaire résultant de circonstances que celui-ci ignore et qui échappent à son influence. De plus une prolongation du délai d'exécution de moins de 10% peut avoir pour conséquence des prestations d'une valeur de plusieurs millions, voire dizaines de millions.

### Commentaire des articles

#### *Concernant l'article 1er*

##### *Paragraphe (1):*

La Chambre de Commerce est d'avis que le numéro d'autorisation devrait être indiqué sur chaque dossier de soumission comme le modèle de dossier de soumission du CRTI-B le prévoit.

##### *Paragraphe (2):*

La Chambre de Commerce estime qu'il y a lieu de modifier le début de la dernière phrase de ce paragraphe en remplaçant les termes de „Chaque partenaire de l'association“ par „Celui-ci“, formulation employée dans les textes actuels et faisant référence au mandataire à désigner en cas d'offre collective.

##### *Paragraphe (3):*

La première phrase de ce paragraphe étend le principe de la chance unique en cas d'entreprise générale, prévu par les textes actuels, aux associations momentanées. La deuxième phrase ne fait que reprendre ce qui était déjà prévu par les anciens textes, à savoir l'article 9 (5) du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 et l'article 22 (5) du règlement grand-ducal du 10 janvier 1989.

En tous cas, la Chambre de Commerce est opposée au principe de la chance unique. En effet, ce principe permettrait à une entreprise d'écarter un concurrent en prétendant qu'il fait partie de l'association. En conséquence, la Chambre de Commerce demande de biffer le paragraphe (3).

#### *Concernant l'article 2*

La Chambre de Commerce approuve l'introduction d'une nouvelle procédure de passation de marchés publics sous la forme de la soumission restreinte avec publication d'avis.

En ce qui concerne le changement de la dénomination de marchés de gré à gré en marchés négociés, terminologie utilisée par la réglementation communautaire, la Chambre de Commerce soutient les auteurs du projet de règlement grand-ducal de poursuivre dans la voie de l'harmonisation des modes de passation de marchés publics aux niveaux législatifs national et communautaire.

#### *Concernant l'article 4*

##### *Paragraphe (1):*

Ce paragraphe définit le nouveau mode de passation de marchés, à savoir la soumission restreinte avec publication d'avis. La Chambre de Commerce demande à ce que les critères de sélection prévus soient adaptés à l'envergure et la complexité du marché à passer.

##### *Paragraphe (2):*

###### • Commentaires sur le fond

En ce qui concerne les soumissions restreintes sans publication d'avis, la Chambre de Commerce ne voit pas d'inconvénient quant au minimum de trois candidats soumissionnaires.

###### • Commentaires sur la forme

La Chambre de Commerce voudrait relever qu'il y a lieu de remplacer à la fin de la première phrase de ce paragraphe la référence faite à „l'article I, alinéa (2) de la loi du ... concernant le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services“ par une référence à „l'article I“ alors que les articles du projet de loi en question suivent une numérotation par chiffres romains. Cette remarque s'entend sous réserve d'un changement plus global de la numérotation des articles du projet de loi sur les marchés publics.

#### *Concernant l'article 7*

##### *Paragraphe (1):*

Il arrive que, même dans un marché qui sera adjudiqué en bloc, différents lots aient été prévus. Pour clarifier le mode d'adjudication, la Chambre de Commerce propose d'ajouter au paragraphe (1) le bout de phrase suivant: „*même si le cahier des charges est divisé en lots.*“

##### *Paragraphe (2):*

Pour les mêmes raisons, la Chambre de Commerce demande d'apporter la précision suivante: „... *la division en lots et l'adjudication par lots peuvent être prévues.*“

#### *Concernant l'article 8*

La Chambre de Commerce comprend les préoccupations des auteurs du projet de règlement grand-ducal pour ne plus séparer les lots en raison d'une indivisibilité des responsabilités. Néanmoins elle aurait préféré, à côté d'une définition claire des travaux de petit volume, de ne pas prévoir l'exception d'une non-séparation en raison d'une indivisibilité des responsabilités.

#### *Concernant l'article 9*

La Chambre de Commerce voudrait rappeler encore une fois son attachement au principe de l'entreprise générale. Dans le cadre de la mise en adjudication par entreprise générale, les sous-traitants se trouvent protégés de la défaillance financière de l'entrepreneur général par les dispositions de la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance. En effet, l'article 7 alinéa 2 de cette loi prévoit que „le paiement est obligatoire même si l'entrepreneur est en état de faillite ou de gestion contrôlée“. Cette protection est entière, alors que même les clauses prévoyant que le sous-traitant ne recourra pas au paiement direct ne sauraient y faire échec au voeu de l'article 8 de la loi du 23 juillet 1991 qui dispose que „toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite“.

##### *Paragraphe (3):*

La Chambre de Commerce s'oppose à l'obligation imposée à l'entrepreneur général de soumettre la liste des sous-traitants avec son offre alors que le délai endéans lequel l'offre de soumission doit être introduite est insuffisant et ne tient pas compte du temps nécessaire à l'entrepreneur général pour évaluer les offres des sous-traitants et pour finaliser la sienne.

*Paragraphe (5):*

En ce qui concerne le principe de la chance unique, la Chambre de Commerce rappelle ses remarques faites sous l'article 1er paragraphe (3). Elle reste opposée au principe de la chance unique. En effet, ce principe n'est plus d'actualité et exige une adaptation de la réglementation en la matière. Actuellement, une entreprise peut écarter un concurrent en le mettant sur sa liste de sous-traitants. Même un système imposant à l'entreprise générale la charge de la preuve de l'engagement du sous-traitant ne peut pas donner satisfaction, alors que l'entrepreneur général ne reçoit les prix des sous-traitants qu'en dernière minute. Un tel système permettrait au sous-traitant d'écarter l'entrepreneur général par son simple refus de signer le contrat.

*Paragraphe (7):*

La Chambre de Commerce est fondamentalement opposée au principe de la stricte union tel que prévu par ce paragraphe alors qu'en cas de problèmes ou de contestations surgissant, une séparation aisée et sans formalisme des parties n'est pas possible.

Au cas où la version actuelle du projet devrait être maintenue, la Chambre de Commerce souhaiterait voir ajouter à l'éventail des „cas dûment justifiés“ au deuxième alinéa de ce paragraphe, l'éventualité des autres procédures collectives possibles, telles que la gestion contrôlée et le concordat. Il y aurait également lieu d'y inclure la procédure de la liquidation d'un sous-traitant ainsi que son inscription sur la liste des protêts.

Au regard des développements qui précèdent, la Chambre de Commerce propose la formulation suivante de l'article 9, qui remplacera la version du projet de loi:

*„(1) L'entreprise générale est la forme de contrat adoptée essentiellement:*

- a) pour la réalisation d'ouvrages importants incluant des travaux, fournitures et/ou services relevant de différentes professions;*
- b) lorsqu'en raison de l'indivisibilité des responsabilités il n'est pas indiqué de séparer les travaux relevant de deux ou de plusieurs métiers.*

*(2) La sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur dit général ou principal confie à une autre personne appelée sous-traitant une partie de l'exécution du contrat d'entreprise qu'il a conclu avec le maître de l'ouvrage.*

*(3) Le ou les sous-traitants doivent répondre aux conditions de l'article 1er (1) ci-dessus.*

*(4) Lors de la remise de son offre l'entrepreneur général doit, sous peine d'irrecevabilité de celle-ci, joindre à son offre une liste des sous-traitants auxquels il prendra recours pour la réalisation de l'ouvrage.*

*(5) Le cas échéant, le cahier spécial des charges peut exiger de la part de l'entrepreneur général qu'il indique les nom et adresse de ses conseillers techniques ou autres.*

*(6) Les dispositions de l'alinéa (4) ci-dessus ne sont pas applicables dans le cas mentionné à l'article 8 (1).*

*(7) L'entrepreneur général ne peut, après la remise de son offre et tout au long de la durée du contrat, échanger un ou plusieurs de ses sous-traitants, ni modifier la part approximative des travaux attribués à chacun d'eux, que dans des cas dûment justifiés et qu'avec l'assentiment du pouvoir adjudicateur.*

*Sont à considérer comme cas dûment justifiés au sens de l'alinéa qui précède, les cas énumérés à l'article 45 (1) b) et c) du présent règlement, l'exclusion de la participation aux marchés publics, la faillite et le manquement grave aux conditions du contrat de sous-traitance.*

*(8) Si en dehors d'une entreprise générale un adjudicataire sous-traite tout ou partie de son contrat à une autre entreprise, il doit en informer préalablement le maître de l'ouvrage par écrit.*

*(9) En cas de sous-traitance, l'adjudicataire demeure à l'égard du maître de l'ouvrage seul responsable, sans préjudice des dispositions de la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance.“*

*Concernant l'article 10*

La Chambre de Commerce s'oppose au mode d'offre à prix global non révisable. En effet, ce mode d'offre fait encourir aux entreprises des risques extraordinaires, ce qui est contraire à l'article 15 paragraphe (9). En cas de maintien de cette disposition, la Chambre de Commerce voudrait relever que les clauses relatives aux délais seraient à respecter rigoureusement par le pouvoir adjudicateur en cause afin d'éviter toute lésion de l'adjudicataire.

*Concernant l'article 11*

Il y a lieu de constater que dans le passé une trop grande imprécision des bordereaux a favorisé les abus dans le cadre des offres à prix unitaire. La Chambre de Commerce voudrait formuler son souhait qu'un effort soit entrepris pour standardiser dans une certaine mesure les textes descriptifs des bordereaux des cahiers spéciaux des charges, à l'instar de ce qui a été fait pour la standardisation des clauses contractuelles et techniques.

Une responsabilité particulière incombe à cet égard également aux bureaux d'études.

*Concernant l'article 12*

La Chambre de Commerce n'a pas de commentaire particulier à formuler quant au remplacement de la notion de „supplément raisonnable“ par celle de „supplément approprié“ alors que le mode d'offre au prix de revient constitue l'exception.

*Concernant l'article 13*

La Chambre de Commerce suggère d'établir les offres globales non pas sur base de mémoires détaillés mais plutôt de bordereaux détaillés de prix unitaires, accompagnés d'une indication des quantités par poids, mesure ou nombre.

*Concernant l'article 14*

La Chambre de Commerce renvoie à ses commentaires faits en ce qui concerne l'article 10 du présent projet de règlement grand-ducal et tient à réitérer son opposition la plus formelle au mode d'offre à prix global non révisable alors que ce mode d'offre fait encourir aux entreprises des risques extraordinaires.

*Concernant l'article 15**Paragraphe (1):*

La Chambre de Commerce approuve le fait qu'il est prévu de conférer aux cahiers des charges établis par le Centre de Ressources et des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B) un statut légal en prévoyant la publication des cahiers spéciaux des charges par voie de règlement ministériel.

La Chambre de Commerce estime que le Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B) pourrait procéder à une standardisation des textes descriptifs des bordereaux des cahiers spéciaux des charges eu égard au fait que dans le passé les dispositions des paragraphes (2) à (5) et (8) n'ont pas toujours été respectées.

*Paragraphe (11):*

La Chambre de Commerce s'oppose à la modification du délai octroyé aux soumissionnaires pour signaler au pouvoir adjudicateur des ambiguïtés, erreurs ou omissions, ce délai étant désormais exprimé en jours ouvrables et non plus en jours, alors que d'une part cette modification a opéré une réduction des délais en question (le délai de 5 jours ouvrables étant inférieur à celui de 7 jours) et que d'autre part, il y a lieu de préciser que les directives européennes en matière de marchés publics expriment les délais non pas en jours ouvrables mais en jours de calendrier. L'utilisation de la notion de jours de calendrier serait préférable aux yeux de la Chambre de Commerce pour des raisons d'unicité des règles aux niveaux national et communautaire.

*Concernant l'article 16:**Paragraphe (1):*

Le projet de loi concernant le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ne prévoit pas la possibilité de fixer un nombre minimal et maximal de candidats à sélectionner. La possibilité de fixer une fourchette devrait être mieux définie.

La Chambre de Commerce se demande s'il ne serait pas indiqué de reprendre textuellement dans le présent projet de règlement grand-ducal les critères de qualification visés aux articles 23 à 29 (?) du titre II du règlement grand-ducal du 27 janvier 1994.

*Paragraphe (2):*

La Chambre de Commerce aurait préféré qu'un délai eût été prévu endéans duquel le pouvoir adjudicateur devrait avertir le soumissionnaire évincé du refus de son offre, alors que par le passé, cette information est parvenue aux soumissionnaires avec un certain retard.

*Concernant l'article 17*

La Chambre de Commerce soutient la faculté laissée aux soumissionnaires de proposer des solutions techniques. Toutefois, elle insiste sur la nécessité pour les pouvoirs adjudicateurs de préciser avec clarté le résultat de la prestation recherché avant de solliciter des alternatives.

*Concernant l'article 19*

La Chambre de Commerce préconise que la fixation du délai d'exécution fasse l'objet d'un document contractuel entre le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire, document qui fera partie intégrale du marché et qui sera adapté à l'évolution de la situation réelle.

*Concernant l'article 20*

En dépit des revendications des milieux professionnels en cette matière, les moyens de contrôle en matière de dumping social font toujours défaut. Un contrôle efficace des salaires effectivement payés par les entreprises étrangères est actuellement impossible.

*Concernant l'article 21*

*Paragraphe (1):*

La Chambre de Commerce remarque que ce n'est plus l'envergure du marché qui sera désormais prise en considération pour l'exigence de la production d'un certificat d'assurance, mais le risque que peut présenter le marché. Elle voudrait soulever qu'un tel risque n'est pas aisément à chiffrer. Elle demande que son estimation soit soumise à des considérations objectives.

*Paragraphe (3):*

La Chambre de Commerce note que les auteurs du projet de règlement grand-ducal ont mis la disposition relative aux compagnies d'assurances auprès desquelles les soumissionnaires auront à contracter une assurance, en harmonie avec la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances et la réglementation communautaire en cette matière.

*Paragraphe (4):*

• Commentaires sur le fond

La Chambre de Commerce constate que les auteurs du projet de règlement grand-ducal ont inclus les éventuels adjudicataires de pays faisant partie de l'Association Européenne de Libre-Echange (AELE) et ne faisant pas partie de la Communauté Européenne (Islande, Liechtenstein, Norvège) parmi les adjudicataires n'ayant pas besoin de déposer de cautionnement, conformément à l'Accord instituant l'Espace Economique Européen (EEE) qui étend à ces pays l'application des grands principes posés par le Traité de Rome.

• Commentaires sur la forme

La Chambre de Commerce constate qu'entre l'article 21 et l'article 22 il manque l'intitulé du „Chapitre 6: Demande d'offre“.

*Concernant l'article 23*

La Chambre de Commerce rappelle la revendication des milieux professionnels que les pouvoirs adjudicateurs ne publient pas de soumissions publiques pendant la période des congés collectifs.

*Concernant l'article 24**Paragraphe (1):*

La Chambre de Commerce demande d'ajouter à la 2e phrase du paragraphe ( I ) „nature et volume des travaux, fournitures et services“.

*Paragraphe (2):*

En rapport avec le paragraphe (2), la Chambre de Commerce se demande pourquoi il ne serait pas possible d'envisager également l'envoi des dossiers de soumission à la demande d'un soumissionnaire.

*Paragraphe (4):*

Le paragraphe (4) prévoit que l'offre d'un soumissionnaire peut être écartée en cas d'absence lors d'une visite des lieux obligatoire. La Chambre de Commerce approuve ce principe. Néanmoins elle demande à ce que le dossier du soumissionnaire évincé lui soit retourné non ouvert pour autant que son adresse soit connue.

La Chambre de Commerce ne voit pas de raison particulière pour laquelle le devis établi par le pouvoir adjudicateur ne devrait pas être porté à la connaissance des soumissionnaires, alors que les soumissionnaires devront dans tous les cas s'efforcer d'offrir au meilleur prix sous peine de voir leur offre écartée.

*Concernant l'article 25**Paragraphe (1) et (3):*

La Chambre de Commerce approuve les auteurs du projet de règlement grand-ducal dans leur démarche consistant à harmoniser les délais prévus par ces deux paragraphes. Néanmoins, elle rappelle ses remarques faites sous l'article 15 paragraphe 11 en ce qui concerne le changement de l'expression des délais de jours en jours ouvrables.

*Paragraphe (4):*

La Chambre de Commerce approuve les auteurs pour avoir remplacé la formulation équivoque „en temps utile“ par celle, plus claire, de „simultanément“.

*Concernant l'article 26*

La Chambre de Commerce marque son accord avec le délai de quinze jours ouvrables pour la réception des candidatures.

*Concernant l'article 27*

Afin que les remises de soumissions puissent être préparées avec le plus grand soin, la Chambre de Commerce propose des délais de soumission plus étendus. Ainsi, le délai pour travaux, fournitures ou services importants devrait être porté à 40 jours ouvrables, celui pour travaux, fournitures ou services de moindre importance devrait être élargi à 15 jours ouvrables. Par ailleurs, la Chambre de Commerce préférerait que la notion de „travaux, fournitures et services de moindre importance“ soit définie de façon claire afin de contrecarrer à toute sorte d'arbitraire. Pour le reste, la Chambre de Commerce se rapporte à ses remarques soulevées sous l'article 15 paragraphe 11. Les délais proposés ci-avant seraient à transposer en jours de calendrier.

*Concernant l'article 28*

La Chambre de Commerce demande de biffer le terme „normalement“ au paragraphe (1).

*Concernant l'article 29*

Dans le passé, les pouvoirs adjudicateurs n'ont très souvent pas indiqué les frais pour les plans, pièces et documents dans l'avis de la demande d'offre, ni n'ont procédé à un quelconque remboursement de ces frais aux soumissionnaires ayant remis une offre valable.

La Chambre de Commerce voudrait dès lors exhorter les pouvoirs adjudicateurs à respecter scrupuleusement ces prescriptions.

Par ailleurs la Chambre de Commerce propose d'ajouter au cinquième alinéa la phrase libellée comme suit: „Le pouvoir adjudicateur veillera à ce que ces calculs justificatifs, dessins et variantes ne soient divulgués aux autres concurrents ou à des tierces personnes.“

*Concernant l'article 30*

*Paragraphe (1):*

La Chambre de Commerce propose également de prévoir l'indication du numéro de l'autorisation d'établissement dans l'offre.

Par ailleurs la Chambre de Commerce se réjouit de voir instaurer la revendication des milieux professionnels de pouvoir remettre des offres sur support informatique. Cette faculté permet d'une part une réduction considérable des charges administratives des entreprises et d'autre part d'exploiter au mieux les résultats des travaux du Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B).

*Concernant l'article 31*

*Paragraphe (2):*

- Commentaires sur la forme

Il y a lieu de conjuguer le verbe être à la fin de la phrase au subjonctif.

- Commentaires sur le fond

La Chambre de Commerce constate avec satisfaction que les soumissionnaires pourront dorénavant demander par écrit le résultat des proclamations. Il faudra néanmoins indiquer à qui ces informations pourront être demandées, ce qui ne pourrait être que l'agent présidant la séance d'ouverture.

*Concernant l'article 32*

La Chambre de Commerce accueille favorablement la nouvelle procédure consistant pour le pouvoir adjudicateur à pouvoir demander une analyse des prix au cas où un ou plusieurs prix unitaires laissent présumer qu'ils ne correspondent pas aux prestations demandées, respectivement à devoir demander une telle analyse au cas où les prix diffèrent de plus de 15% de la moyenne arithmétique de toutes les offres reçues, abstraction faite de l'offre la plus chère et la moins chère. La Chambre de Commerce préférerait cependant que cette procédure soit élargie aux cas où moins de cinq offres sont reçues en procédant dans ce cas à un calcul de la moyenne arithmétique sans faire abstraction des offres la moins chère et la plus chère ou alors de laisser aux soumissionnaires la faculté de demander une analyse des prix.

En ce qui concerne le paragraphe (8), la Chambre de Commerce plaide pour une plus stricte élimination des offres des soumissionnaires qui n'arrivent pas à établir le bien-fondé de leurs prix ou qui répondent de façon erronée ou qui ne répondent pas du tout dans le délai imparti.

Le paragraphe (9) trouve l'approbation de la Chambre de Commerce, malgré les risques que cette disposition peut engendrer. Il faut dès lors que d'éventuelles variations des prix de régie „officiels“ soient transcrites avec la célérité nécessaire dans le règlement ministériel correspondant.

*Concernant l'article 33*

*Paragraphe (1):*

- Commentaires sur la forme

Au deuxième alinéa il y a lieu de remplacer „pour les marchés de l'Etat“ par „pour les marchés relevant de l'Etat“.

- Commentaires sur le fond

La Chambre de Commerce estime que l'avis de la Commission des Soumissions ne devrait non seulement être obligatoire pour les annulations ou renonciations aux adjudications de marchés relevant de l'Etat mais également pour les annulations ou renonciations aux adjudications de marchés relevant des autres pouvoirs adjudicateurs.

*Concernant l'article 34**Paragraphe (4):*

La Chambre de Commerce note que les auteurs du projet de règlement ont élargi le contrôle par le biais des attestations aux sous-traitants. Néanmoins la Chambre de Commerce est d'avis que la production des attestations de non-obligation envers les administrations fiscales et d'assurances sociales devrait se faire de façon obligatoire lors de la remise des offres. Dans cet ordre d'idées, la Chambre de Commerce propose de remplacer le mot „peut“ à la première phrase du quatrième paragraphe par le mot „doit“.

Afin de garantir le respect des règles d'une saine concurrence entre les soumissionnaires, il serait souhaitable que les institutions de sécurité sociale et les administrations fiscales n'accordent aucun délai de paiement au soumissionnaire qui leur présente une demande tendant à obtenir un certificat à produire en rapport avec un marché public et qui n'aurait pas encore honoré ses obligations en cette matière.

Aux yeux de la Chambre de Commerce, il serait par ailleurs utile de préciser que lesdits certificats ne pourront pas être remplacés par des quittances de versements ou des cessions de créances.

*Paragraphe (7):*

La Chambre de Commerce approuve l'énumération exemplative de critères pouvant être pris en compte afin de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Cette énumération devrait contribuer à éclaircir davantage la notion d'offre économiquement la plus avantageuse et promouvoir l'idée de l'adjudication au mieux disant plutôt que l'adjudication au prix le moins cher. Toutefois, son application risquera être loin d'évidente.

*Concernant l'article 35*

Au paragraphe (2) il y a lieu de conjuguer le verbe „rendre“ au conditionnel présent.

*Concernant l'article 36*

La Chambre de Commerce voudrait tirer l'attention sur le fait que la disposition du paragraphe (1) qui prévoit que l'adjudicataire est obligé de porter à la connaissance de l'Inspection du Travail et des Mines la date exacte du commencement des travaux est en contradiction avec l'article 3 du règlement grand-ducal du 4 novembre 1994 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé à mettre en oeuvre sur les chantiers temporaires ou mobiles. En effet, cet article prévoit en son troisième point qu'en ce qui concerne les chantiers dont la durée présumée des travaux est supérieure à trente jours ouvrables et qui occupe plus de vingt travailleurs simultanément ou dont le volume présumé est supérieur à 500 hommes-jour, „le maître d'ouvrage ou le maître d'oeuvre communique un avis préalable, (...), à l'Inspection du Travail et des Mines avant le début des travaux.“

La Chambre de Commerce propose dès lors d'ajouter au paragraphe premier le bout de phrase suivant: „, sans préjudice de l'obligation de l'Inspection du Travail et des Mines conformément aux dispositions de l'article 3 du règlement grand-ducal du 4 novembre 1994 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé à mettre en oeuvre sur les chantiers temporaires ou mobiles.“

*Concernant l'article 39**Paragraphe A (2) a):*

La Chambre de Commerce est d'avis qu'un dépassement de la date de commencement des travaux prévue de plus de 20 jours est déjà suffisamment grave pour permettre à l'adjudicataire de résilier le contrat.

*Paragraphe B (9) c):*

La Chambre de Commerce propose de rabaisser le pourcentage de franchise de 2% à 0,5% en appliquant de la sorte le même pourcentage pour les franchises en cas de rajustements sur matériaux et sur salaires.

*Paragraphe B (9) d):*

En ce qui concerne l'adaptation du contrat, la Chambre de Commerce s'oppose à ce que les rajustements sur matériaux consécutifs à une ou plusieurs hausses d'un contrat dont la durée n'excède

pas 6 mois ne puissent donner lieu à une adaptation des prix. Une telle démarche est en effet contraire au principe suivant lequel le pouvoir adjudicateur ne peut charger l'adjudicataire d'un risque extraordinaire. En conséquence, la Chambre de Commerce propose de biffer cet alinéa.

*Paragraphe C (1):*

La Chambre de Commerce propose de compléter ce paragraphe par un alinéa c) dont la teneur serait la suivante:

„c) en cas de variations d'au moins 20% de la quantité de chaque position individuelle.“

*Paragraphe C (2) a):*

La Chambre de Commerce renvoie à sa remarque relative au paragraphe A (2) a).

*Paragraphe C (6):*

Concernant les **modifications**, la Chambre de Commerce s'oppose à la disposition, selon laquelle les changements qui entraînent un prolongement du délai d'exécution inférieur à 10% de la durée contractuelle ne puissent donner lieu à une modification du contrat, alors que les prestations à effectuer pendant ce délai peuvent représenter une contre-valeur de plusieurs millions de francs.

*Concernant l'article 40*

La Chambre de Commerce se demande pour quelle raison les auteurs du projet de règlement ont limité l'exigence d'une retenue de garantie aux seuls marchés de travaux et de fournitures.

*Concernant l'article 41*

La Chambre de Commerce s'oppose à la faculté de la réception définitive à une date située à deux années après la réception intermédiaire globale. L'exercice de cette faculté a une influence certaine sur le point de départ des responsabilités biennale et décennale de tous les corps de métier intervenants.

*Concernant l'article 43*

*Paragraphe (5):*

La Chambre de Commerce aimerait voir préciser que des intérêts moratoires **égaux au taux d'intérêt légal** seront dus.

*Paragraphe (7):*

La Chambre de Commerce n'est pas opposée à l'introduction de délais pour la remise de la facture. Il est évident que dans le cas de l'établissement d'une facture par le pouvoir adjudicateur en cas de carence de l'adjudicataire, cette facture devra être acceptée par le soumissionnaire.

*Concernant l'article 45*

*Paragraphe (3):*

La Chambre de Commerce estime que la sanction de l'exclusion de l'adjudicataire de la participation à des marchés futurs est trop sévère pour intervenir de façon systématique tel qu'il résulte du libellé du texte du projet de règlement. La Chambre de Commerce préfère la formulation du texte actuel qui laisse au pouvoir adjudicateur la faculté de prononcer cette sanction au gré des circonstances.

*Paragraphe (4):*

La Chambre de Commerce est d'avis que les pouvoirs adjudicateurs ne relevant pas de l'Etat devraient également demander l'avis de la Commission des Soumissions avant de pouvoir procéder aux sanctions prévues par le présent article.

*Concernant l'article 46*

*Paragraphe (1):*

La Chambre de Commerce propose d'augmenter le nombre des membres de la Commission des Soumissions à huit membres, à savoir quatre membres, dont le président, représentant les pouvoirs adjudicateurs et de quatre membres désignés sur les listes présentées par la Chambre des Métiers et la

Chambre de Commerce. Cette mesure permettrait une répartition des mandats plus équilibrée entre la Chambre des Métiers et la Chambre de Commerce. En effet, la Chambre des Métiers dispose actuellement de deux mandats tandis que la Chambre de Commerce ne dispose que d'un seul mandat. Dans le cas où la présence majoritaire des représentants des pouvoirs adjudicateurs devait être maintenue, la Chambre de Commerce propose un nombre total de neuf mandats, dont cinq pour les pouvoirs adjudicateurs.

*Concernant l'article 47*

*Paragraphe (1):*

La Chambre de Commerce voudrait tirer l'attention sur le fait que la référence à la loi du 4 avril 1974 s'avérera inutile dès l'entrée en vigueur de la loi alors que la loi sera abrogée. Il ya lieu de la remplacer par une référence à la future loi faisant l'objet du présent avis.

*Paragraphe (2):*

La Chambre de Commerce demande à ce que les fédérations processionnelles puissent également être admises à introduire des réclamations auprès de la Commission des Soumissions.

La Chambre de Commerce se demande s'il ne faut pas prévoir une disposition transitoire pour définir le régime juridique des contrats en cours lors de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions.

\*

### **III. PROJET DE REGLEMENT GRAND-DUCAL portant exécution de l'article I (2) a) de la loi du ... concernant le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services**

Le projet de règlement grand-ducal en question fixe les seuils en dessous desquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à la soumission restreinte sans publication d'avis et au marché négocié, seuils qui ne peuvent être supérieurs à 200.000.- francs valeur au nombre 100 de l'indice des prix à la consommation. Lesdits seuils ont été relevés par rapport à ceux prévus par le règlement grand-ducal du 30 septembre 1993 pour les marchés publics à passer par l'Etat et le règlement grand-ducal du 10 janvier 1989 modifié par celui du 22 octobre 1993 en ce qui concerne les marchés publics à passer par les communes.

La Chambre de Commerce propose de relever lesdits seuils davantage en les portant au double aussi bien au niveau de l'article I (2) a) du projet de loi qu'au niveau du règlement grand-ducal sous examen.

La Chambre de Commerce approuve par ailleurs le fait que les auteurs du projet de règlement grand-ducal ont complété la liste des services pour lesquels le recours à la soumission restreinte sans publication d'avis ou au marché négocié est possible pour autant que ces marchés n'excèdent pas le seuil de 750.000.- francs. En effet, les auteurs ont ajouté aux services de restauration les services d'hôtellerie et aux services de surveillance ceux de sécurité. En revanche, la Chambre de Commerce désapprouve le fait que les travaux de débardage ont été retirés de la liste des travaux et fournitures n'excédant pas le seuil de 1.000.000.- francs et pour lesquels le recours à la soumission restreinte sans publication d'avis ou au marché négocié est possible actuellement.

Finalement la Chambre de Commerce attire l'attention des auteurs du projet de règlement grand-ducal sur le fait que l'intérêt de l'intention des auteurs, aussi louable soit-elle, de prévoir des montants ronds pour les seuils en question, devrait être réduit à néant dès l'introduction de la monnaie unique.

\*

Sous réserve de la prise en compte des remarques faites ci-dessus, et notamment de celles relatives à l'entreprise générale, la Chambre de Commerce, après consultation de ses ressortissants, peut approuver le projet de loi et les projets de règlements grand-ducaux sous avis.

\*

## AVIS DE LA CHAMBRE DES METIERS (3.7.1998)

La Chambre des Métiers a été saisie pour avis sur le projet concernant la réforme de la législation sur le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services par Monsieur le Ministre des Travaux Publics. Les textes soumis à la Chambre des Métiers comprennent

- le projet de loi concernant le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ;
- le projet de règlement grand-ducal ponant institution d'un cahier général des charges applicables aux marchés publics et portant fixation des attributions et du mode de fonctionnement de la Commission des Soumissions;
- le projet de règlement grand-ducal portant exécution de l'article I (2) a) de la loi du ... concernant les marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Cette réforme de la législation et de la réglementation sur le régime des marchés publics est devenue nécessaire parce que le Gouvernement vient de mettre en instance législative le projet de loi sur le budget et la comptabilité de l'Etat et parce que les auteurs de ce projet étaient unanimes pour traiter dans une loi à part le régime des marchés publics qui, jusqu'à présent, faisait l'objet des articles 36, 37 et 38, certes modifiés, de la loi du 27 juillet 1936 sur la comptabilité de l'Etat.

Profitant de cette réforme de la législation sur les marchés publics de travaux, de fournitures et de services, les auteurs du présent projet ont saisi l'occasion de reprendre un certain nombre de dispositions avantageuses de l'acquis communautaire en les inscrivant dans notre législation nationale, applicable en dessous des seuils prévus par les directives CE.

Dans ce contexte, la Chambre des Métiers voudrait encore souligner qu'elle salue l'initiative des responsables du Ministère des Travaux Publics d'avoir consulté préalablement le Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B) sur base d'un avant-projet. N'est-ce pas le CRTI-B qui rassemble en son sein tous les acteurs du secteur de la construction dans un élan de dialogue serein et institutionnalisé et dans le consensus le plus large? Cette consultation a permis de tenir compte de l'expérience de l'ensemble de ces acteurs pour établir une réflexion générale sur les marchés publics. Les textes ainsi élaborés retiennent ainsi la plupart des idées développées lors de ces travaux préparatoires.

\*

### 1. CONSIDERATIONS GENERALES

Comme dans tous les pays, les commandes publiques atteignent au Luxembourg une telle ampleur qu'elles exercent nécessairement une action sur l'économie générale et sur le fonctionnement des entreprises. Il en est ainsi, en particulier, dans les secteurs du bâtiment et des travaux publics dont les activités correspondent, pour la moitié, à des marchés de l'Etat, des collectivités locales, des établissements publics ou d'autres organismes soumis au contrôle des pouvoirs publics.

Les marchés publics ne peuvent donc pas seulement faire l'objet de réglementations et de contrôles, mais la politique des marchés publics doit continuer à promouvoir, dans le cadre de la politique économique générale, l'adaptation de l'économie et, en particulier, celle des entreprises, ainsi que la réduction des coûts par l'accroissement de la productivité.

Dans son application au domaine de la construction, cette politique doit tenir le plus grand compte de la nécessité d'une amélioration de la qualité de la vie et de la qualité architecturale, de manière à ce que les constructions du secteur public répondent aux aspirations actuelles des citoyens, de plus en plus sensibles à l'environnement et qu'elles aient un caractère exemplaire à l'égard des constructions du secteur privé.

Les maîtres d'ouvrage publics doivent avoir l'ambition dans les années à venir:

- de concevoir un domaine bâti mieux adapté aux besoins du citoyen et d'en optimiser le coût;
- de concilier architecture et productivité;
- de favoriser la modernisation et l'adaptation des structures professionnelles et notamment l'adaptation des entreprises aux réalités des marchés globaux ou régionaux;
- de promouvoir l'amélioration des conditions de travail sur les chantiers, notamment quant à leur sécurité et leur hygiène.

Pour arriver à ces résultats, il est, certes, indispensable d'orienter les arts et les techniques vers des pratiques susceptibles d'entraîner un accroissement durable de productivité, mais il est non moins nécessaire de rendre plus claires, plus simples et plus incitatives à la réduction des coûts les dispositions réglementaires et les stipulations contractuelles concernant les marchés publics de travaux.

Les marchés publics doivent constituer un élément moteur de cette politique en contribuant, plus encore que par le passé:

- au progrès de la technique et de la normalisation dans tous les corps de métiers;
- à une meilleure organisation et à une plus grande continuité des chantiers;
- à l'obtention de meilleures conditions de travail;
- à une amélioration de la situation du secteur de la construction dans la compétition internationale.

Certes, la première préoccupation des maîtres d'ouvrage publics doit toujours être d'utiliser le mieux possible les crédits, en l'occurrence les fonds publics, dont ils disposent à cette fin, mais il leur faut s'attacher non pas tant, à obtenir, dans chaque cas particulier, le prix immédiat le plus faible possible, qu'à parvenir pour l'ensemble des travaux dont ils ont la charge, à une réduction durable des coûts pour la collectivité et à une amélioration de la qualité du domaine bâti.

Enfin, les pouvoirs publics doivent établir un environnement ou des conditions générales pour un marché équitable. Ainsi les pouvoirs publics doivent-ils s'efforcer d'équilibrer les conditions du marché pour que les intérêts publics soient équitablement respectés dans la fixation des règles.

La compétition pour obtenir des contrats dans le cadre des marchés publics est telle qu'elle peut être considérée comme excessive et qu'elle fait parfois l'objet de pratiques de dumping tant au niveau des prix qu'au niveau de la qualité. Cette situation encourage fréquemment la soumission d'offres anormalement basses et inférieures au seuil de couverture des coûts.

Les conséquences de cette situation menée à l'extrême ont été décrites par la Commission du Bâtiment par ces termes: *„... les pouvoirs publics sont exposés à un risque accru de malfaçons et de réclamations contentieuses de la part des adjudicataires aux abois. Quant aux entreprises saines, soit elles voient lamener leur marge bénéficiaire, soit elles refusent le suicide, mais sont éliminées par la logique impitoyable de l'adjudication au moins-disant et se trouvent ainsi pénalisées voire condamnées à disparaître.“*

La réglementation sur les marchés publics, actuellement en vigueur, met en effet sur un pied d'égalité l'adjudication au moins-disant et j'adjudication à l'offre économiquement la plus avantageuse. Or, les pouvoirs adjudicateurs publics luxembourgeois continuent à privilégier l'adjudication au moins-disant, méthode d'adjudication qui sacrifie la performance de l'ouvrage en termes de conception, de longévité et de coûts d'exploitation et de maintenance pendant sa durée de vie par rapport à un coût initial moins élevé, tandis que l'offre économiquement la plus avantageuse est évidemment celle qui apporte la meilleure réponse économique, au sens global du terme, aux besoins exprimés par la collectivité, en ce sens qu'elle prend en compte l'effort d'innovation, la qualité, les coûts de maintenance et les capacités et performances des soumissionnaires et non seulement le prix initial le plus bas.

Ainsi, la Chambre des Métiers considère que les pouvoirs publics doivent s'efforcer d'équilibrer les conditions du marché pour que les intérêts publics soient équitablement respectés dans la fixation des règles. Le problème des offres anormalement basses mérite une réflexion approfondie. Ainsi des mécanismes de détection, des systèmes de préqualification adéquats ou d'autres moyens sont-ils à développer.

D'ailleurs, c'est depuis longtemps que la Chambre des Métiers préconise d'utiliser aussi souvent que possible la recherche intelligente du mieux disant, qui est celui à offrir le meilleur rapport qualité-prix, que de rechercher la solution de facilité du moins-disant.

La vision de la Chambre des Métiers a été corroborée par le Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B) qui a introduit des conditions minima de participation dans la première version de ses clauses contractuelles déclarées d'obligation générale par le Gouvernement pour les marchés publics.

Récemment, une nouvelle version des clauses contractuelles élaborée par le CRTI-B a été déclarée d'obligation générale par le Conseil de Gouvernement. La proposition actuelle du CRTI-B, qui a été transmise aux responsables du Ministère des Travaux Publics pour déclaration d'obligation générale, vise plutôt à donner au pouvoir adjudicataire le moyen de contrôler la capacité juridique, économique et technique des soumissionnaires en y incluant des critères de sélection qualitative.

Ainsi, le CRTI-B a proposé de modifier les clauses contractuelles, en y incluant sous le chapitre „critères de sélection qualitative“ la fourniture par l’entrepreneur de renseignements, documentant sa capacité juridique, sa capacité économique et sa capacité technique. Cette fourniture obligatoire de renseignements lors de la remise de l’offre se concrétisera par la production de documents officiels ou officialisés.

En suivant cette voie, le CRTI-B n’a fait qu’entériner les recommandations de la Commission européenne en ce qui concerne les critères de sélection qualitative dans ses diverses directives sur les marchés publics.

La Chambre des Métiers voudrait rappeler que l’article 32 du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 portant institution d’un cahier général des charges applicables aux marchés publics de travaux et de fournitures pour compte de l’Etat, tout comme l’article 45 du règlement grand-ducal du 10 janvier 1989 portant exécution du chapitre 2 de la loi du 4 avril 1974 concernant le régime des marchés publics de travaux et de fournitures pour compte des communes, insistent à ce que „*le choix de l’adjudicataire ne puisse se porter que sur les soumissionnaires dont la compétence, l’expérience et les capacités techniques et financières, la situation fiscale et parafiscale, les moyens d’organisation en outillage, matériel et personnel qualifié, le degré d’occupation ainsi que la probité commerciale offrent des garanties pour une bonne exécution des prestations dans les délais prévus*“.

Tout en s’inspirant largement du système introduit par les directives européennes, le CRTI-B a ainsi proposé de demander, pour chaque soumission, la production, de la part de l’entrepreneur, des documents suivants:

- certificat d’inscription au registre professionnel dans les conditions prévues par la législation de l’Etat où il est établi;
- extrait du casier judiciaire ou, à défaut, document équivalent, renseignant sur la probité du fondé de pouvoir de l’entrepreneur ou à défaut du gérant technique, délivré par une autorité judiciaire ou administrative du pays d’origine ou de provenance et ne datant pas de plus d’un an;
- bilans et comptes pertes et profits certifiés des trois dernières années;
- liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années, leurs dates, leurs montants et leurs destinataires publics ou privés; cette liste étant accompagnée d’au moins trois certificats de bonne exécution pour les travaux les plus importants;
- déclaration mentionnant les effectifs moyens annuels de l’entreprise ainsi que leur qualification dans le métier concerné et le nombre de ses cadres pendant les trois dernières années.

Ce n’est qu’en analysant ces documents que le pouvoir adjudicateur peut se faire une idée sur les capacités juridiques, économiques et techniques des entrepreneurs qu’il veut charger des travaux. Ainsi donc, le pouvoir adjudicateur commencera à vérifier l’absence de causes d’exclusions propres à la situation personnelle de l’entreprise (faillite, condamnations, non-respect des obligations sociales ou fiscales). Ensuite, il vérifiera chez les entreprises non exclues les références (bilans, chiffres d’affaires, déclarations bancaires appropriées, titres d’études, matériel disponible, effectifs, certificats de bonne exécution de prestations antérieures ...) qu’il a exigées pour apprécier leurs capacités financière, économique et technique.

En conséquence, la Chambre des Métiers insiste à ce que les pouvoirs publics s’orientent aux principes généraux esquissés ci-dessus lors de l’application de cette réglementation importante.

Dans la suite de son avis, la Chambre des Métiers voudrait suivre l’organisation du projet de loi et de règlement lui soumis. Ainsi commentera-t-elle d’une façon générale et d’une façon particulière le projet de loi avant d’aviser le projet de règlement grand-ducal.

## **2. PROJET DE LOI**

### **concernant le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services**

#### **2.1. Remarques générales**

Le projet de loi sous examen a pour objet de créer la première loi spécifique qui ne traite que des marchés publics. En effet, dans le passé la législation sur les marchés publics faisait partie de la loi générale sur le budget et la comptabilité de l'Etat. En outre, la matière des marchés publics était traitée par des textes différents pour les différentes catégories de pouvoirs adjudicateurs. Le projet de loi sous avis institue un texte unique applicable à tous les pouvoirs adjudicateurs publics, qu'ils relèvent de l'Etat ou des collectivités locales.

La Chambre des Métiers soutient totalement cette approche, mais elle regrette cependant que les auteurs du projet de loi n'aient pas intégré dans leur texte le chapitre relatif aux marchés se situant au-dessus des seuils fixés par les directives européennes. Le projet de loi ne reprend pas textuellement les différents chapitres traitant de la matière des marchés publics sur le plan européen, mais ne fait que renvoyer aux textes existants tout en changeant leur numérotation. La Chambre des Métiers insiste à ce que les textes existants et traitant de la matière soient intégralement repris par les auteurs du projet de loi. Elle souligne particulièrement à ce que des textes légaux d'une telle importance soient codifiés ou consolidés afin d'augmenter leur transparence et leur accessibilité, tant pour les pouvoirs adjudicateurs eux-mêmes que pour les soumissionnaires.

Récemment, la Commission du Bâtiment tout comme le Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B) ont exprimé, dans leurs rapports et avis respectifs, le désir d'appliquer une plus grande sélectivité dans le choix des candidats pour des raisons d'économie et d'amélioration des procédures. La Chambre des Métiers, qui se rallie aux opinions des deux institutions précitées, félicite les auteurs d'avoir tenu compte de cette revendication. En effet, le projet de loi prévoit d'admettre, à côté de la soumission publique, la soumission restreinte avec publication d'avis sous une condition d'envergure du marché. Ainsi, pour tout marché au-delà de 5 millions de francs (indice 100), respectivement de 25 millions de francs (indice 100), pour la réalisation d'ouvrages par entreprise générale, les pouvoirs adjudicateurs auront la faculté d'opter pour la soumission publique ou pour la soumission restreinte avec publication d'avis. Ceci permettra de définir des critères pour la sélection des candidats de sorte à n'obtenir des offres que des entreprises techniquement et financièrement capables de réaliser l'ouvrage visé. La Chambre des Métiers insiste toutefois à ce que les critères de sélection retenus par les pouvoirs adjudicateurs soient appropriés à la taille et à la complexité des marchés.

#### **2.2. Analyse des articles**

##### *Concernant l'article 1*

###### *Paragraphe (1) Définition de la notion de „pouvoir adjudicateur“*

La Chambre des Métiers constate avec satisfaction que, contrairement à la loi du 4 avril 1974, les pouvoirs adjudicateurs tombant sous le coup de la loi sont définis clairement et limitativement.

###### *Paragraphe (2) Procédures*

Ce paragraphe consacre le principe fondamental, régissant depuis longtemps les marchés publics luxembourgeois, principe qui considère que les pouvoirs adjudicateurs doivent passer en règle générale leurs marchés par soumission publique. En ce qui concerne les exceptions à cette règle générale, les auteurs s'inspirent notamment des principes arrêtés par les directives européennes.

La Chambre des Métiers constate que les auteurs du projet de loi introduisent une nouvelle procédure qui est constituée par la soumission restreinte avec publication d'avis tout en estimant nécessaire de limiter ce type de procédure aux marchés de travaux à condition de dépasser respectivement 5 millions de francs (indice 100) pour les marchés réalisés par corps de métiers séparés et 25 millions de francs (indice 100) pour les marchés réalisés par entreprise générale.

La Chambre des Métiers ne considère pas nécessaire de limiter la procédure par soumission restreinte avec publication d'avis aux seuls marchés de travaux. En effet, pour les marchés de services et de fournitures, la sélectivité au niveau des candidats peut également constituer un avantage au niveau de la qualification des entreprises.

Dans leur commentaire des articles, les auteurs du projet de loi indiquent comme raison de limiter le recours à la soumission restreinte avec publication d'avis leur crainte qu'en généralisant cette procédure sans aucune autre limite, la procédure de la soumission publique tendrait à disparaître. Contrairement aux auteurs du projet de loi, la Chambre des Métiers doute de la nécessité de fixer des seuils limitant ainsi le choix du pouvoir adjudicateur. En effet, celui-ci devrait être libre à déterminer le choix de la procédure, ceci d'autant plus que les raisons qui peuvent conduire à préférer l'appel de candidatures sont multiples et indépendantes du montant total des marchés.

Il faudrait seulement veiller à standardiser au mieux les données à fournir par les candidats afin de ne pas forcer des entreprises à établir un nouveau dossier pour chaque ouvrage. Le CRTI-B pourrait être chargé de la mission d'élaborer un modèle-type d'un dossier de candidature.

La Chambre des Métiers regrette que les seuils pour les soumissions restreintes sans publication d'avis et les marchés négociés n'aient pas été augmentés davantage. En effet, elle estime que si les seuils étaient doublés, le gain réalisé au niveau de la flexibilité de la procédure serait supérieur au danger éventuel d'une attribution non optimale au niveau du prix. Suivant l'analyse de la Cour des Comptes de 1994, 63% des marchés étaient adjugés par marché de gré à gré ou par soumission restreinte sans publication d'avis. Il se peut dès lors que les pouvoirs adjudicateurs considèrent la procédure de marché public trop lourde pour les marchés de moindre envergure.

La Chambre des Métiers constate avec satisfaction que le seuil en dessous duquel il n'y a pas lieu de recourir à une nouvelle soumission publique pour des travaux complémentaires est augmenté de 20 à 30% de la valeur du marché principal.

En outre, elle constate que pour les cas repris sous les points b à k, la décision d'avoir recours à une soumission restreinte sans publication d'avis ou à un marché négocié est prise par

- un arrêté du ministre du ressort pour les marchés de l'Etat et non plus par le Conseil du Gouvernement;
- une délibération motivée du collège des bourgmestre et échevins;
- une décision motivée du bureau des syndicats de commune;
- une décision motivée du président pour les établissements publics placés sous la surveillance des communes.

La Chambre des Métiers ne voit pas d'inconvénients pour les trois premières procédures, mais elle estime nécessaire, dans le cas d'un établissement public placé sous la surveillance des communes qu'une décision de cette portée devrait être prise par une entité politiquement responsable. L'organe de surveillance constitué par les communes devrait dès lors participer à cette décision.

#### *Paragraphe (3) Modes de passation*

La Chambre des Métiers reste convaincue que la procédure par entreprise générale, globale ou partielle doit rester l'exception limitée aux projets complexes et d'envergure. Les marchés par profession doivent constituer la règle.

#### *Paragraphe (5) Sanctions et primes*

La Chambre des Métiers s'oppose catégoriquement à ce que des charges pénales puissent être retenues dans des cahiers spéciaux de charges sans que la portée de ces clauses n'ait été limitée par un règlement grand-ducal d'exécution. Ainsi, la Chambre des Métiers propose la formulation suivante pour le paragraphe en question:

„Un règlement grand-ducal peut prévoir des clauses pénales adaptées à la nature et à l'importance des marchés ...“

En effet, le règlement grand-ducal portant institution d'un cahier général des charges institue déjà des sanctions dans son chapitre 13. La formulation retenue par les auteurs du texte crée une incertitude juridique sur les limites de ces clauses pénales. En effet, elle permettrait que des pouvoirs adjudicateurs prévoient des clauses pénales, notamment des pénalités de retard supérieures aux limites retenues par le CRTI-B. De même, il n'est pas concevable que les pouvoirs adjudicateurs puissent écarter un soumissionnaire des marchés publics sur base de l'application d'un cahier spécial des charges.

#### *Paragraphe (6) Avances*

L'abolition du seuil de 25 millions comme condition de l'attribution d'avances, à titre de provision, est entièrement approuvée par la Chambre des Métiers, car rien ne justifie que pour le même type de

prestation, les petites entreprises ne pourraient percevoir des avances. Ceci est d'autant plus important que les investissements préalables deviennent de plus en plus importants suite à de nouvelles réglementations, notamment en matière de sécurité, de santé et d'environnement.

*Paragraphe (7) Commission des Soumissions*

La Chambre des Métiers constate que pour pouvoir recourir à une soumission restreinte sans publication d'avis ou à un marché négocié, un pouvoir adjudicateur relevant de l'Etat doit demander l'avis préalable de la Commission des Soumissions pour tout marché dépassant un million, valeur cent de l'indice des prix à la consommation. Comme cette façon de procéder émane d'une volonté de protection des pouvoirs adjudicateurs par les auteurs du projet, la Chambre des Métiers n'a pas d'objection à formuler.

*Concernant l'article II*

*Paragraphe (1) Durée des marchés publics*

Il y a lieu de soulever que les contrats de leasing et de location-vente sont réglés par la loi du 13 avril 1970 fixant les conditions suivant lesquelles le Gouvernement peut soit acquérir certains immeubles présentant un intérêt public, soit garantir le rendement et les charges locatifs de tels immeubles, dite loi de garantie. La Chambre des Métiers approuve que le législateur désire clarifier la forme de l'attribution de ces marchés qui seront dès lors soumis aux mêmes procédures que les marchés dont le financement est assuré par le pouvoir adjudicateur.

*Paragraphe (2) Décompte*

La Chambre des Métiers estime que cette procédure pourrait permettre d'établir un indicateur de l'évolution des prix pour les marchés publics, ce qui satisfait une revendication formulée depuis de nombreuses années par les milieux professionnels. Il serait dès lors intéressant de fournir ces informations non seulement à la Chambre des Députés, mais également aux instances chargées d'étudier la situation des marchés publics et notamment la Commission du Bâtiment. C'est pourquoi la Chambre des Métiers regrette fortement que les décomptes livrés à la Chambre des Comptes ne représentent qu'une part infime (trois décomptes sur quelque 87 marchés soumis à cette obligation pour l'année 1993) des marchés supérieurs à 100 millions de LuF.

*Paragraphe (3) Dispositions transitoires*

Ce paragraphe n'appelle pas de commentaires spécifiques de la part de la Chambre des Métiers.

*Concernant l'article III*

*Paragraphe (1) Clause préférentielle en faveur d'un soumissionnaire local*

La Chambre des Métiers souscrit entièrement à une telle clause préférentielle en faveur d'un soumissionnaire local. La disposition actuelle reprise par les auteurs du projet de loi permet, en effet, de favoriser un soumissionnaire local à partir du moment où son offre ne dépasse pas de plus de 5% l'offre économiquement la plus avantageuse pour les marchés n'excédant pas 500.000 francs, valeur au nombre cent de l'indice pondéré des prix à la consommation. Ces cinq pour-cent représentent un montant de 25.000.- LuF, valeur au nombre cent de l'indice pondéré des prix à la consommation. La Chambre des Métiers se demande si la fixation d'un plafond à la valeur totale du marché pour pouvoir favoriser un soumissionnaire local est encore indiquée aujourd'hui. Elle verrait bien l'application d'aucune limite supérieure, sinon l'augmentation substantielle de ce plafond.

*Paragraphe (2) Suspension et annulation*

Ce paragraphe n'appelle pas de commentaires spécifiques de la part de la Chambre des Métiers.

*Concernant l'article IV Règles d'exécution*

La Chambre des Métiers n'a pas de commentaires à faire.

*Concernant l'article V Modification procédurale de l'article VIII*

Au règlement grand-ducal du 15 janvier 1996 ayant modifié la numérotation des paragraphes de l'article VIII, il faut lire: „Les dispositions de l'article VIII paragraphe 13 sub a) de la loi ...“

### *Concernant les chapitres 2 et 3*

La Chambre des Métiers, en se référant à ses explications reprises sous le chapitre „Remarques générales“, aurait aimé retrouver la reprise totale des textes actuels des chapitres 4 et 5 de la loi du 4 avril 1974 concernant le régime des marchés publics de travaux et de fournitures. Elle insiste particulièrement à ce que des textes légaux d'une telle importance soient codifiés ou consolidés afin d'augmenter leur transparence et leur accessibilité, tant pour les pouvoirs adjudicateurs eux-mêmes que pour les entreprises et notamment les PME soumissionnaires.

En outre, la Chambre des Métiers se demande si la façon de faire des auteurs du projet de texte est correcte d'un point de vue de la technique législative. En effet, si on sait que le chapitre 4 suivant abroge la loi du 4 avril 1974 concernant le régime des marchés publics de travaux et de fournitures, on peut se demander si le renvoi à une loi, d'ailleurs abrogée, a une quelconque valeur juridique.

### *Concernant le chapitre 4*

Comme le chapitre 4 abroge la loi du 4 avril 1974 concernant le régime des marchés publics de travaux et de fournitures, ce paragraphe n'appelle pas de commentaires spécifiques de la part de la Chambre des Métiers.

\*

## **3. PROJET DE REGLEMENT GRAND-DUCAL portant institution d'un cahier général des charges applicable aux marchés publics et portant fixation des attributions et du mode de fonctionnement de la Commission des Soumissions**

### **3.1. Remarques générales**

A la suite des amendements opérés par le projet de réforme de la loi sur le régime des marchés publics, le projet de règlement grand-ducal d'exécution introduit un certain nombre d'améliorations tant qualitatives que procédurales.

La Chambre des Métiers voudrait encore une fois féliciter les auteurs du projet de règlement grand-ducal d'avoir consulté, avant la mise en route du processus législatif, les milieux professionnels intéressés et notamment le Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B). Cette façon de faire a permis d'aplanir, dans la grande majorité des cas, les divergences de vue et de proposer des textes et des règles équilibrés.

Les nouveautés et améliorations introduites dans le texte du projet de règlement grand-ducal peuvent être résumées de la façon suivante:

- Le projet de règlement grand-ducal donne une définition de la soumission restreinte avec publication d'avis et fournit les critères ou conditions minima de participation qui constituent les critères de sélection.
- Le projet de règlement grand-ducal cite d'une façon exemplative les critères pouvant définir l'offre économiquement la plus avantageuse, afin d'inciter les pouvoirs adjudicateurs de faire plus fréquemment usage de l'offre économiquement la plus avantageuse et de retenir, lors de l'adjudication, le mieux disant et non seulement le moins-disant.
- Le projet de règlement grand-ducal introduit la possibilité pour les soumissionnaires de remettre leur offre sur support informatique.
- Le projet de règlement grand-ducal permet, en outre, d'écarter des offres dites „spéculatives“ sur base de prix isolés très bas.
- Le projet de règlement grand-ducal crée une cellule administrative au sein de la Commission des Soumissions dont les pouvoirs de contrôle sont élargis pour pouvoir mener une action préventive afin d'éviter des recours devant les tribunaux administratifs.
- Le projet de règlement grand-ducal rend obligatoire l'utilisation des cahiers des charges standardisés élaborés par le Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B).
- Le projet de règlement grand-ducal innove en introduisant une nouvelle structuration dans le chapitre sur la résiliation, l'adaptation et la modification des contrats. Ainsi, la notion d'adaptation a

essentiellement trait aux révisions de prix classiques sur salaires ou matériaux, tandis que la notion de modification englobe tous les autres changements au contrat.

La Chambre des Métiers voudrait, dans la suite de ses remarques générales, relever plus particulièrement un certain nombre de points et d'éléments de la procédure de soumission et d'adjudication qu'elle considère éminemment importants pour le secteur de l'artisanat. Ainsi, elle commentera plus en détail la mise en adjudication par entreprise générale. Elle insistera tout particulièrement sur la notion de concurrence loyale et sur son contrôle lors de la recherche de l'adjudicataire.

En ce qui concerne la mise en adjudication par entreprise générale, la Chambre des Métiers souligne le caractère exceptionnel des conditions constituant une raison pour recourir à une telle forme de soumission. Tout comme le Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B), elle reste convaincue que cette forme d'adjudication doit être réservée aux seuils objets d'envergure et d'une grande complexité technique.

En effet, une mise en adjudication par entreprise générale opère une scission entre la qualité des contrats; d'un côté, le contrat de l'entrepreneur général avec le maître d'ouvrage étant soumis à la réglementation des marchés publics et de l'autre côté, le contrat de sous-traitance, qui est de droit privé, reste un engagement libre entre parties. Tandis que les marchés publics sont soumis à des conditions strictes, notamment au niveau des délais de paiement, des conditions d'exécution et des adaptations et des modifications des marchés, l'entreprise générale peut exercer une pression quasi illimitée sur ses sous-traitants.

Si la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance prévoit une certaine protection des sous-traitants contre la défaillance financière de l'entrepreneur général, il y a lieu de souligner que cette loi ne trouve quasiment jamais d'application du fait que le sous-traitant, faisant valoir ses droits, sera pénalisé dans la suite par l'entrepreneur général qui use de tout son poids économique. Aussi de nombreux contrats de sous-traitance prévoient-ils d'office que le sous-traitant s'engage à ne pas recourir au paiement direct.

La Chambre des Métiers reste convaincue que le seul moyen pour éviter des abus de position dominante dans les relations entre un entrepreneur général et un sous-traitant consiste dans l'obligation pour l'entrepreneur général de garantir à ses sous-traitants des conditions contractuelles identiques à celles du marché principal en ce qui concerne les délais de paiement, les adaptations et les modifications de marché, les délais d'exécution, les conditions de résiliation, les décomptes etc.

Si dans des cas précis, le recours à la mise en adjudication par entreprise générale ne peut pas être évité, la Chambre des Métiers préconise le recours aux marchés par entreprise générale partielle par entité fonctionnelle par rapport à l'entreprise générale totale. En effet, ce modèle d'organisation est de loin plus adapté à la structure du secteur luxembourgeois de la construction pour les grandes réalisations des prochaines années et permettrait en plus de développer des compétences lui facilitant l'accès aux marchés régionaux.

La Chambre des Métiers constate avec plaisir que le nouveau texte vise à lutter contre une pratique des entreprises générales qui consistait à proposer plusieurs sous-traitants pour la même prestation, ce qui leur permettait de procéder à une négociation des offres de ces différents sous-traitants, une fois que le marché leur était adjugé. En l'obligeant à indiquer non seulement la liste des sous-traitants, mais également le pourcentage des prestations que chacun réalisera si pour un même corps de métiers plusieurs entreprises étaient indiquées, un frein certain est mis à cette pratique.

Dans l'analyse des articles du règlement grand-ducal ci-dessous, la Chambre des Métiers proposera un amendement aux articles ayant trait à l'entreprise générale qui permettra au moins de mettre fin à la fâcheuse pratique de certains entrepreneurs généraux de pressuriser leurs sous-traitants à leur seul et unique avantage.

La Chambre des Métiers soutient le législateur dans sa volonté d'améliorer les moyens de contrôle des adjudicataires et de leurs prix, ceci dans le but d'assurer, malgré une concurrence extrême, une concurrence loyale entre tous les soumissionnaires.

Lors des discussions préalables au présent projet de règlement grand-ducal, une des revendications principales de la Chambre des Métiers portait sur l'amélioration de la vérification des prix offerts par les soumissionnaires. A cet effet, elle avait proposé de rendre obligatoire une analyse des prix pour toutes les offres dont le montant total était de plus de 15% inférieur à la moyenne des offres, moyenne qui était calculée sans les offres la plus et la moins chère. La Chambre des Métiers constate avec satisfaction que cette proposition a été retenue par les auteurs du projet de règlement grand-ducal. Toutefois, les auteurs

ont limité cette obligation au cas où cinq offres au moins fussent remises. La Chambre des Métiers insiste sur le fait que, si moins de cinq offres sont remises, le principe d'une obligation de présenter une analyse des prix devrait être maintenu dans le cas d'une différence de plus de 15% par rapport à la moyenne des offres, quitte à calculer la moyenne sur base de toutes les offres remises.

Il est évident que l'analyse de prix ne doit pas se limiter à une simple vérification arithmétique des calculs, mais doit également contrôler la faisabilité technique en terme de temps minimal pour la réalisation des positions. Ainsi, un recours systématique à des experts devrait être prévu. La Chambre des Métiers croit voir dans le renforcement des structures administratives de la Commission des Soumissions un moyen pertinent pour organiser un tel contrôle.

Toutefois la Chambre des Métiers regrette particulièrement que les auteurs du projet de règlement grand-ducal n'aient pas voulu suivre sa proposition de rendre obligatoire, avec la remise de l'offre, la remise d'un état établi par les institutions de sécurité sociale, l'administration des Contributions et l'administration de l'Enregistrement et des Domaines et attestant la non-obligation du soumissionnaire. Cette approche aurait permis de lutter plus systématiquement contre une concurrence déloyale du fait du non-paiement des obligations en matière de cotisations sociales, d'impôts directs sur le revenu et en matière de taxe sur la valeur ajoutée.

Lors des discussions préalables, l'argument de la sauvegarde d'emplois dans les entreprises concernées était systématiquement invoqué pour ne pas introduire une telle obligation. Les récentes situations et cas ont démontré que cet argument de la protection de l'emploi n'est que factice; en effet, si la demande pour des prestations de services est assez importante, les salariés des entreprises, qui ne peuvent plus occuper leur main-d'oeuvre, retrouveront du travail auprès d'autres entreprises.

Un autre argument invoqué contre la contrainte de présenter des certificats de non-obligation sociale et fiscale résidait dans certains abus dans l'établissement de tels certificats. Si des abus en matière de certificat avaient pu exister, il serait d'autant plus efficace d'agir au niveau de la sévérité dans l'attribution de ces certificats que d'omettre cette obligation dans le cadre de la présente législation.

L'obligation de présenter des certificats de non-obligation envers les administrations fiscales et de sécurité sociale devient, à l'avis de la Chambre des Métiers, de plus en plus importante en vue des efforts de certains d'abaisser le taux d'intérêt de retard auprès de ces mêmes administrations au taux de l'intérêt légal sans aucune pénalité. Dans l'analyse des articles ci-après, elle proposera une formulation de texte.

La Chambre des Métiers soutient également la volonté de recourir plus souvent aux offres à prix global rendant la budgétisation des projets plus aisée pour le maître d'ouvrage public. Elle insiste cependant sur la nécessité de porter le plus grand soin à l'établissement des pièces de la soumission, et notamment des bordereaux détaillés des positions. En effet, une telle approche présuppose une prolongation de la durée de la phase de conception et de planification nécessaire au calcul précis des métrés. En cas de modifications des prestations, celles-ci devront être consignées dans des avenants au contrat de marché initial. La nouvelle structuration dans le chapitre sur la résiliation, l'adaptation et la modification des contrats est comprise par la Chambre des Métiers comme un élément permettant plus facilement ces modifications.

Si dans le passé le reproche quant au non-respect des délais était formulé envers la procédure par corps de métiers séparés, reproche d'ailleurs jamais partagé par la Chambre des Métiers, il n'y aura plus de raisons d'invoquer l'urgence pour recourir à une autre forme d'adjudication. En souscrivant pleinement au fait de rendre le planning contractuel et de faciliter la résiliation des contrats en cas de défaillance de l'adjudicataire, la Chambre des Métiers ne continue qu'à soutenir sa conviction que les dérapages en terme de délai n'étaient pas l'apanage des marchés par corps de métiers séparés. Dans ce contexte elle voudrait encore rendre attentif aux propositions pour une amélioration des formes d'organisation et de gestion des opérations de construction élaborées par le Centre de Ressources des Technologies pour le Bâtiment, dans lesquelles le CRTI-B proposait une mission complémentaire pour les ouvrages d'envergure et à complexité technique importante, celle du coordonnateur-pilote.

Lors des travaux préparatoires du présent texte, des discussions ont eu lieu sur la possibilité de prévoir des alternatives techniques pour le même marché. Si dans le passé des variantes étaient déjà autorisées, celles-ci devaient être détaillées dans le bordereau. Avec les alternatives techniques, les soumissionnaires auront la possibilité, si cela est prévu par le cahier spécial des charges, de soumettre une proposition de réalisation nouvelle reprenant une alternative technique. La Chambre des Métiers approuve cette nouvelle faculté qui permettra de mieux utiliser les compétences et le savoir-faire des

entreprises, mais elle voudrait mettre en garde contre les dangers de cette option. Si au moment de la demande, les critères pour les variantes ne sont pas clairement définis, un choix objectif parmi les solutions proposées ne sera plus possible. Il sera dès lors primordial de définir clairement le résultat souhaité par la prestation avant de demander des alternatives.

La Chambre des Métiers soutient pleinement l'institutionnalisation des clauses contractuelles et des clauses techniques élaborées par le Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B) et des prix minima de régie qui avaient jusqu'à présent un statut juridique précaire. La Chambre des Métiers soulève également qu'à l'état actuel, des prix minima de régie n'existent que seul pour le génie civil et qu'il faudra également les établir pour le bâtiment. Même si le recours à des prix minima de régie risque de conduire à un alignement des prix sur ces prix minima, comme l'expérience le montre, la Chambre des Métiers pense toutefois que cette modification permettra d'éviter des pratiques de spéculation comme l'offre à un franc pour des positions de régie pour lesquelles on spéculait qu'elles ne seront pas utilisées.

En matière d'adaptation et de modification de marchés, la Chambre des Métiers n'a pas d'objection contre la clarification de la terminologie. Mais déjà lors des travaux préparatoires, la Chambre des Métiers s'est opposée à la disposition qui prévoit

- qu'aucune adaptation à l'évolution conventionnelle ou légale des salaires ou des matières n'est possible pour les marchés d'une durée inférieure à six mois et
- qu'une modification, et donc un avenant au contrat initial, n'est possible que si cette modification entraîne une augmentation du délai de 10% de la durée contractuelle au moins.

Cette façon de faire est contraire au principe que le commettant ne peut charger le soumissionnaire d'un risque extraordinaire résultant de circonstances que celui-ci ignore et qui échappent à son influence. En effet, le soumissionnaire ne peut anticiper avec certitude ni l'adaptation des salaires au coût de la vie ni les décisions du commettant pouvant influencer le délai. De plus une prolongation de délai de moins de 10% peut être liée à des prestations d'une valeur de plusieurs millions, voire dizaines de millions.

### 3.2. Analyse des articles

#### *Ad article 1er*

La Chambre des Métiers peut soutenir les auteurs du projet de règlement grand-ducal qui ont voulu combler une lacune dans les textes actuels en étendant le principe de la chance unique également aux associations momentanées d'entreprises.

#### *Ad article 2*

La Chambre des Métiers appuie l'introduction d'un nouveau mode de passation de marchés: la soumission restreinte avec publication d'avis. Pour de plus amples commentaires, elle voudrait renvoyer à ses commentaires concernant l'analyse des articles du projet de loi concernant le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

La Chambre des Métiers peut aussi se rallier au changement de la terminologie de l'ancien mode de passation appelé marché de gré à gré en marché négocié. En optant pour la terminologie adoptée par la réglementation européenne, les auteurs du projet de règlement grand-ducal essaient d'harmoniser et de codifier au maximum les différents modes de passation prévus par les différents niveaux de législation.

#### *Ad article 4*

L'article 4 précise la définition de la soumission restreinte avec publication d'avis. La Chambre des Métiers demande à ce que des critères de sélection des candidats publiés dans les avis soient adéquats par rapport à l'envergure et à la complexité de l'ouvrage. La Chambre des Métiers peut également se déclarer d'accord avec la fixation du nombre minimum de trois concurrents pour les soumissions restreintes avec publication d'avis.

La Chambre des Métiers voudrait encore relever une erreur d'orthographe dans le paragraphe (2) de cet article. En effet, il y a lieu de remplacer la référence à „l'article 1" par la référence à „l'article I", les articles du projet de loi concernant le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services sont numérotés par des chiffres romains.

*Ad article 8*

La Chambre des Métiers comprend les préoccupations des auteurs qui prévoient de ne plus séparer les lots pour des raisons d'indivisibilité des responsabilités. Elle pense toutefois qu'il aurait été préférable de s'en tenir à la version existante de l'article, tout en définissant le petit volume. Ainsi, la Chambre des Métiers voudrait proposer le texte suivant pour l'article 8:

**Art. 8. (1)** *Hormis le cas d'entreprise générale, les travaux relevant de différents métiers et industries sont à mettre en adjudication séparément et par profession, à moins qu'en raison du petit volume des lots spéciaux, il ne paraît indiqué de ne pas les séparer des gros travaux.*

*Par petit volume, il faut entendre les travaux, fournitures et services dont le coût est inférieur aux seuils fixés par le règlement grand-ducal pris en exécution de l'article 1. (2) a) de la loi du ... concernant le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.*

*(2) En cas d'offre en nom personnel, le ou les sous-traitant(s) ou, en cas d'offre collective, le ou les cooffrant(s) doit/doivent remplir les conditions de l'article 1er paragraphe (1) ci-dessus.*

*Ad article 9 Entreprise générale*

La Chambre des Métiers doit encore une fois insister sur le caractère exceptionnel de la mise en adjudication par entreprise générale. En suivant l'argumentation développée dans ses remarques générales, la Chambre des Métiers voudrait proposer le texte suivant pour remplacer l'article 9:

**Art. 9. Entreprise générale. – Sous-traitance**

*(1) L'entreprise générale est la forme de contrat adoptée essentiellement:*

- a) pour la réalisation d'ouvrages importants incluant des travaux, fournitures et services relevant de différentes professions;*
- b) lorsqu'en raison de l'indivisibilité des responsabilités, il n'est pas indiqué de séparer les travaux relevant de deux ou de plusieurs métiers.*

*(2) La sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur dit général ou principal confie par un sous-traité à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise générale qu'il a conclu avec le maître de l'ouvrage.*

*(3) Le ou les sous-traitant(s) de l'entrepreneur général doit/doivent répondre aux conditions de l'article 1er paragraphe (1) ci-dessus.*

*(4) Lors de la remise de son offre, l'entrepreneur général doit, sous peine d'irrecevabilité de celle-ci, joindre à son offre une liste des sous-traitants auxquels il prendra recours pour la réalisation de l'ouvrage et avec lesquels il a obligatoirement conclu un précontrat de sous-traitance.*

*Cette liste doit également être signée par chaque sous-traitant.*

*Si pour un même métier ou profession l'entrepreneur général entend occuper deux ou plusieurs sous-traitants, il est tenu d'indiquer sur la liste précitée la part des travaux, fournitures et services qu'il attribue à chacun d'eux.*

*Le cas échéant, le cahier spécial des charges peut exiger de la part de l'entrepreneur général qu'il indique les noms et adresses de ses conseillers techniques ou autres.*

*Les dispositions des alinéas ( 4) ci-dessus ne sont pas applicables dans le cas mentionné à l'article 8 (1).*

*(5) Ne peut être prise en considération une offre en nom personnel émanant d'une personne si celle-ci figure également en tant que sous-traitant dans une entreprise générale ou si elle remet parallèlement une offre en association avec une ou plusieurs autres personnes.*

*(6) L'entrepreneur général ne peut, après la remise de son offre et tout au long de la durée du contrat, échanger un ou plusieurs de ses sous-traitants, ni modifier la part des travaux attribués à chacun d'eux, que dans des cas dûment justifiés et qu'avec l'assentiment du pouvoir adjudicateur, la Commission des Soumissions entendue en son avis préalable, lorsqu'il s'agit d'un marché concernant un pouvoir adjudicateur relevant de l'Etat.*

*Sont à considérer comme cas dûment justifiés au sens de l'alinéa qui précède, les cas énumérés à l'article 45 (1) b) et c) du présent règlement, l'exclusion de la participation aux marchés publics, la faillite et le manquement grave aux conditions du contrat de sous-traitance.*

*(7) Si en dehors d'une entreprise générale, un adjudicataire sous-traite tout ou partie de son contrat à une autre entreprise, il doit en informer préalablement le maître de l'ouvrage par écrit.*

*(8) En cas de sous-traitance, l'adjudicataire demeure à l'égard du maître de l'ouvrage seul responsable et seul créancier, sans préjudice des dispositions de la loi du 29 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance.*

#### *Ad article 10*

L'article 10 reprend les différents modes d'offres de prix. La Chambre des Métiers voudrait relever dans ce contexte que dans le cas d'une offre à prix global non révisable, les clauses contractuelles concernant les délais et plannings devront être observées d'une façon stricte par le pouvoir adjudicateur pour ne pas léser l'adjudicataire.

#### *Ad article 11*

La Chambre des Métiers a constaté que dans le passé l'offre à prix unitaire a trop souvent donné lieu à des abus du fait d'une trop grande imprécision des bordereaux. Elle voudrait souligner que les efforts de standardisation des clauses tant contractuelles que techniques par le Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B) devront être étendus à la normalisation des textes descriptifs des bordereaux des cahiers spéciaux des charges.

#### *Ad article 12*

Le mode d'offre au prix de revient constituant l'exception, la Chambre des Métiers n'a pas de commentaire à formuler quant au remplacement de la notion du „bénéfice normal“ par celle de „bénéfice approprié“.

#### *Ad article 13*

En suivant son argumentation développée dans les remarques générales ci-dessus et pour des raisons de gestion budgétaire plus rigoureuse, la Chambre des Métiers plaide pour une utilisation plus fréquente du mode d'offre à prix global. Elle propose toutefois d'établir ces offres non pas sur base de mémoires détaillés, mais bien de bordereaux détaillés de prix unitaires reprenant sans ambiguïté le descriptif des prestations à réaliser et indiquant les quantités réelles par poids, mesure ou nombre.

#### *Ad article 14*

Dans le but de ne pas charger le soumissionnaire d'un risque extraordinaire, la Chambre des Métiers insiste sur le caractère exceptionnel du mode d'offre à prix global „non révisable“.

#### *Ad article 15 Objet de la soumission*

La Chambre des Métiers accueille favorablement le fait de donner un statut légal aux cahiers des charges établis par le Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B) par la publication des cahiers spéciaux des charges par voie de règlement ministériel.

Comme la Chambre des Métiers a constaté que les dispositions des paragraphes (2) à (5) et (8) n'ont malheureusement pas toujours été respectées dans le passé, elle voudrait réitérer sa proposition de charger le Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B) de la normalisation des textes descriptifs des bordereaux des cahiers spéciaux des charges.

#### *Ad article 16 Choix des candidats à soumissionner*

La Chambre des Métiers se doit de soulever que la possibilité de fixer un nombre minimal et maximal de candidats à sélectionner telle que prévu à l'alinéa 2 du premier paragraphe n'est pas prévue par la loi.

La Chambre des Métiers approuve le fait d'informer tous les concurrents si leur candidature a été retenue ou non. Elle demande toutefois de spécifier un délai dans lequel les concurrents seront à informer. En effet, l'expérience montre que dans le passé les soumissionnaires ont très souvent été informés longtemps après l'adjudication du fait que leur offre n'a pas été retenue et des motifs du refus.

*Ad article 17 Variantes et solutions techniques alternatives*

En ce qui concerne les solutions techniques alternatives, la Chambre des Métiers renvoie à ses remarques générales ci-dessus. Tout en saluant la possibilité de proposer des solutions techniques par les soumissionnaires, ce qui stimulera l'esprit d'innovation des entreprises, elle voudrait néanmoins encore une fois insister à ce que le résultat souhaité par la prestation soit clairement défini avant de demander des alternatives.

*Ad article 19 Délai d'exécution*

Dans un souci d'efficacité et de gestion optimale des projets, la Chambre des Métiers insiste à ce que le délai d'exécution doive faire l'objet d'un planning contractuel faisant partie intégrante du marché et qui devra être adapté tout au long de l'exécution à la situation réelle.

*Ad article 20 Salaires*

La Chambre des Métiers voudrait encore une fois mettre l'accent sur le renforcement des contrôles des dispositions relatives aux salaires de cet article. En effet, malgré les revendications des milieux professionnels, les moyens concrets de contrôle sur le terrain en matière de dumping social continuent à faire défaut. La Chambre des Métiers voudrait réitérer, à l'adresse du Gouvernement, ses propositions, maintes fois répétées, en ce qui concerne la lutte contre le dumping social et notamment sa proposition de l'introduction d'un représentant social dépositaire des livres salariaux.

*Ad article 21 Responsabilité, assurances, cautionnement*

La Chambre des Métiers voudrait rappeler que dans le passé les sommes à assurer demandées par les maîtres d'oeuvre, dans les cahiers spéciaux des charges tenaient plus d'un jeu de hasard que d'une estimation réelle des risques encourus. De ce fait, elle ne manquera pas de surveiller de près ces montants dans les dossiers lui soumis et elle n'hésitera pas d'intervenir à partir du moment que les sommes des polices d'assurance exigées ne seront en relation avec les dommages qui pourront être occasionnés.

La Chambre des Métiers voudrait encore signaler que le titre du chapitre 6 fait défaut entre les articles 21 et 22. Ainsi faudra-t-il lire entre ces deux articles: „*Chapitre 6 Demande d'offre*“

*Ad article 24 Contenu de la demande d'offre*

Le paragraphe (4) dispose que la non-présentation à une visite des lieux obligatoire constitue une raison d'écartier le soumissionnaire. La Chambre des Métiers n'y voit pas d'inconvénient, car très souvent ce n'est qu'une visite des lieux qui renseignera le soumissionnaire sur les conditions réelles de l'exécution d'un marché.

*Ad article 25 Communication des plans et documents aux candidats*

Cet article fixe, entre autres, des délais pour pouvoir formuler des réclamations contre des dossiers de soumission ou encore un délai avant l'ouverture de la soumission jusqu'à quand des dossiers de soumission pourront être remis aux soumissionnaires. Dans ce contexte, la Chambre des Métiers félicite les auteurs d'avoir harmonisé les délais et d'avoir précisé les différents délais en utilisant d'une façon systématique le jour ouvrable comme unité. Elle voudrait néanmoins rendre attentif au fait que les délais prévus par les directives européennes et transposées dans notre droit national n'utilisent pas la notion de jour ouvrable, mais la notion de jour de calendrier. Ainsi, et pour des raisons de transparence et d'unicité des règles, elle propose de s'en tenir uniformément à une unité de calendrier pour les marchés publics. Elle voudrait encore une fois relever l'importance de la codification ou de la consolidation des textes légaux afin d'augmenter leur transparence et d'améliorer leur accessibilité tant pour les pouvoirs adjudicateurs que pour les entreprises.

*Ad article 26 Délai de réception des candidatures*

Le délai de 15 jours ouvrables semble parfaitement acceptable à la Chambre des Métiers.

*Ad article 27 Délai de soumission*

Les délais étant simplement exprimés en jours ouvrables, notion beaucoup plus précise, la Chambre des Métiers approuve cette modification.

*Ad article 29 Frais de soumission*

La Chambre des Métiers a dû constater dans le passé que les frais pour les pièces de la soumission n'ont très souvent été ni indiqués dans l'avis de la demande d'offre ni remboursés aux concurrents ayant remis une offre valable. Elle insiste auprès des pouvoirs adjudicateurs d'observer strictement les prescriptions réglementaires.

*Ad article 30 Contenu de la soumission*

Depuis un certain temps déjà, les milieux professionnels revendiquaient la possibilité de remettre leurs offres sur support informatique au lieu et en place du bordereau original. Cette possibilité vient d'être instaurée. La Chambre des Métiers accueille favorablement cette ouverture, car elle va dans le sens d'une réduction des charges administratives pour les entreprises soumissionnaires. En outre, cette approche permet d'améliorer les flux de communication et d'information entre les différents acteurs et d'utiliser, ainsi, pleinement les produits et outils élaborés par le Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B).

*Ad article 31 Dépôt et ouverture des offres*

La Chambre des Métiers accueille favorablement le fait que les soumissionnaires pourront dorénavant demander par écrit le résultat des proclamations. Il y a toutefois lieu de préciser à qui ces informations pourront être demandées, en l'occurrence l'agent présidant la séance d'ouverture.

*Ad article 32 Examen des offres*

Avec l'introduction de la faculté dans le chef du soumissionnaire de remettre une offre sur un document autre que le bordereau original, la question du redressement des erreurs arithmétiques se pose du fait que les prix ne seront plus indiqués en toutes lettres. La Chambre des Métiers est toutefois d'avis que dans cette situation, les prix unitaires devront être admis comme corrects et utilisés pour le redressement.

En matière d'analyse des prix, la Chambre des Métiers rappelle qu'elle soutient totalement la nouvelle procédure qui consiste à demander une analyse des prix, aussi bien dans les cas où un ou plusieurs prix unitaires laissent présumer qu'ils ne correspondent pas aux prestations demandées que dans les cas où les prix totaux de différents soumissionnaires diffèrent de plus de 15% de la moyenne arithmétique de toutes les offres reçues.

Par contre, la Chambre des Métiers n'est pas d'avis que cette dernière disposition devrait se limiter au cas où plus de cinq offres aient été reçues. La Chambre des Métiers pense que si moins de cinq offres ont été remises, une simple moyenne arithmétique des offres serait à calculer en maintenant l'obligation de demander une analyse de prix si une différence de 15% est constatée par rapport à cette moyenne. Si cette solution n'est pas retenue, la Chambre des Métiers favorisera une solution qui permettra aux soumissionnaires de demander une analyse de prix dans le cas où moins de cinq offres sont remises.

En ce qui concerne la réalisation des analyses de prix, la Chambre des Métiers voudrait rappeler qu'elle est disposée à collaborer à l'établissement, au sein du Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B), d'un schéma standardisé pour analyses de prix.

Le paragraphe (9) introduit la possibilité de fixation de prix de régie minimum par le Ministre des Travaux Publics et le Ministre de l'Intérieur. Tout en mettant en garde contre les risques de fixer des prix minima de régie, la Chambre des Métiers peut approuver cette modification.

*Ad article 33*

S'agissant d'un avis consultatif, la Chambre des Métiers est d'avis que lors de la renonciation à une adjudication, l'avis de la Commission des Soumissions pourrait être imposé à tout pouvoir adjudicataire et non seulement aux pouvoirs adjudicateurs relevant de l'Etat.

*Ad article 34 Choix de l'adjudicataire*

Si la Chambre des Métiers félicite les auteurs d'avoir engagé une attitude plus sévère pour le contrôle des sous-traitants, elle regrette néanmoins que les attestations de non-obligation envers les assurances sociales, les administrations fiscales ne sont pas demandées obligatoirement lors de la remise des offres. Pour les raisons invoquées au chapitre „Remarques générales“, elle reste convaincue que l'introduction d'une telle obligation rétablirait une situation de concurrence plus loyale. Ainsi la Chambre des Métiers

exige-t-elle que cette obligation soit introduite par la réforme actuelle et elle propose de libeller le texte du paragraphe (4) de la façon suivante:

*(4) Dans le cadre de cet examen, le pouvoir adjudicateur est obligé de demander au soumissionnaire et, le cas échéant, à ses sous-traitants de lui soumettre dans un délai minimum de 10 jours ouvrables des attestations établies par*

*a) le Centre d'informatique, d'affiliation et de perception des cotisations commun aux institutions de sécurité sociale;*

*b) l'Administration des Contributions;*

*c) l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines;*

*attestations dont il ressort qu'au cours du semestre précédant la date de la soumission, l'offrant s'est conformé aux obligations de déclaration, de paiement d'avances et de principal, à chaque terme.*

La Chambre des Métiers voudrait voir éliminée la faculté du respect des délais lui consentis, pour des raisons de concurrence loyale dans le cas où les intérêts de retard seront calqués sur l'intérêt légal sans aucune pénalité.

Les auteurs du projet de règlement grand-ducal citent de façon exemplative les critères susceptibles de définir l'offre économiquement la plus avantageuse pour inciter les pouvoirs adjudicateurs d'en faire plus fréquemment usage. La Chambre des Métiers soutient pleinement une telle approche, car elle va dans le sens d'une adjudication au mieux disant au lieu du moins-disant, mais elle craint que l'application de ces critères continue à rester difficile à l'avenir, faute d'imagination des pouvoirs adjudicateurs.

#### *Ad article 36*

La Chambre des Métiers voudrait souligner que le premier paragraphe disposant de l'obligation pour le soumissionnaire de déclarer le chantier à l'Inspection du Travail et des Mines n'est pas conforme au règlement grand-ducal du 4 novembre 1994 relatif à la sécurité et santé sur les chantiers temporaires ou mobiles qui impose au maître d'ouvrage une obligation de déclarer le chantier respectivement d'une taille supérieure à 500 hommes/jour ou occupant plus de 30 ouvriers simultanément pendant plus de vingt jours. La Chambre des Métiers propose ainsi le texte suivant:

„(1) Le commettant et l'adjudicataire sont obligés chacun en ce qui le concerne de se conformer aux obligations de déclaration du chantier conformément à la réglementation en matière de sécurité et de santé sur le travail.“

#### *Ad article 39*

La Chambre des Métiers réitère son opposition formelle relevée dans ses remarques générales. En effet, elle s'oppose à la disposition qui prévoit

- qu'aucune adaptation à l'évolution conventionnelle ou légale des salaires ou des matières n'est possible pour les marchés d'une durée inférieure à six mois et
- qu'une modification, et donc un avenant au contrat initial, n'est possible que si cette modification entraîne une augmentation du délai de 10% de la durée contractuelle au moins.

D'après elle, cette façon de procéder est contraire au principe que le commettant ne peut charger le soumissionnaire d'un risque extraordinaire résultant de circonstances que celui-ci ignore et qui échappent à son influence. En effet, le soumissionnaire ne peut anticiper avec certitude ni l'adaptation des salaires au coût de la vie ni les décisions du commettant pouvant influencer le délai. De plus une prolongation du délai de moins de 10% peut être liée à des prestations d'une valeur de plusieurs millions, voire dizaines de millions.

#### *Ad article 40 Constats d'exécution des contrats et paiement d'acomptes*

La Chambre des Métiers se demande pourquoi les auteurs du projet de règlement grand-ducal n'ont seulement prévu de pratiquer une retenue de garantie de dix pour cent lorsqu'il s'agit de marchés de travaux ou de fournitures. Elle se demande pourquoi une retenue de garantie n'est pas prévue pour les marchés de services.

#### *Ad article 41 Réception des travaux, fournitures et services*

Cet article prévoit dans son paragraphe (8) un régime de réception particulier pour les marchés relatifs à des équipements spécifiques et hautement techniques. Ce système prévoit une réception inter-

médiaire partielle ou globale donnant lieu au paiement quasi intégral des sommes dues et une réception définitive au plus tard une année plus tard. La Chambre des Métiers voudrait relever que les bâtiments modernes deviennent de plus en plus intelligents et renferment de plus en plus d'équipements spécifiques hautement techniques. Elle insiste à ce que cette procédure de réception intermédiaire soit ainsi utilisée pour les équipements techniques de bâtiment.

*Ad article 43 Facture définitive*

La Chambre des Métiers ne voit pas d'objections à la fixation d'un délai pour la remise de la facture définitive, car une telle obligation permettra au pouvoir adjudicateur de mieux gérer ses délais. Toutefois, elle se pose la question de la sanction dans le cas où ce délai n'est pas respecté. Qu'en est-il de l'acceptation par l'adjudicataire lorsque le pouvoir adjudicateur établira lui-même la facture aux frais de l'adjudicataire?

*Ad article 44*

Pour des raisons d'efficacité dans la gestion des projets de construction, la Chambre des Métiers ne s'oppose pas à une déduction des montants des pénalités de la facture définitive.

*Ad article 45*

Toujours pour les mêmes raisons d'efficacité dans la gestion des projets de construction, la Chambre des Métiers comprend parfaitement les problèmes des pouvoirs adjudicateurs qui se trouvent face à une entreprise qui ne respecte pas les délais et, de ce fait, elle peut souscrire pleinement à ce que le non-respect des délais puisse constituer un motif de résiliation du contrat.

La Chambre des Métiers tient à rappeler qu'elle juge que, comme l'avis de la Commission des Soumissions est consultatif, les autres pouvoirs adjudicateurs ne relevant pas de l'Etat devraient aussi entendre l'avis de la Commission des Soumissions avant de procéder aux sanctions prévues par le présent article.

*Ad article 47*

La Chambre des Métiers voudrait relever que dans le premier paragraphe de cet article, il faut changer la référence à la loi sur le régime des marchés publics.

\*

**4. PROJET DE REGLEMENT GRAND-DUCAL  
portant exécution de l'article I (2) a) de la loi du ... concernant les marchés publics  
de travaux, de fournitures et de service**

L'article I (2) a) du projet de loi sur le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services prévoit le recours au marché négocié et à la soumission restreinte sans publication d'avis lorsque le montant total du marché à conclure n'excède pas une somme à déterminer par règlement grand-ducal. Ledit article du projet de loi sous avis prévoit que cette somme peut varier selon les corps de métiers sans toutefois dépasser 200.000 francs au nombre indice de l'indice des prix à la consommation. Le présent projet de règlement grand-ducal entend fixer de nouveaux seuils en les adaptant à l'évolution de l'inflation et en fixant des montants arrondis pouvant être facilement mémorisés.

La Chambre des Métiers approuve la fixation de ces nouveaux seuils, d'autant plus que les auteurs ne changent rien en ce qui concerne l'énumération des différents corps de métiers et la structure des anciens textes.

A moins d'une année du moment de l'introduction officielle de la monnaie unique, elle voudrait néanmoins rendre les auteurs attentifs au fait que dans les prochaines années la fixation de tels seuils monétaires devrait être adaptée à la valeur de l'euro.

Sous réserve des remarques formulées ci-dessus, la Chambre des Métiers peut approuver le projet de loi concernant le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et les deux projets de règlements grand-ducaux.

Luxembourg, le 3 juillet 1998

*Le Directeur,*  
Paul ENSCH

*Pour la Chambre des Métiers,*

*Le Président,*  
Paul RECKINGER