



CHAMBRE DES DÉPUTÉS
GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Dossier consolidé

Projet de loi 5655

Projet de loi sur les marchés publics

Date de dépôt : 19-12-2006

Date de l'avis du Conseil d'État : 31-03-2009

Auteur(s) : Monsieur Claude Wiseler, Ministre des Travaux publics

Liste des documents

Date	Description	Nom du document	Page
15-06-2009	Résumé du dossier	Résumé	<u>3</u>
19-12-2006	Déposé	5655/00	<u>6</u>
28-08-2007	Avis de la Chambre des Métiers (28.8.2007)	5655/01	<u>73</u>
18-02-2008	Avis de la Chambre de Commerce (18.2.2008)	5655/02	<u>86</u>
25-02-2008	Avis du Syndicat des Villes et Communes Luxembourgeoises sur le projet de loi et le projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi sur les marchés publics (25.2.2008)	5655/03	<u>98</u>
22-09-2008	Avis du Conseil Supérieur des Personnes Handicapées (22.9.2008)	5655/05	<u>105</u>
24-09-2008	Avis de la Chambre d'Agriculture - Dépêche du Secrétaire général de la Chambre d'Agriculture au Ministre des Travaux publics (24.9.2008)	5655/04	<u>108</u>
31-03-2009	Avis du Conseil d'Etat (31.3.2009)	5655/06	<u>115</u>
31-03-2009	Corrigendum (31.3.2009)	5655/00A	<u>132</u>
16-04-2009	Amendements adoptés par la/les commission(s) : Commission des Travaux publics	5655/07	<u>135</u>
16-04-2009	Amendements gouvernementaux 1) Dépêche de la Secrétaire d'Etat aux Relations avec le Parlement au Président de la Chambre des Députés (16.4.2009) 2) Texte des amendements 3) Exposé des mot [...]	5655/08	<u>140</u>
28-04-2009	Avis complémentaire du Conseil d'Etat (28.4.2009)	5655/09	<u>147</u>
29-04-2009	Avis complémentaire de la Chambre de Commerce (29.4.2009)	5655/11	<u>152</u>
30-04-2009	Rapport de commission(s) : Commission des Travaux publics Rapporteur(s) :	5655/10	<u>155</u>
19-05-2009	Dispense du second vote constitutionnel par le Conseil d'Etat (19-05-2009) Evacué par dispense du second vote (19-05-2009)	5655/12	<u>218</u>
05-05-2009	Intégration des produits du terroir luxembourgeois et de la Grande Région dans les marchés publics pour la restauration collective	Document écrit de dépôt	<u>221</u>
29-07-2009	Publié au Mémorial A n°172 en page 2492	5655	<u>223</u>

Résumé

PROJET DE LOI
sur les marchés publics

A l'instar de la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics, les dispositions purement nationales se retrouvent dans le livre I du projet de loi. Quelques modifications ponctuelles ont dû être apportées au texte de loi du 30 juin 2003, ce notamment en raison des dispositions des directives qui intéressent tous les marchés, et de la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle et des juridictions administratives.

Les grands principes établis par la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics restent naturellement en vigueur. Il s'agit des principes relatifs à la transparence des procédures, l'égalité de traitement des participants, le recours à la concurrence, la gestion judicieuse des deniers publics, la prise en compte des aspects environnementaux et la promotion du développement durable.

En sus il convient de mentionner les principes directeurs des nouvelles directives en matière de marchés publics, que le projet de loi sous rubrique vise à transposer.

Les textes communautaires ont été simplifiés et clarifiés de sorte que les marchés publics sont désormais régis par deux directives. Cette simplification se répercute évidemment sur le projet de loi sous rubrique

Les procédures de passation des marchés publics ont été modernisées et adaptées aux besoins de plus en plus variés des pouvoirs adjudicateurs. Ainsi la procédure du dialogue compétitif et les accords-cadres sont deux nouvelles procédures par lesquelles des marchés publics peuvent être attribués.

En plus, les directives définissent comment les pouvoirs adjudicateurs peuvent contribuer à la protection de l'environnement et à la promotion du développement durable tout en leur garantissant la possibilité d'obtenir pour leurs marchés le meilleur rapport qualité/prix. La dimension sociale dans les marchés publics est également renforcée.

Une autre priorité est l'importance donnée à la technologie électronique. En effet, l'évolution des technologies de l'information a révolutionné les attentes et les pratiques de ces dernières années. Les nouvelles directives comprennent des adaptations importantes à la technologie électronique tout en veillant à maintenir en place les procédures existantes.

Toutes ces améliorations et précisions contenues dans les deux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE sont transposées par le présent projet de loi et le projet de règlement d'exécution.

Finalement le projet de loi sous rubrique tient encore compte du fait que le Gouvernement a décidé d'adopter un plan de relance de l'économie visant à maintenir à un niveau élevé les investissements publics.

5655/00

N° 5655
CHAMBRE DES DEPUTES
 Session ordinaire 2006-2007

PROJET DE LOI

sur les marchés publics

* * *

(Dépôt: le 14.12.2006)

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Arrêté Grand-Ducal de dépôt (14.12.2006).....	1
2) Exposé des motifs	2
3) Texte du projet de loi.....	8
4) Commentaire des articles	56

*

ARRETE GRAND-DUCAL DE DEPOT

Nous HENRI, 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 sur les marchés publics.

Palais de Luxembourg, le 14 décembre 2006

Le Ministre des Travaux Publics,
 Claude WISELER

HENRI

*

EXPOSE DES MOTIFS

La loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics est divisée en trois livres. Alors que le livre I regroupe les dispositions générales applicables en matière de marchés publics, les livres II et III transposent en droit national les directives européennes applicables en matière de marchés publics. Cette loi est entrée en vigueur le 1er septembre 2003 et forme une version coordonnée et modernisée de la législation sur les marchés publics datant du 4 avril 1974.

Les dispositions de la directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, la directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et de la directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux ont été transposées par le biais du livre II de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics, tandis que les dispositions de la directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ont été transposées par le biais du livre III.

Le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics présente cette même subdivision en trois livres et contient les règles d'exécution correspondantes. Ainsi le livre I contient les dispositions générales applicables à tous les marchés publics, dont notamment le cahier général des charges applicable à tous les pouvoirs adjudicateurs, tandis que les livres II et III contiennent les règles d'exécution prévues par les directives afférentes précitées.

Il y a lieu de préciser que les dispositions des livres II et III n'ont vocation qu'à s'appliquer pour les marchés publics dépassant un certain seuil fixé par les directives y afférentes.

Comme entre-temps de nouvelles directives en matière de marchés publics ont été adoptées, la législation nationale doit être adaptée aux nouvelles exigences communautaires.

Vu que ces directives ont également des incidences sur les dispositions purement nationales, il a été jugé opportun d'élaborer, en vue d'une bonne lisibilité et de la meilleure cohérence possible pour les administrés, de nouveaux textes légaux et réglementaires qui gardent la même structure que les textes de 2003 actuellement en vigueur. La loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics sera abrogée par le présent projet de loi.

A l'instar de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics, les dispositions purement nationales se retrouvent dans les livres I du projet de loi et projet de règlement respectifs. Quelques modifications ponctuelles, qui seront citées ci-dessous, ont dû être apportées au texte de loi du 30 juin 2003, ce notamment en raison des dispositions des directives qui intéressent tous les marchés, et de la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle et des juridictions administratives.

Les grands principes établis par la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics restent naturellement en vigueur.

La directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services est transposée par les livres II des projets de loi et de règlement grand-ducal. La directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux est transposée par les livres III de ces mêmes projets de loi et de règlement grand-ducal.

La législation actuellement en vigueur a déjà été élaborée de telle sorte que les deux nouvelles directives peuvent s'incorporer dans les structures existantes. En effet la législation de 2003 regroupait en un texte les diverses directives des années 1990 relatives aux marchés de travaux, fournitures et services.

Avant de s'intéresser aux nouveautés proprement dites, il convient de mentionner les principes directeurs des nouvelles directives en matière de marchés publics:

Lors de la passation des marchés le pouvoir adjudicateur doit respecter les principes du traité instituant la Communauté européenne, notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. Pour cette raison il est évident que les textes communautaires ont été simplifiés et clarifiés de sorte que les marchés publics sont désormais régis par deux directives. La refonte de quatre

textes en deux textes dont l'un vise les secteurs „classiques“, à savoir les marchés de travaux, fournitures et services et l'autre les secteurs „spéciaux“ permet de répondre aux exigences de simplification et de modernisation formulées aussi bien par les pouvoirs adjudicateurs que par les opérateurs économiques dans le cadre des réponses au Livre Vert adopté par la Commission le 27 novembre 1996.

Ces directives sont fondées sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, en particulier elles énoncent les principes qui doivent diriger la passation des marchés publics.

Elles définissent comment les pouvoirs adjudicateurs peuvent contribuer à la protection de l'environnement et à la promotion du développement durable tout en leur garantissant la possibilité d'obtenir pour leurs marchés le meilleur rapport qualité/prix.

Une autre nouveauté saillante est l'importance donnée à la technologie électronique. En effet, l'évolution des technologies de l'information a révolutionné les attentes et les pratiques de ces dernières années. Les nouvelles directives comprennent des adaptations importantes à la technologie électronique tout en veillant à maintenir en place les procédures existantes.

Les nouveautés et améliorations apportées au livre I par rapport à la législation de 2003 peuvent être regroupées d'un côté en des éléments tenant à des dispositions internes qui sont ponctuelles et d'un autre côté en des éléments visant la transposition des directives européennes.

A préciser que ne seront mentionnées dans le cadre de cette analyse que les nouveautés qui se retrouvent dans le texte de loi; le règlement grand-ducal reprendra également un grand nombre de nouveautés dans le cadre de la transposition de cette directive. S'y retrouvent notamment des dispositions quant à la protection de l'environnement et aux détails et normes techniques.

Nouveautés dans le livre I

Nouveautés ponctuelles dans le livre I par rapport à la loi du 30 juin 2003

a. Procédure restreinte et procédure négociée

Pour les marchés et services complémentaires, le seuil en dessous duquel la dispense de passer par procédure ouverte peut être accordée, passe de 30 pour cent à 50 pour cent (par rapport au marché initial), à l'instar de la disposition analogue prévue pour les marchés tombant dans le champ d'application de la directive 2004/18/CE et transposée par l'article 40 paragraphe 4 point a).

La possibilité du recours à la procédure négociée est étendue à tous les pouvoirs adjudicateurs qui doivent passer des marchés qui servent à la mise en oeuvre de moyens techniques particuliers et confidentiels de recherche, d'investigation et de sécurisation. La disposition que seule la Police Grand-Ducale peut utiliser de telles procédures négociées est abrogée. Toutefois le pouvoir adjudicateur concerné doit pouvoir justifier que la protection des intérêts essentiels de l'Etat exige la passation du marché.

b. La procédure d'autorisation pour les procédures négociées et la procédure restreinte sans publication d'avis

L'article 9 prévoit que le recours à la procédure négociée et à la procédure restreinte sans publication d'avis doit être motivé.

La seule exception à ce principe sont les marchés de faible envergure, visés par l'article 8, paragraphe 1er, point a).

Le principe de la motivation signifie que le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'indiquer dans sa décision les faits à la base de sa décision qui justifient le recours à la procédure négociée ou à la procédure restreinte sans publication d'avis sur base d'une des hypothèses limitativement prévues par l'article 8.

La motivation du recours à la procédure négociée ou à la procédure restreinte sans publication d'avis et l'approbation de l'offre retenue peuvent se faire par une même décision.

c. L'exclusion de la participation aux procédures des marchés publics

Par un arrêt rendu en date du 30 janvier 2004, la Cour Constitutionnelle a déclaré l'article 36 (5) de la loi modifiée du 27 juillet 1936 concernant la comptabilité de l'Etat, pour autant qu'il vise

l'exclusion de la participation aux marchés publics, comme non conforme à l'article 14 de la Constitution. (L'article 14 de la Constitution dispose: „Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi“). La Cour Constitutionnelle a jugé que l'exclusion même à temps de la participation aux marchés publics est une peine au sens de l'article 14.

Par conséquent, la Cour Constitutionnelle a estimé qu'une peine consistant dans l'exclusion ne peut faire l'objet d'un engagement contractuel, mais par contre doit être établie par une loi de sorte que l'article 36 (5) de la loi précitée qui prévoit l'exclusion de la participation aux marchés publics par le biais du cahier des charges a été déclaré comme non conforme à l'article 14 de la Constitution.

La disposition contenue dans l'article 13 (1) de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics quant à l'exclusion est similaire à celle contenue dans l'article 36 (5) de la loi modifiée du 27 juillet 1936 concernant la comptabilité de l'Etat dans la mesure où cet article ne fait que renvoyer au cahier général des charges à arrêter par voie de règlement grand-ducal, en l'occurrence aux articles 138 et suivants du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics.

L'article 13 a par conséquent été modifié en ce qui concerne les dispositions relatives à l'exclusion de la participation aux marchés publics. Ont été prévus dans cet article les motifs qui peuvent mener à l'exclusion et la durée maximale de l'exclusion, qui a été fixée à 2 ans.

Il est constant que les marchés dont un opérateur économique sera exclu ne seront que ceux du pouvoir adjudicateur prononçant l'exclusion. De même la consultation de la Commission des Soumissions demeure obligatoire.

Un recours en réformation auprès du Tribunal administratif est ouvert contre la décision d'exclusion.

Nouveautés dans le livre I inspirées de la directive 2004/18/CE

Les nouveautés dans le livre I qui consistent en la transposition de la directive 2004/18/CE sont les suivantes:

a. Terminologie

La terminologie de la législation nationale est adaptée à celle utilisée par les directives, de telle sorte qu'on utilisera désormais les termes „procédure ouverte“ au lieu de „soumission publique“, „procédure restreinte“ au lieu de „soumission restreinte“, en distinguant pour le livre Ier entre la soumission restreinte sans publication d'avis et la soumission restreinte avec publication d'avis. La procédure du „marché négocié“ sera désormais désignée comme „procédure négociée“. A noter que d'un point de vue procédural, il n'y aura aucun changement, la procédure négociée et la procédure restreinte sans publication d'avis continueront à être autorisées dans les seuls cas où le pouvoir adjudicateur se trouve dans une des hypothèses limitativement et exhaustivement prévues par la loi.

b. Prise en compte de la technologie électronique

Les directives mettent les moyens électroniques sur un pied d'égalité avec les moyens classiques de communication. Les moyens électroniques dans les procédures des marchés publics permettent d'élargir la concurrence et d'améliorer l'efficacité des procédures par un gain de temps notable. Dans ce cadre, il y a lieu de revenir sur la déclaration ministérielle du 24 novembre 2005 à Manchester dans le cadre de la Conférence ministérielle sur l'eGovernment selon laquelle „l'utilisation efficace des Technologies de l'Information et de la Communication dans les marchés publics est un domaine extrêmement important pour réaliser des gains d'efficacité, dans la mesure où les achats réalisés par le secteur public en Europe représentent entre 15 et 20 pour cent du Produit intérieur brut et où un marché public électronique pourrait réduire les coûts jusqu'à 5 pour cent. L'impact total dans l'ensemble de l'Europe est donc potentiellement très élevé. Les marchés publics électroniques bénéficient aux administrations de même qu'aux entreprises, et peuvent permettre d'améliorer les marchés et la concurrence en stimulant l'innovation“.

Les directives encouragent l'acheteur public à faire un plus grand usage des moyens électroniques en vue de réduire les délais de publication et la période de réception des offres.

Comme l'informatisation des procédures en matière de marchés publics concerne tous les marchés quel que soit leur envergure, l'article 4 qui énumère les principes applicables prévoit en son paragraphe (1) alinéa (4) que l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics sera réglée par voie de règlement grand-ducal.

Actuellement, un portail des marchés publics a été mis en place au département des travaux publics qui permet de faire la publication des avis publics relatifs aux marchés publics de façon électronique. Ce portail aura une base légale par le biais de l'article 20 paragraphe (5) qui prévoit l'institution auprès du département des travaux publics d'un service chargé de la publication des avis relatifs aux marchés publics. A noter qu'il s'agit d'un portail électronique qui assure la publication des avis pour tous les pouvoirs adjudicateurs existant au Grand-Duché et visés par la présente loi.

A l'heure actuelle, la publication des avis de marchés et des documents de soumission, tels les cahiers des charges et des bordereaux est possible par voie électronique. Les prochaines étapes consisteront à informatiser les procédures jusqu'à la remise des offres.

c. L'accord-cadre

La directive 2004/18/CE prévoit des règles relatives à l'accord-cadre. Comme la procédure de l'accord est également intéressante pour les marchés de moindre envergure, celle-ci peut être utilisée pour les marchés tombant dans le champ d'application des livres I, II et III.

Avec l'accord-cadre, le pouvoir adjudicateur dispose d'une procédure où il suit une des procédures classiques d'attribution du marché et attribue dans une première phase le marché sur base de critères objectifs tels que la qualité, le prix, la quantité ou la valeur technique.

Le pouvoir adjudicateur ne choisit cependant pas nécessairement une seule offre. Au terme de cette première phase, il peut attribuer le marché soit à un seul opérateur économique ou à plusieurs opérateurs qui s'engagent à respecter tout au long de l'accord-cadre les conditions y fixées. Dans cette hypothèse, il y a une remise en concurrence entre les opérateurs retenus après la première phase. Ils peuvent soit simplement maintenir leur offre, soit l'améliorer.

d. Les centrales d'achat

Comme une centrale d'achat est susceptible de réaliser des achats tombant de par leur envergure dans le champ d'application du livre I, il convient de les prévoir explicitement dans le cadre du livre I.

Différents types d'hypothèses de centrales d'achat sont possibles, à savoir une coordination des achats au sein d'une même personne publique ou encore un groupement de commandes entre différentes personnes juridiques distinctes.

Les avantages du recours aux centrales d'achat sont que des „petits“ pouvoirs adjudicateurs ne doivent plus concevoir et lancer des procédures pour lesquelles ils ne sont pas nécessairement équipés, et que le marché est conclu une fois par un service doté des compétences d'analyse et des moyens administratifs nécessaires. Finalement des offres plus intéressantes et mieux adaptées aux besoins peuvent être remises.

e. Les modes d'attribution

Afin de mettre la loi en conformité avec la directive 2004/18/CE, l'offre économiquement la plus avantageuse ne doit plus être obligatoirement choisie parmi les trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas.

Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse n'est partant plus limité et le pouvoir adjudicateur peut pleinement utiliser les critères visant à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse qu'il a fixés dans le cahier des charges et qu'il a, sauf impossibilité pour des raisons démontrables, pondérés.

La loi prévoit également, à l'instar de la directive, que le choix peut se porter sur l'offre au prix le plus bas. Beaucoup de marchés ne laissent pas de possibilités pour prévoir des critères d'attribution autres que le prix, mais il ne peut être recommandé aux pouvoirs adjudicateurs de faire le plus possible usage d'autres critères d'attribution afin de pouvoir déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

f. *Les marchés réservés*

Les considérants de la directive 2004/18/CE précisent: *L'emploi et le travail constituent des éléments essentiels pour garantir l'égalité des chances pour tous et contribuent à l'insertion dans la société. Dans ce cadre, les ateliers protégés et les programmes d'emplois protégés contribuent de manière efficace à la promotion de l'insertion ou de la réinsertion des personnes handicapées dans le marché du travail. Toutefois, de tels ateliers pourraient ne pas être en mesure de remporter des marchés dans des conditions de concurrence normales. Dès lors, il convient de prévoir que les Etats membres puissent réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics à de tels ateliers ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés.*

Il est utile de prévoir cette possibilité de réserver le droit de participation aux procédures de passation de marchés publics à de tels ateliers non seulement pour les marchés dépassant le seuil prévu par les directives, mais également pour les marchés de moindre envergure. Il convient de préciser que les personnes handicapées visées par cette disposition sont celles qui ont la qualité de travailleur handicapé au sens de l'article L. 561-1 du Code du Travail.

A côté de ces modifications qui ont vocation à modifier de façon substantielle les procédures, un certain nombre de modifications textuelles devraient apporter davantage de clarté, comme par exemple les dispositions relatives au mode d'attribution du marché.

Nouveautés dans le livre II

Adaptation des procédures de passation des marchés publics

Le dialogue compétitif

Les procédures actuellement utilisées sont la soumission publique (appelée désormais conformément aux directives procédure ouverte), la soumission restreinte avec ou sans publication d'avis (appelée désormais conformément aux directives procédure restreinte) et les procédures du marché négocié avec ou sans publication préalable (appelées désormais procédure négociée).

L'objectif principal dégagé de la consultation qui a précédé l'élaboration des nouvelles directives était l'adaptation des procédures des marchés publics aux besoins actuels, ces procédures traditionnelles étant souvent jugées comme trop rigides par rapport aux réalités de l'achat public.

Un des nouveaux instruments prévus est la procédure du dialogue compétitif qui peut être résumée comme une procédure particulière qui a des traits en commun aussi bien avec la procédure restreinte avec publication d'avis qu'avec la procédure négociée avec publication d'un avis de marché. Le dialogue compétitif se distingue principalement de la procédure restreinte du fait que des négociations concernant tous les aspects du marché sont autorisées et de la procédure négociée par le fait que, pour l'essentiel, les négociations sont concentrées à une phase particulière dans le déroulement de la procédure.

L'intérêt de prévoir la procédure du dialogue compétitif est que les pouvoirs adjudicateurs qui réalisent des projets particulièrement complexes peuvent être dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques ou de solutions financières ou juridiques. Cette situation peut notamment se présenter pour la réalisation d'infrastructures de transport intégrées, la réalisation de grands réseaux informatiques ou la réalisation de projets comportant un financement complexe, dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance.

Dans la mesure où le recours à des soumissions publiques ou restreintes ne permettrait pas l'attribution de tels marchés, il convient donc de prévoir une procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché.

Le principe de la procédure du dialogue compétitif est prévu dans la loi, de même que les cas de figure dans lesquels on peut recourir au dialogue compétitif. Les règles d'exécution de ce dialogue, à l'instar des règles relatives aux procédures existantes, sont prévues par voie de règlement grand-ducal.

La procédure du dialogue compétitif n'est prévue que pour les marchés tombant dans le champ d'application du livre II, donc présentant une certaine envergure, car il n'est pas concevable que cette procédure se justifie pour des marchés complexes de moindre envergure.

A l'instar de la procédure négociée, le recours au dialogue compétitif doit être autorisé par décision motivée qui devra comporter un justificatif détaillé expliquant pourquoi le pouvoir adjudicateur considère un tel marché comme particulièrement complexe.

A noter que la directive 2004/18/CE prévoit également l'accord-cadre, qui peut être utilisé pour les marchés tombant dans le champ d'application des livres I, II et III.

La loi prévoit également que les enchères électroniques et les systèmes d'acquisition dynamique pourront être institués par voie de règlement grand-ducal.

Il s'agit de nouvelles techniques d'achat entièrement électroniques, qui à ce moment ne seront pas encore mises en pratique par règlement grand-ducal et ne pourront partant pas être utilisées par les pouvoirs adjudicateurs, alors qu'il est estimé que l'utilisation plus répandue des moyens électroniques dans les procédures existantes pourra permettre de tirer des conclusions très utiles en ce qui concerne les suites à donner à ces deux techniques électroniques au niveau réglementaire.

Les seuils

Les seuils d'application des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE, qui sont repris dans les livres II et III de la loi, ont été révisés dans le but d'en simplifier l'application, tout en assurant le respect des seuils établis dans l'Accord sur les marchés publics (approuvé dans le cadre des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay) qui sont définis en droits de tirages spéciaux. Dorénavant les seuils sont exprimés en euros, mais pourront être adaptés, comme par le passé, tous les deux ans par la Commission européenne en fonction de la variation de l'euro.

Nouveautés dans le livre III

Le livre III contient les dispositions spécifiques aux marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Partant en ce qui concerne le champ d'application, les changements opérés par rapport à la législation existante sont les suivants:

Le secteur des télécommunications ne tombe plus dans le champ d'application du livre III alors qu'un cadre législatif a été adopté au niveau communautaire afin d'introduire dans ce secteur une concurrence effective, en droit et en fait. En conséquence, il n'a plus été estimé nécessaire de réglementer les acquisitions de tels services de télécommunications par une directive.

Les activités des secteurs postaux entrent dorénavant dans le champ d'application du livre III.

Le principe directeur de la directive 2004/17/CE et partant du livre III est qu'il s'applique aux pouvoirs adjudicateurs et entreprises concernées sous deux conditions, c'est-à-dire que l'entité concernée exerce une des activités visées par le livre III et que le marché soit passé pour la poursuite de cette activité. S'agissant d'entreprises privées, elles ne tombent sous le coup du livre III qu'à la condition supplémentaire d'exercer l'activité en question sur base de droits exclusifs ou spéciaux.

Aux fins du livre III, les droits spéciaux ou exclusifs sont des droits accordés par l'autorité compétente, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une des activités visées par le livre III et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités à exercer cette activité.

Les marchés destinés à l'exercice d'une activité couverte par le champ d'application du livre III pourront en être exclus, lorsque cette activité sera directement exposée à la concurrence, c'est-à-dire lorsqu'il sera démontré que l'accès au marché relatif à cette activité est libre en fait ou en droit. Le livre III instaure une procédure permettant d'établir si une activité donnée est directement exposée à la concurrence. Il faut que le Gouvernement communique à la Commission européenne tous les faits pertinents permettant de conclure que telle ou telle activité est directement exposée à la concurrence sur les marchés dont l'accès n'est pas limité. La Commission européenne peut également entamer de sa propre initiative une telle procédure, de même qu'une entité adjudicatrice.

En ce qui concerne les procédures et leurs modalités, on trouve essentiellement des dispositions qui sont également contenues dans le livre II. Un des aspects qui distingue les deux livres est la plus grande souplesse offerte dans le livre III, notamment par le fait que la procédure négociée avec publication d'avis de marché et donc mise en concurrence préalable y est une procédure ordinaire à l'instar de la procédure ouverte et de la procédure restreinte.

TEXTE DU PROJET DE LOI

TABLE DES MATIERES:

Livre I	– Dispositions générales
Titre I	– Champ d’application et définitions
	Chapitre I – Champ d’application
	Chapitre II – Définitions
Titre II	– Principes
Titre III	– Procédures
	Chapitre I – Procédure ouverte
	Chapitre II – Procédure restreinte avec publication d’avis
	Chapitre III – Procédure restreinte sans publication d’avis et procédure négociée
	Chapitre IV – Modes de passation des marchés publics
	Chapitre V – Mode d’attribution des marchés publics
	Chapitre VI – Durée des marchés publics
	Chapitre VII – Sanctions et primes
	Chapitre VIII – Avances et acomptes
	Chapitre IX – Décomptes
Titre IV	– Commission des soumissions
Titre V	– Dispositions particulières concernant les marchés publics conclus par les pouvoirs adjudicateurs relevant de l’Etat ou des entités assimilées
	Chapitre I – Décomptes pour ouvrages importants
Titre VI	– Dispositions particulières concernant les marchés publics des pouvoirs adjudicateurs relevant des communes ou des entités assimilées
	Chapitre I – Clause préférentielle en faveur d’un soumissionnaire local
	Chapitre II – Suspension et annulation
Titre VII	– Règles d’exemption et d’exécution
Livre II	– Dispositions particulières relatives aux marchés publics d’une certaine envergure
Titre I	– Champ d’application
	Chapitre I – Seuils
	Chapitre II – Méthodes de calcul
	Chapitre III – Situations spécifiques
	Chapitre IV – Marchés exclus
	Chapitre V – Marchés réservés
	Chapitre VI – Régimes applicables aux marchés de services
Titre II	– Procédures
	Chapitre I – Procédure ouverte et procédure restreinte
	Chapitre II – Marchés négociés et dialogue compétitif
	Section I – Marchés négociés avec publication d’un avis de marché
	Section II – Marchés négociés sans publication d’un avis de marché
	Section III – Dialogue compétitif
	Chapitre III – Des concours dans le domaine des services
	Chapitre IV – Des accords-cadres

- Chapitre V – Des systèmes d’acquisition dynamiques et des enchères électroniques
- Chapitre VI – De la concession de travaux publics
- Titre III – Règles particulières
 - Chapitre I – Octroi de droits spéciaux ou exclusifs: Clause de non-discrimination
 - Chapitre II – Conditions relatives aux accords conclus au sein de l’organisation mondiale du commerce
 - Chapitre III – Marchés publics de travaux: Règles particulières concernant la réalisation de logements sociaux
- Titre IV – Règles d’exécution
- Livre III – Dispositions spécifiques relatives aux marchés publics dans les secteurs de l’eau, de l’énergie, des transports et des services postaux**
- Titre I – Définitions et champ d’application
- Titre II – Champ d’application: Définition des entités et des activités visées
 - Chapitre I – Les entités adjudicatrices
 - Chapitre II – Les activités
 - Chapitre III – Principes généraux
- Titre III – Règles applicables aux marchés
 - Chapitre I – Dispositions générales
 - Chapitre II – Seuils et exclusions
 - Section I – Seuils
 - Section II – Les marchés et les concessions, ainsi que les marchés soumis à un régime spécial
 - Chapitre III – Régimes applicables aux marchés de services
- Titre IV – Utilisation des procédures ouvertes, des procédures restreintes et des procédures négociées
- Titre V – Règles applicables aux concours dans le domaine des services
- Titre VI – Règles d’exécution
- Livre IV – Dispositions finales**
- Titre I – Annexes
- Titre II – Clause abrogatoire

*

LIVRE I

DISPOSITIONS GENERALES

TITRE I

Champ d'application et définitions

Chapitre I – *Champ d'application*

Art. 1er. Sans préjudice des dispositions spécifiques prévues aux livres II et III, les dispositions du présent livre s'appliquent à tous les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs publics.

Chapitre II – *Définitions*

Art. 2. Par „pouvoir adjudicateur“, on entend au sens des dispositions des livres I et II:

- 1) les organes, administrations et services de l'Etat;
- 2) les collectivités territoriales;
- 3) les organismes de droit public entendus comme tout organisme
 - créé pour satisfaire spécifiquement aux 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 sont désignés par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public;
- 4) les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités territoriales ou de ces organismes de droit public.

Art. 3. Aux fins des livres I et II, les définitions figurant au présent article s'appliquent:

1. a) Les „marchés publics“ sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un ou plusieurs opérateurs économiques et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur et ayant comme objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation d'un service.
- b) Les „marchés publics de travaux“ sont des marchés publics ayant comme objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux de bâtiment ou de génie civil relatifs à une des activités visées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation par quelque moyen que ce soit d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. 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.
- c) Les „marchés publics de fournitures“ sont des marchés publics autres que ceux visés au point b) ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente avec ou sans option d'achat, de produits.

Un marché public ayant pour objet la fourniture de produits et, à titre accessoire, les travaux de pose et d'installation est considéré comme „marché public de fournitures“.
- d) Les „marchés publics de services“ sont des marchés publics autres que les marchés publics de travaux ou de fournitures portant sur une prestation de services, mentionnés à l'annexe II.

Un marché public ayant pour objet à la fois des produits et des services visés à l'annexe II est considéré comme un „marché public de services“ lorsque la valeur des services en question dépasse celle des produits incorporés dans le marché.

Un marché public ayant pour objet des services visés à l'annexe II et ne comportant des activités visées à l'annexe I qu'à titre accessoire par rapport à l'objet principal du marché est considéré comme un marché public de services.

2. L'„avis de marché“ est l'avis par lequel le pouvoir adjudicateur annonce au public son intention de recourir à une procédure prévue par la présente loi en vue de conclure un marché public.
3. La „concession de travaux publics“ un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, 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.
4. La „concession de services“ est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation de services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix.
5. Un „accord-cadre“ est un accord entre un et plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et le cas échéant, les quantités envisagées.
6. Un „système d'acquisition dynamique“ est un processus d'acquisition entièrement électronique pour des achats d'usage courant, dont les caractéristiques généralement disponibles sur le marché satisfont aux besoins du pouvoir adjudicateur, limité dans le temps et ouvert pendant toute sa durée à tout opérateur économique satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre indicative conforme au cahier des charges.
7. Une „enchère électronique“ est un processus itératif selon un dispositif électronique de présentation de nouveaux prix, revus à la baisse, ou de nouvelles valeurs portant sur certains éléments des offres, qui intervient après une première évaluation complète des offres, permettant que leur classement puisse être effectué sur base d'un traitement automatique. Par conséquent, certains marchés de services et de travaux portant sur des prestations intellectuelles, comme la conception d'ouvrage, ne peuvent pas faire l'objet d'enchères électroniques.
8. Les termes „entrepreneur“, „fournisseur“ et „prestataire de services“ désignent toute personne physique ou morale ou entité publique ou groupement de ces personnes ou organismes qui offre, respectivement, la réalisation de travaux ou d'ouvrages, des produits ou des services sur le marché.
Le terme „opérateur économique“ couvre à la fois les notions d'entrepreneur, fournisseur et prestataire de services.
L'opérateur économique qui a présenté une offre est désigné par le mot „soumissionnaire“, l'offre que l'opérateur économique présente est désignée par le mot „soumission“. Celui qui a sollicité une invitation à participer à une procédure restreinte ou négociée ou à un dialogue compétitif est désigné par le terme „candidat“.
9. Une „centrale d'achat“ est un pouvoir adjudicateur qui:
 - acquiert des fournitures ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs, ou
 - passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs.
10. a) Les „procédures ouvertes“ sont les procédures dans lesquelles tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre.
b) Les „procédures restreintes“ sont au sens des livres II et III les procédures auxquelles tout opérateur économique peut demander à participer et dans lesquelles seuls les opérateurs économiques invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre.
c) Les „procédures restreintes avec publication d'avis“ sont au sens du livre Ier les procédures auxquelles tout opérateur économique peut demander à participer et dans lesquelles seuls les opérateurs économiques invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre.
d) Les „procédures restreintes sans publication d'avis“ sont au sens du livre I les procédures dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs s'adressent à un nombre limité d'entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de leur choix pour présenter une offre.
e) Le „dialogue compétitif“ est une procédure, à laquelle tout opérateur économique peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats sélectionnés seront invités à remettre une offre.

Aux fins du recours à la procédure visée au premier alinéa, un marché public est considéré comme „particulièrement complexe“ lorsque le pouvoir adjudicateur:

- n’est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs conformément aux règles spécifiques concernant le cahier des charges et les documents du marché déterminées par voie de règlement grand-ducal
 - ou
 - n’est objectivement pas en mesure d’établir le montage juridique ou financier d’un projet.
- f) Les „procédures négociées“ sont les procédures dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d’entre eux.
- g) Les „concours“ sont les procédures 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.
11. Les termes „écrit(e)“ ou „par écrit“ désignent tout ensemble de mots ou de chiffres qui peut être lu, reproduit, puis communiqué. Cet ensemble peut inclure des informations transmises et stockées par des moyens électroniques.
12. Un „moyen électronique“ est un moyen utilisant des équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et utilisant la diffusion, l’acheminement et la réception par fils, par radio, par moyens optiques ou par d’autres moyens électromagnétiques.
13. Le „Vocabulaire commun pour les marchés publics“ (Commun Procurement Vocabulary, CPV), désigne la nomenclature de référence applicable aux marchés publics adoptée par le règlement (CE) No 2195/2002, tout en assurant la correspondance avec les autres nomenclatures existantes. En cas de différences d’interprétation en ce qui concerne le champ d’application de la présente loi, à la suite d’éventuelles divergences entre la nomenclature CPV et la nomenclature NACE visée à l’annexe I ou entre la nomenclature CPV et la nomenclature CPC (version provisoire) visée à l’annexe II, la nomenclature NACE ou la nomenclature CPC priment respectivement.
14. Aux fins de l’article 27, de l’article 45, point b), et de l’article 49, point a), on entend par:
- a) „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;
 - b) „point de terminaison du réseau“, 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;
 - c) „services publics de télécommunications“, les services de télécommunications dont les Etats membres de la Communauté européenne ont spécifiquement confié l’offre, notamment à une ou plusieurs entités de télécommunications;
 - d) „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.

TITRE II

Principes

Art. 4. Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d’égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence.

Ils veillent à ce que, lors de la passation des marchés publics, il soit tenu compte des aspects et des problèmes liés à l’environnement et à la promotion du développement durable.

Les conditions y relatives et l’importance à attribuer à ces conditions sont spécifiées dans les cahiers spéciaux des charges.

Les pouvoirs adjudicateurs informent dans les meilleurs délais les opérateurs économiques des décisions prises concernant leurs dossiers remis dans le cadre d’une procédure de marchés publics.

L'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics est réglée par voie de règlement grand-ducal.

TITRE III

Procédures

Art. 5. (1) Les procédures applicables en matière de passation de marchés publics sont:

- la procédure ouverte,
- la procédure restreinte, avec ou sans publication d'avis,
- la procédure négociée.

(2) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent conclure des accords-cadres. Aux fins de la conclusion d'un accord-cadre, les pouvoirs adjudicateurs suivent les règles déterminées par voie de règlement grand-ducal dans toutes les phases jusqu'à l'attribution des marchés fondés sur cet accord-cadre. Le choix des parties à l'accord-cadre se fait par application des modes d'attribution prévus à l'article 11.

(3) La durée d'un accord-cadre ne peut pas dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par l'objet du contrat-cadre.

Chapitre I – Procédure ouverte

Art. 6. Sans préjudice des dispositions spécifiques prévues aux livres II et III, les pouvoirs adjudicateurs, en règle générale, passent leurs contrats de travaux, de fournitures et de services par la procédure ouverte. Ils ne peuvent déroger à la règle générale que dans les cas énumérés à l'article 7 en recourant à la procédure restreinte avec publication d'avis et dans les cas énumérés à l'article 8 en recourant soit à la procédure restreinte sans publication d'avis soit à la procédure négociée.

Chapitre II – Procédure restreinte avec publication d'avis

Art. 7. Il peut être recouru à la procédure 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 125.000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948.

En cas de réalisation d'un ouvrage par entreprise générale, ce seuil est de 625.000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948.

Les montants ci-avant sont à considérer TVA non comprise.

Ces seuils ne sont applicables que pour des travaux relatifs à un ouvrage dont le montant estimé ne dépasse pas les seuils fixés à l'article 21.

Chapitre III – Procédure restreinte sans publication d'avis et procédure négociée

Art. 8. (1) Il peut être recouru soit à la procédure restreinte sans publication d'avis, soit à la procédure négociée 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 8.000 euros hors TVA, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948.

S'il s'agit de dépenses à engager 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 opérateur économique;

- b) en présence d'offres non conformes ou inacceptables à la suite du recours à une procédure ouverte ou à une procédure restreinte avec publication d'avis ou lorsque aucune offre n'a été déposée, pour autant que la passation du contrat soit urgente; sinon l'exception est applicable sous les mêmes

conditions, mais après une seconde procédure ouverte ou une seconde procédure 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 opérateur économique déterminé;
- f) dans la mesure du strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles ne permet pas de respecter les délais exigés par les autres procédures. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs;
- g) pour les travaux ou services complémentaires qui ne figurent pas dans le projet initialement envisagé ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui exécute cet ouvrage ou ce service:
 - lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs,
 - ou
 - lorsque ces travaux ou services, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.

Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires ne doit pas dépasser 50 pour cent du montant du marché initial;
- 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 les prix sont en fait soustraits au jeu normal de la concurrence ou s'il s'agit de services rémunérés suivant un barème officiel;
- j) pour les marchés de la Police Grand-Ducale:
 - pour les prestations occasionnées par le déplacement et le séjour de personnel policier à l'étranger dans le cadre des missions policières;
 - lorsque la sécurité du personnel engagé est directement menacée;
 - pour les fournitures d'effets d'habillement et d'équipement militaire destinés à être revendus au cadre;
- 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.

(2) Il peut être recouru au marché négocié dans les cas suivants:

- a) pour les marchés à conclure par les pouvoirs adjudicateurs compétents pour la Police Grand-Ducale, l'Administration des Douanes et Accises et pour les services de secours, pour des besoins de standardisation des équipements et du matériel d'intervention ainsi que des effets personnels de protection et de sécurité des membres des unités d'intervention;

- b) pour les marchés publics de services, lorsque le marché considéré fait suite à un concours dont les règles sont à instituer par voie de règlement grand-ducal;
- c) 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 les marchés ainsi que pour les achats de fournitures dans des conditions particulièrement avantageuses soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités soit auprès de curateurs ou liquidateurs, d'une faillite ou d'un concordat judiciaire;
- d) pour les marchés qui servent à la mise en oeuvre de moyens techniques particuliers et confidentiels de recherche, d'investigation et de sécurisation lorsque la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige.

Art. 9. Sauf dans le cas visé à l'article 8, paragraphe 1er, point a), le recours à la procédure restreinte sans publication d'avis ou à la procédure négociée est motivé:

- pour les pouvoirs adjudicateurs relevant des organes, administrations et services de l'Etat, par un arrêté du ministre du ressort,
- pour les pouvoirs adjudicateurs relevant des communes, par une décision du collège des bourgmestre et échevins,
- pour les autres pouvoirs adjudicateurs, par une décision de l'organe habilité à engager lesdits pouvoirs adjudicateurs.

Chapitre IV – Modes de passation des marchés publics

Art. 10. (1) Les marchés publics peuvent être conclus, soit par entreprise générale, globale ou partielle, soit par professions ou par lots. Le recours à la sous-traitance est autorisé suivant les conditions déterminées par voie de règlement grand-ducal.

(2) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à des centrales d'achat pour acquérir des travaux, fournitures ou services.

(3) Les pouvoirs adjudicateurs qui acquièrent des travaux, des fournitures ou des services en recourant à une centrale d'achat dans les hypothèses visées à l'article 3 point 10) sont considérés comme ayant respecté le présent livre, pour autant que cette centrale d'achat l'ait respecté.

Chapitre V – Mode d'attribution des marchés publics

Art. 11. Les marchés à conclure par procédure ouverte ou restreinte sont attribués par décision motivée au soumissionnaire ayant présenté soit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, soit l'offre régulière au prix le plus bas. Est considérée comme offre régulière toute offre qui après évaluation faite est formellement et techniquement conforme, et qui remplit les critères de sélection qualitatifs qui peuvent être prévus par les cahiers spéciaux des charges.

La notion d'offre économiquement la plus avantageuse est définie par voie de règlement grand-ducal.

Chapitre VI – Durée des marchés publics

Art. 12. 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 crédit-bail et de location-vente;
- 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 ils sont conclus. Dans ce cas la durée doit être adaptée à la nature du marché pour soit tenir compte de la durée de réalisation effective des travaux, fournitures ou services, soit optimiser les conditions économiques de réalisation du marché. Toutefois la durée de ces marchés ne peut pas dépasser 10 exercices, y non compris celui au cours duquel les marchés ont été conclus;

c) lorsqu'il s'agit de travaux, fournitures ou services de très grande envergure dont le montant estimé, TVA comprise, dépasse le montant prévu à l'article 80 de la loi du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat.

Dans ce cas la loi spéciale doit faire mention de la dérogation à la durée prévue au point b);

d) lorsqu'il s'agit de concessions de travaux publics et de concessions de services.

Chapitre VII – Sanctions et primes

Art. 13. (1) Un règlement grand-ducal peut prévoir des sanctions qui peuvent être prises envers l'adjudicataire qui ne se conformerait pas aux clauses conventionnelles du marché. Ces sanctions consistent en des clauses pénales, des astreintes et la résiliation du marché. Les sanctions doivent être adaptées à la nature et à l'importance des marchés. L'amende ne peut pas dépasser vingt pour cent du total de l'offre.

(2) Les cahiers des charges peuvent prévoir des primes d'achèvement avant terme pour les marchés publics.

(3) Suivant la gravité des désordres causés par un opérateur économique dans le cadre d'une procédure d'un marché public ou lors de son exécution, celui-ci peut être exclu temporairement de la participation aux marchés publics par le pouvoir adjudicateur concerné pendant une durée ne dépassant pas deux ans.

(4) Cette exclusion peut uniquement avoir lieu pour:

- a) manquement aux conditions du marché adjugé ou pour non-respect des délais impartis;
- b) faute grave dans l'exécution des marchés;
- c) manque de probité commerciale.

(5) L'exclusion ne peut avoir lieu qu'après une mise en demeure précisant clairement les intentions du pouvoir adjudicateur. Un délai d'au moins huit jours doit être accordé à l'opérateur économique pour présenter ses observations.

(6) La décision d'exclusion doit être motivée et elle doit être précédée de la consultation de la Commission des soumissions.

(7) Les contestations auxquelles donnent lieu les décisions relatives à l'exclusion sont de la compétence du Tribunal administratif, statuant comme juge du fond.

(8) La décision d'exclusion prise est notifiée à l'opérateur économique visé, aux services publics intéressés et à la Commission des Soumissions.

Chapitre VIII – Avances et acomptes

Art. 14. Pour les marchés publics, aucun acompte à un opérateur économique 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.

Chapitre IX – Décomptes

Art. 15. (1) Pour tous les marchés publics un décompte final doit être établi.

Pour toute adjudication dont la valeur, hors TVA dépasse 20.000 euros valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948, le pouvoir adjudicateur établit, après la réception de la

totalité du marché, un décompte final, comportant comparaison du devis établi en vue de la procédure d'adjudication et comparaison, par corps de métiers, du prix adjugé et du coût final de la totalité du marché, marchés supplémentaires compris.

(2) En cas de dépassement du devis ou du prix convenu, les hausses légales sont à indiquer séparément.

(3) Une justification est à fournir pour tous les dépassements excédant les hausses légales.

TITRE IV

Commission des soumissions

Art. 16. (1) Il est institué auprès du ministre ayant dans ses attributions les Travaux publics une Commission des soumissions.

(2) Cette commission a pour mission:

- de veiller à ce que les dispositions légales, réglementaires et contractuelles en matière de marchés publics soient strictement observées par les pouvoirs adjudicateurs ainsi que par les adjudicataires;
- d'instruire les réclamations;
- d'assumer toute mission consultative relative aux marchés publics;
- de donner son avis à tout pouvoir adjudicateur qui le demande relativement aux marchés publics à conclure ou conclus;
- d'exécuter les tâches spécifiques lui confiées par la présente loi et ses règlements d'exécution.

(3) Si un pouvoir adjudicateur se propose de recourir, pour un marché estimé, hors TVA, à plus de 50.000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948, à procédure restreinte sans publication d'avis ou à une procédure négociée, il doit au préalable solliciter l'avis de la Commission des soumissions.

(4) Les membres de la commission sont nommés par arrêté du Gouvernement en conseil.

(5) La commission est assistée d'un service administratif.

(6) Les indemnités des membres ainsi que du personnel administratif sont fixées par règlement grand-ducal.

(7) La composition de la commission, son mode de fonctionnement ainsi que celui du service administratif lui joint sont déterminés par règlement grand-ducal.

TITRE V

Dispositions particulières concernant les marchés publics conclus par les pouvoirs adjudicateurs relevant de l'Etat ou des entités assimilées

Chapitre I – Décomptes pour ouvrages importants

Art. 17. Pour tous les marchés publics relevant de l'Etat, relatifs à un ouvrage dont le coût dépasse le montant prévu à l'article 80 de la loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat, le décompte établi suivant les dispositions de l'article 15, est transmis au ministre ayant dans ses attributions le Budget, ainsi qu'à la Chambre des députés dans un délai ne dépassant pas un an à compter de la réception de la totalité de l'ouvrage. Une justification est à fournir pour tous les dépassements excédant les hausses légales. Ce décompte est contrôlé par la Cour des comptes et soumis à la Chambre des députés avec les observations éventuelles de la Cour des comptes.

TITRE VI

**Dispositions particulières concernant les marchés publics
des pouvoirs adjudicateurs relevant des communes ou des entités assimilées****Chapitre I – Clause préférentielle en faveur d'un soumissionnaire local**

Art. 18. Par dérogation aux dispositions prévues à l'article 11, respectivement le collège des bourgmestre et échevins ou l'organe habilité à engager l'établissement public placé sous la surveillance des communes, peut, lorsque le montant total, hors TVA, du marché à conclure n'excède pas 20.000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948, attribuer le marché à un concurrent résidant dans la commune, 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 ou celui de l'offre au prix le plus bas.

Chapitre II – Suspension et annulation

Art. 19. (1) Le Grand-Duc peut annuler un marché conclu en violation de la présente loi ou de ses règlements d'exécution ou s'il est contraire à l'intérêt général.

L'arrêté d'annulation doit être motivé et indiquer les moyens légaux ou les éléments d'intérêt général qui sont en cause et qu'il s'agit de protéger.

(2) Le ministre de l'Intérieur peut, dans un délai de 8 jours de la communication du dossier, suspendre un marché conclu en violation de la présente loi ou de ses règlements d'exécution ou s'il est contraire à l'intérêt général.

Les motifs de la suspension sont communiqués à l'autorité concernée dans les 5 jours de la suspension.

L'arrêté portant annulation du marché par le Grand-Duc doit intervenir dans les 40 jours à partir de la communication du dossier au ministre de l'Intérieur. Si l'annulation n'intervient pas dans ce délai, la suspension est levée.

TITRE VII

Règles d'exemption et d'exécution

Art. 20. (1) Les dispositions du livre I ne s'appliquent pas aux appels à la concurrence à opérer par le Fonds pour le logement à coût modéré pour la réalisation de logements.

(2) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

L'avis de marché fait mention de la présente disposition.

(3) Les mesures d'exécution du présent livre sont définies par un règlement grand-ducal instituant un cahier général des charges fixant les clauses et conditions générales des marchés publics à conclure par les pouvoirs adjudicateurs.

(4) Des règlements grand-ducaux peuvent instituer des cahiers spéciaux des charges standardisés.

(5) Il est institué auprès du ministre ayant dans ses attributions les Travaux publics un service chargé de la publication électronique des avis prévus dans le cadre de l'exécution de la présente loi. Ce service peut être chargé d'autres attributions dans le cadre de la mise en ligne des marchés publics. Le mode de fonctionnement du service est réglé par voie de règlement grand-ducal.

*

LIVRE II

DISPOSITIONS PARTICULIERES RELATIVES AUX MARCHES PUBLICS
D'UNE CERTAINE ENVERGURE

TITRE I

Champ d'application

Chapitre I – *Seuils*

Art. 21. Le présent livre s'applique aux marchés publics qui ne sont pas exclus en vertu des exceptions prévues aux articles 24 à 32 et dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure aux seuils suivants:

- a) 162.000 euros pour les marchés publics de fournitures et de services, autres que ceux visés au point b), troisième tiret, passés par les pouvoirs adjudicateurs qui sont des autorités gouvernementales centrales reprises à l'annexe IV; en ce qui concerne les marchés publics de fournitures passés par ces pouvoirs adjudicateurs qui opèrent dans le domaine de la défense, cela ne vaut que pour les marchés concernant les produits visés à l'annexe V;
- b) 249.000 euros:
 - pour les marchés publics de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs autres que ceux visés à l'annexe IV,
 - pour les marchés publics de fournitures passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'annexe IV qui opèrent dans le domaine de la défense lorsque ces marchés concernent des produits non visés par l'annexe V,
 - pour les marchés publics de services passés par un pouvoir adjudicateur ayant pour objet des services de la catégorie 8 de l'annexe II A, des services de télécommunications de la catégorie 5 dont les positions dans le CPV sont l'équivalent des numéros de référence CPC 7524, 7525 et 7526 ou des services figurant à l'annexe II B;
- c) 6.242.000 EUR, pour les marchés publics de travaux.

Art. 22. Le présent livre s'applique à la passation:

- a) des marchés subventionnés directement à plus de 50% par des pouvoirs adjudicateurs et dont la valeur estimée, hors TVA, égale ou dépasse 6.242.000 euros:
 - lorsque ces marchés concernent les activités de génie civil au sens de l'annexe I,
 - lorsque ces marchés 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;
- b) des marchés de services subventionnés directement à plus de 50% par des pouvoirs adjudicateurs et dont la valeur estimée hors TVA égale ou dépasse 249.000 euros lorsque ces marchés sont en liaison avec un marché de travaux au sens du point a).

Les pouvoirs adjudicateurs qui octroient ces subventions veillent à faire respecter les dispositions du présent livre lorsque ces marchés sont passés par une ou plusieurs entités autres qu'eux-mêmes et sont tenus de respecter le présent livre lorsqu'ils passent eux-mêmes ces marchés au nom et pour le compte de ces autres entités.

Chapitre II – *Méthodes de calcul*

Art. 23. (1) Le calcul de la valeur estimée d'un marché public est fondé sur le montant total payable, hors TVA, estimé par le pouvoir adjudicateur. Ce calcul tient compte du montant total estimé, y compris toute forme d'option éventuelle et les reconductions du contrat éventuelles.

Si le pouvoir adjudicateur prévoit des primes ou des paiements au profit des candidats ou soumissionnaires, il en tient compte pour calculer la valeur estimée du marché.

(2) Cette estimation doit valoir au moment de l'envoi de l'avis de marché, tel que prévu dans les dispositions relatives à la publication déterminées par règlement grand-ducal, ou dans les cas où un tel

avis n'est pas requis, au moment où le pouvoir adjudicateur engage la procédure d'attribution du marché.

(3) Aucun projet d'ouvrage ni aucun projet d'achat visant à obtenir une certaine quantité de fournitures ou de services ne peut être scindé en vue de le soustraire à l'application de la présente loi.

(4) Pour les marchés publics de travaux, le calcul de la valeur estimée prend en compte le montant des travaux ainsi que la valeur totale estimée des fournitures nécessaires à l'exécution des travaux et mises à la disposition de l'entrepreneur par les pouvoirs adjudicateurs.

(5) a) Lorsqu'un ouvrage envisagé ou un projet d'achat de services peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur globale estimée de la totalité de ces lots est prise en compte.

Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le seuil prévu à l'article 21 le présent livre s'applique à la passation de chaque lot.

Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à cette application pour des lots dont la valeur estimée hors TVA est inférieure à 80.000 euros et pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 pour cent de la valeur cumulée de la totalité des lots;

b) lorsqu'un projet visant à obtenir des fournitures homogènes peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur estimée de la totalité de ces lots est prise en compte pour l'application de l'article 21 points a) et b) de la présente loi.

Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le seuil prévu à l'article 21, le présent livre s'applique à la passation de chaque lot.

Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à cette application pour des lots dont la valeur estimée hors TVA est inférieure à 80.000 EUR et pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20% de la valeur cumulée de la totalité des lots.

(6) Pour les marchés publics de fournitures ayant pour objet le crédit-bail, la location ou la location-vente de produits, la valeur à prendre comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché est la suivante:

a) dans l'hypothèse de marchés publics 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;

b) dans l'hypothèse de marchés publics ayant une durée indéterminée ou dans le cas où la détermination de leur durée ne peut être définie, la valeur mensuelle multipliée par quarante-huit.

(7) Lorsqu'il s'agit de marchés publics de fournitures ou de services présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée, est prise comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché:

a) soit la valeur réelle globale des contrats successifs analogues passés au cours des douze mois précédents 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;

b) 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.

Le choix de la méthode pour le calcul de la valeur estimée d'un marché public ne peut être effectué avec l'intention de le soustraire à l'application du présent livre.

(8) Pour les marchés publics de services, la valeur à prendre comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché est, le cas échéant, la suivante:

a) pour les types de services suivants:

1°: services d'assurance: la prime payable et les autres modes de rémunération;

2°: services bancaires et autres services financiers: les honoraires, commissions, intérêts et autres modes de rémunération;

3°: marchés impliquant la conception: honoraires, commissions payables et autres modes de rémunération.

b) pour les marchés de services n'indiquant pas un prix total:

1°: 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 estimée pour toute leur durée;

2°: dans l'hypothèse de marchés ayant une durée indéterminée ou supérieure à quarante-huit mois: la valeur mensuelle multipliée par quarante-huit.

(9) Pour les accords-cadres et pour les systèmes d'acquisition dynamiques la valeur à prendre en considération est la valeur maximale estimée hors TVA de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique.

Chapitre III – Situations spécifiques

Art. 24. Le présent livre s'applique aux marchés publics passés par des pouvoirs adjudicateurs dans le domaine de la défense, sous réserve de l'article 296 du Traité instituant la Communauté européenne.

Art. 25. (1) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à des centrales d'achat pour acquérir des travaux, fournitures ou services.

(2) Les pouvoirs adjudicateurs qui acquièrent des travaux, des fournitures ou des services en recourant à une centrale d'achat dans les hypothèses visées à l'article 3 point 10) sont considérés comme ayant respecté le présent livre, pour autant que cette centrale d'achat l'ait respecté.

Chapitre IV – Marchés exclus

Art. 26. *Marchés passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux*

Le présent livre ne s'applique pas aux marchés publics qui, dans le cadre du livre III sont passés par des pouvoirs adjudicateurs exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 57 à 61 et sont passés pour ces activités, ni aux marchés publics exclus du champ d'application du livre III en vertu de son article 59, paragraphe 2 et de ses articles 73, 80 et 83.

Art. 27. *Exclusions spécifiques dans le domaine des télécommunications*

Le présent livre ne s'applique pas aux marchés publics qui ont principalement pour objet de permettre aux pouvoirs adjudicateurs la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de télécommunications.

Art. 28. *Marchés secrets ou exigeant des mesures particulières de sécurité*

Le présent livre ne s'applique pas aux marchés publics lorsqu'ils sont déclarés secrets 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 l'Etat l'exige.

Art. 29. *Marchés passés en vertu de règles internationales*

Le présent livre ne s'applique pas aux marchés publics régis par des règles de procédure différentes et passés en vertu:

- a) d'un accord international conclu, en conformité avec le Traité instituant la Communauté européenne, avec un ou plusieurs Etats non membres de la Communauté Européenne et portant sur des fournitures, des travaux, des services ou des concours destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par les Etats signataires; tout accord sera communiqué à la Commission européenne;
- b) d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un Etat membre ou d'un Etat non membre de la Communauté européenne;
- c) de la procédure spécifique d'une organisation internationale.

Art. 30. Exclusions spécifiques

Le présent livre ne s'applique pas aux marchés publics de services:

- a) ayant 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 au présent livre;
- b) concernant l'achat, le développement, la production ou la coproduction des programmes destinés à la diffusion par des organismes de radiodiffusion et concernant les temps de diffusion;
- c) concernant les services d'arbitrage et de conciliation;
- d) concernant des services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs, et des services fournis par des banques centrales;
- e) concernant les contrats d'emploi;
- f) concernant 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.

Art. 31. Concessions de services

Sans préjudice de l'application des dispositions prévues à l'article 51, le présent livre ne s'applique pas aux concessions de services définies à l'article 3 point 4).

Art. 32. Marchés de services attribués sur base d'un droit exclusif

Le présent livre ne s'applique pas aux marchés publics de services attribués par un pouvoir adjudicateur à un autre pouvoir adjudicateur ou à une association de pouvoirs adjudicateurs sur la base d'un droit exclusif dont ceux-ci bénéficient en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité instituant la Communauté européenne.

Chapitre V – Marchés réservés

Art. 33. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

L'avis de marché fait mention de la présente disposition.

Chapitre VI – Régimes applicables aux marchés de services

Art. 34. Les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe II A sont passés conformément aux dispositions définies par un règlement grand-ducal qui institue un cahier général des charges applicable aux marchés d'une certaine envergure.

Art. 35. La passation des marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe II B est soumise seulement aux règles communes dans le domaine technique et à l'obligation de l'information de passation du marché définies par un règlement grand-ducal qui institue un cahier général des charges applicable aux marchés d'une certaine envergure.

Art. 36. Les marchés qui ont pour objet à la fois des services figurant à l'annexe II A et des services figurant à l'annexe II B sont passés conformément aux dispositions de l'article 34 lorsque la valeur des services figurant à l'annexe II A dépasse celle des services figurant à l'annexe II B. Dans les autres cas, le marché est passé conformément à l'article 35.

TITRE II

Procédures

Chapitre I – Procédure ouverte et procédure restreinte

Art. 37. (1) Les pouvoirs adjudicateurs, en règle générale, passent leurs marchés publics de travaux, de fournitures et de services visés au présent livre soit par la procédure ouverte, soit par la procédure restreinte.

(2) Dans les cas et circonstances spécifiques expressément prévues aux articles 39 et 40, les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à la procédure négociée, avec ou sans publication d'un avis de marché.

Dans les circonstances particulières expressément prévues à l'article 41, les pouvoirs adjudicateurs peuvent attribuer leurs marchés publics au moyen du dialogue compétitif.

(3) Les règles relatives au déroulement des procédures sont à déterminer par voie de règlement grand-ducal.

Chapitre II – Marchés négociés et dialogue compétitif

Art. 38. Le recours aux procédures négociées et au dialogue compétitif est motivé:

- pour les pouvoirs adjudicateurs relevant des organes, administrations et services de l'Etat, par un arrêté du ministre du ressort,
- pour les pouvoirs adjudicateurs relevant des communes, par une décision du collège des bourgmestre et échevins,
- pour les autres pouvoirs adjudicateurs, par une décision de l'organe habilité à engager lesdits pouvoirs adjudicateurs.

Section I – Marchés négociés avec publication d'un avis de marché

Art. 39. (1) Pour les marchés publics de travaux, de fournitures ou de services, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à la règle générale énoncée à l'article 37, paragraphe 1er en recourant au marché négocié après avoir publié un avis de marché et sélectionné les candidats selon des critères de sélection qualitatifs connus dans les cas suivants:

- a) en présence d'offres irrégulières ou en cas de dépôt d'offres inacceptables soumises en réponse à une procédure ouverte ou restreinte ou à un dialogue compétitif, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent ne pas publier un avis de marché s'ils incluent dans la procédure négociée tous les soumissionnaires et les seuls soumissionnaires qui satisfont aux critères visés aux critères de sélection qualitative déterminés par voie de règlement grand-ducal et qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte ou du dialogue compétitif antérieur, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation;

- b) dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix;
- c) dans le domaine des services, notamment au sens de la catégorie 6 de l'annexe II A, et pour des prestations intellectuelles, telles que la conception d'ouvrage, dans la mesure où la nature de la prestation 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 procédure ouverte ou la procédure restreinte;
- d) dans le cas des marchés publics de travaux, pour les travaux qui sont réalisés uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation ou de mise au point et non dans le but d'assurer une rentabilité ou le recouvrement des coûts de recherche et de développement.

(2) Dans les cas visés au paragraphe 1er, les pouvoirs adjudicateurs négocient avec les soumissionnaires les offres soumises par ceux-ci afin de les adapter aux exigences qu'ils ont indiquées dans l'avis

de marché, dans le cahier des charges et dans les documents complémentaires éventuels et afin de rechercher la meilleure offre conformément aux critères d'attribution déterminés par voie de règlement grand-ducal.

(3) Au cours de la négociation, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. En particulier, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres.

(4) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir que la procédure négociée se déroule en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Le recours à cette faculté est indiqué dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges.

Section II – Marchés négociés sans publication d'un avis de marché

Art. 40. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics de travaux, de fournitures ou de services en recourant à la procédure négociée, sans publication préalable d'un avis de marché, dans les cas suivants:

- (1) dans le cas des marchés publics de travaux, de fournitures et de services:
 - a) lorsqu'aucune offre ou aucune offre appropriée ou aucune candidature 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 qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne à sa demande;
 - b) lorsque, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique 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 procédures ouvertes, restreintes ou négociées avec publication d'un avis de marché visées à l'article 39.
Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs;
- (2) dans le cas des marchés publics de fournitures:
 - a) 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;
 - b) 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;
 - c) pour les fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières;
 - d) pour l'achat de fournitures à 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 prévue par voie légale ou réglementaire;
- (3) dans le cas des marchés publics de services, lorsque le marché considéré fait suite à un concours dont les règles sont à instituer par voie de règlement grand-ducal;
- (4) dans le cas des marchés publics de travaux et marchés publics de services:
 - a) pour les travaux ou services complémentaires qui ne figurent pas dans le projet initialement envisagé ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui exécute cet ouvrage ou ce service:

- lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs,

ou

- lorsque ces travaux ou services, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.

Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires ne doit pas dépasser 50 pour cent du montant du marché initial;

- b) pour de nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires confiés à l'opérateur économique adjudicataire du marché initial par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, à condition que ces travaux ou ces services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un marché initial passé selon la procédure ouverte ou restreinte.

La possibilité de recourir à cette procédure est indiquée dès la mise en concurrence de la première opération et le montant total envisagé pour la suite des travaux ou des services est pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour l'application de l'article 7.

Il ne peut être recouru à cette procédure que pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial.

Section III – Dialogue compétitif

Art. 41. Lorsqu'un marché est particulièrement complexe au sens de l'article 3, paragraphe 10, point e), le pouvoir adjudicateur, dans la mesure où il estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché, peut recourir au dialogue compétitif conformément à des règles déterminées par voie de règlement grand-ducal.

L'attribution du marché public est faite sur la seule base du critère d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Chapitre III – Des concours dans le domaine des services

Art. 42. (1) Les règles relatives à l'organisation des concours des services sont établies par voie de règlement grand-ducal et sont mises à la disposition de ceux qui sont intéressés à participer au concours.

(2) L'accès à la participation aux concours ne peut être limité:

- a) au territoire ou à une partie du territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne;
- b) par le fait que les participants seraient tenus, en vertu de la législation de l'Etat membre où le concours est organisé, d'être soit des personnes physiques, soit des personnes morales.

Art. 43. Les concours sont organisés conformément au présent chapitre:

- a) par les pouvoirs adjudicateurs qui sont des autorités gouvernementales centrales reprises à l'annexe IV, à partir d'un seuil qui égale ou dépasse 162.000 euros;
- b) par les pouvoirs adjudicateurs autres que ceux visés à l'annexe IV, à partir d'un seuil qui égale ou dépasse 249.000 euros;
- c) par tous les pouvoirs adjudicateurs, à partir d'un seuil qui égale ou dépasse 249.000 euros lorsque les concours portent sur des services de la catégorie 8 de l'annexe II A, des services de télécommunications de la catégorie 5 dont les positions dans le CPV sont l'équivalent des numéros de référence CPC 7524, 7525 et 7526 ou des services figurant à l'annexe II B.

Art. 44. Le présent chapitre s'applique:

- a) aux concours organisés dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public de services;
- b) aux concours avec primes de participation ou paiements aux participants.

Dans les cas visés au point a), on entend par „seuil“, la valeur estimée hors TVA du marché public de services, y compris les éventuelles primes de participation ou paiements aux participants.

Dans les cas visés au point b), on entend par seuil le montant total des primes et paiements, y compris la valeur estimée hors TVA du marché public de services qui pourrait être passé ultérieurement aux termes de l'article 40, paragraphe 3, si le pouvoir adjudicateur n'exclut pas une telle passation dans l'avis de concours.

Art. 45. Le présent chapitre ne s'applique pas:

- a) aux concours de services au sens du livre III qui sont organisés par des pouvoirs adjudicateurs exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 57 à 61 et qui sont organisés pour la poursuite de ces activités, ni aux concours exclus du champ d'application dudit livre;
- b) aux concours qui sont organisés dans les mêmes cas que ceux visés aux articles 27, 28 et 29 pour les marchés publics de services.

Chapitre IV – Des accords-cadres

Art. 46. (1) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent conclure des accords-cadres. Aux fins de la conclusion d'un accord-cadre, les pouvoirs adjudicateurs suivent les règles prévues par voie de règlement grand-ducal dans toutes les phases jusqu'à l'attribution des marchés fondés sur cet accord-cadre. Le choix des parties à l'accord-cadre se fait par application des modes d'attribution prévus par l'article 11.

(2) La durée d'un accord-cadre ne peut pas dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par l'objet du contrat-cadre.

Chapitre V – Des systèmes d'acquisition dynamiques et des enchères électroniques

Art. 47. Les règles relatives au déroulement des systèmes d'acquisition dynamiques et des enchères électroniques sont à déterminer par voie de règlement grand-ducal.

Chapitre VI – De la concession de travaux publics

Art. 48. Le présent chapitre s'applique à tous les contrats de concession de travaux publics conclus par les pouvoirs adjudicateurs lorsque la valeur de ces contrats dépasse ou égale 6.242.000 euros.

Cette valeur est calculée selon les règles applicables aux marchés de travaux publics définies à l'article 23.

Les mesures d'exécution du présent chapitre sont déterminées par voie de règlement grand-ducal.

Art. 49. Ces dispositions ne s'appliquent pas aux concessions de travaux publics:

- a) qui sont octroyées pour les marchés publics de travaux dans les cas visés aux articles 27, 28 et 29 de la présente loi;
- b) qui sont octroyées par des pouvoirs adjudicateurs exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 57 à 61 lorsque ces concessions sont octroyées pour l'exercice de ces activités.

Art. 50. Ces dispositions ne s'appliquent pas aux travaux complémentaires qui ne figurent pas dans le projet initialement envisagé de la concession ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage tel qu'il y est décrit, que le pouvoir adjudicateur confie au concessionnaire, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui exécute cet ouvrage, par décision motivée:

- lorsque ces travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs, ou
- lorsque ces travaux, quoiqu'ils soient 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 doit pas dépasser 50 pour cent du montant de l'ouvrage initial faisant l'objet de la concession.

TITRE III

Règles particulières**Chapitre I – Octroi de droits spéciaux ou exclusifs:
Clause de non-discrimination**

Art. 51. Lorsqu'un pouvoir adjudicateur octroie à une entité autre qu'un tel pouvoir adjudicateur des droits spéciaux ou exclusifs d'exercer une activité de service public, l'acte par lequel ce droit est octroyé prévoit que l'entité concernée doit, pour les marchés de fournitures qu'elle passe avec des tiers dans le cadre de cette activité, respecter le principe de non-discrimination en raison de la nationalité.

**Chapitre II – Conditions relatives aux accords conclus au sein de
l'organisation mondiale du commerce**

Art. 52. Lors de la passation de marchés publics avec des opérateurs économiques des Etats membres de la Communauté européenne, les pouvoirs adjudicateurs appliquent des conditions aussi favorables que celles qu'ils réservent aux opérateurs économiques des pays tiers en application de l'accord sur les marchés publics conclus dans le cadre des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay.

**Chapitre III – Marchés publics de travaux: Règles particulières
concernant la réalisation de logements sociaux**

Art. 53. Dans le cas de marchés publics portant sur la conception et la construction d'un ensemble de logements sociaux dont, en raison de l'importance, de la complexité et de la durée présumée des travaux s'y rapportant, le plan doit être établi dès le début sur la base d'une stricte collaboration au sein d'une équipe comprenant les délégués des pouvoirs adjudicateurs, des experts et l'entrepreneur qui aura la charge d'exécuter les travaux, il peut être recouru à une procédure spéciale d'attribution, à déterminer par voie de règlement grand-ducal, visant à choisir l'entrepreneur le plus apte à être intégré dans l'équipe.

TITRE IV

Règles d'exécution

Art. 54. Les mesures d'exécution du présent livre sont définies par un règlement grand-ducal qui institue un cahier général des charges applicable aux marchés d'une certaine envergure.

*

LIVRE III

**DISPOSITIONS SPECIFIQUES RELATIVES AUX
MARCHES PUBLICS DANS LES SECTEURS DE L'EAU, DE L'ENERGIE,
DES TRANSPORTS ET DES SERVICES POSTAUX**

TITRE I

Définitions et champ d'application

Art. 55. Aux fins du livre III, les définitions figurant au présent article s'appliquent:

1. a) Les „marchés de fournitures, de travaux et de services“ sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre une ou plusieurs entités adjudicatrices visées à l'article 56, paragraphe 2, et un ou plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services.
- b) Les „marchés de travaux“ sont des marchés ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux

besoins précisés par l'entité adjudicatrice. 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.

- c) Les „marchés de fournitures“ sont des marchés autres que ceux visés au point b) ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits.
- Un marché ayant pour objet la fourniture de produits et, à titre accessoire, les travaux de pose et d'installation est considéré comme un „marché de fourniture“.
- d) Les „marchés de services“ sont des marchés autres que les marchés de travaux ou de fournitures ayant pour objet la prestation de services mentionnés à l'annexe II.
- Un marché ayant pour objet à la fois des produits et des services visés à l'annexe II est considéré comme un „marché de services“ lorsque la valeur des services en question dépasse celle des produits incorporés dans le marché.
- Un marché ayant pour objet des services visés à l'annexe II et ne comportant des activités visées à l'annexe I qu'à titre accessoire par rapport à l'objet principal du marché est considéré comme un marché de services.
2. a) La „concession de travaux“ est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché de travaux 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.
- b) La „concession de services“ est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché de services à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix.
3. Un „accord-cadre“ est un accord conclu entre une ou plusieurs entités adjudicatrices visées à l'article 56, paragraphe 2, et un ou plusieurs opérateurs économiques, et qui a pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.
4. Un „système d'acquisition dynamique“ est un processus d'acquisition entièrement électronique pour des achats d'usage courant, dont les caractéristiques généralement disponibles sur le marché satisfont aux besoins de l'entité adjudicatrice, limité dans le temps et ouvert pendant toute sa durée à tout opérateur économique satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre indicative conforme au cahier des charges.
5. Une „enchère électronique“ est un processus itératif selon un dispositif électronique de présentation de nouveaux prix, revus à la baisse, ou de nouvelles valeurs portant sur certains éléments des offres, qui intervient après une première évaluation complète des offres, permettant que leur classement puisse être effectué sur base d'un traitement automatique. Par conséquent, certains marchés de services et de travaux portant sur des prestations intellectuelles, comme la conception d'ouvrage, ne peuvent pas faire l'objet d'enchères électroniques.
6. Un „entrepreneur“, un „fournisseur“ ou un „prestataire de services“ peut être une personne physique ou morale ou une entité adjudicatrice visées à l'article 56, paragraphe 2, point a) ou b), ou un groupement de ces personnes ou entités qui offre, respectivement, la réalisation de travaux ou d'ouvrages, des produits ou des services sur le marché.
- Le terme „opérateur économique“ couvre à la fois les notions d'entrepreneur, fournisseur et prestataire de services. Il est utilisé uniquement dans un souci de simplification du texte.
- Un „soumissionnaire“ est l'opérateur économique qui présente une offre et un „candidat“ est celui qui sollicite une invitation à participer à une procédure restreinte ou négociée, l'offre que l'opérateur économique présente est désignée par le mot „soumission“.
7. Une „centrale d'achat“ est un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 56, paragraphe 1er, point a), ou un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2 qui:
- acquiert des fournitures ou des services destinés à des entités adjudicatrices, ou
 - passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des entités adjudicatrices.
8. Les „procédures ouvertes, restreintes ou négociées“ sont les procédures de passation appliquées par les entités adjudicatrices et dans lesquelles:

- a) en ce qui concerne les procédures ouvertes, tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre;
- b) en ce qui concerne les procédures restreintes, tout opérateur économique peut demander à participer et dans lesquelles seuls les candidats invités par l'entité adjudicatrice peuvent présenter une offre;
- c) en ce qui concerne les procédures négociées, l'entité adjudicatrice consulte les opérateurs économiques de son choix et négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.
9. Les „concours“ sont les procédures qui permettent à l'entité adjudicatrice d'acquérir, principalement dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, 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.
10. Les termes „écrit(e)“ ou „par écrit“ désignent tout ensemble de mots ou de chiffres qui peut être lu, reproduit, puis communiqué. Cet ensemble peut inclure des informations transmises et stockées par des moyens électroniques.
11. Un „moyen électronique“ est un moyen utilisant des équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données qui utilisent la diffusion, l'acheminement et la réception par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques.
12. Le „Vocabulaire commun des marchés publics“ (Common Procurement Vocabulary, CPV) désigne la nomenclature de référence applicable aux marchés publics adoptée par le règlement (CE) No 2195/2002, tout en assurant la correspondance avec les autres nomenclatures existantes.
- En cas de différences d'interprétation en ce qui concerne le champ d'application du présent livre, à la suite d'éventuelles divergences entre la nomenclature CPV et la nomenclature NACE visée à l'annexe I ou entre la nomenclature CPV et la nomenclature CPC (version provisoire) visée à l'annexe II, la nomenclature NAGE ou la nomenclature CPC priment respectivement.

TITRE II

Champ d'application: Définition des entités et des activités visées

Chapitre I – Les entités adjudicatrices

Art. 56. (1) Aux fins du présent livre on entend par:

- a) „pouvoirs adjudicateurs“: l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs 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,
- doté de la 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 sont désignés par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public;

- b) „entreprise publique“: toute entreprise sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs 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 adjudicateurs, 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.

(2) Le présent livre s'applique aux entités adjudicatrices:

- a) qui sont des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques et qui exercent une des activités visées aux articles 57 à 61;
- b) qui, lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, exercent, parmi leurs activités, l'une des activités visées à l'article 57 à 61 ou plusieurs de ces activités, et bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente.

(3) Aux fins du présent livre, les „droits spéciaux ou exclusifs“ sont des droits accordés par l'autorité compétente, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité définie aux articles 57 à 61 et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité.

Chapitre II – Les activités

Art. 57. Gaz, chaleur et électricité

(1) En ce qui concerne le gaz et la chaleur, le présent livre s'applique aux activités 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 de gaz ou de chaleur, ou
- b) l'alimentation de ces réseaux en gaz ou en chaleur.

(2) L'alimentation en gaz ou en chaleur des réseaux qui fournissent un service au public par une entité adjudicatrice autre que les pouvoirs adjudicateurs n'est pas considérée comme une activité visée au paragraphe 1er lorsque:

- a) la production de gaz ou de chaleur par l'entité concernée est le résultat inéluctable de l'exercice d'une activité autre que celles visées aux paragraphes 1 ou 3 du présent article ou aux articles 58 à 61 et
- b) l'alimentation du réseau public ne vise qu'à exploiter de manière économique cette production et correspond à 20 pour cent 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.

(3) En ce qui concerne l'électricité, le présent livre s'applique aux activités 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 d'électricité, ou
- b) l'alimentation de ces réseaux en électricité.

(4) L'alimentation en électricité des réseaux qui fournissent un service au public par une entité adjudicatrice autre que les pouvoirs adjudicateurs n'est pas considérée comme une activité visée au paragraphe 3 lorsque:

- a) la production d'électricité par l'entité concernée a lieu parce que sa consommation est nécessaire à l'exercice d'une activité autre que celles visées aux paragraphes 1 ou 3 du présent article ou aux articles 58 à 61 et
- b) l'alimentation du réseau public ne dépend que de la consommation propre de l'entité et n'a pas dépassé 30 pour cent de la production totale d'énergie de l'entité prenant en considération la moyenne des trois dernières années, y inclus l'année en cours.

Art. 58. Eau

(1) Le présent livre s'applique aux activités 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 d'eau potable, ou
- b) l'alimentation de ces réseaux en eau potable.

(2) Le présent livre s'applique également aux marchés ou concours qui sont passés ou organisés par les entités exerçant une activité visée au paragraphe 1er 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 pour cent du volume total d'eau mis à disposition par ces projets ou ces installations d'irrigation ou de drainage, ou

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

(3) L'alimentation en eau potable des réseaux qui fournissent un service au public par une entité adjudicatrice autre que les pouvoirs adjudicateurs n'est pas considérée comme une activité au sens du paragraphe 1er lorsque:

- a) la production d'eau potable par l'entité concernée a lieu parce que sa consommation est nécessaire à l'exercice d'une activité autre que celles visées aux articles 57 à 61 et
- b) l'alimentation du réseau public ne dépend que de la consommation propre de l'entité et n'a pas dépassé 30 pour cent de la production totale d'eau potable de l'entité prenant en considération la moyenne des trois dernières années, y inclus l'année en cours.

Art. 59. Services de transport

(1) Le présent livre s'applique aux activités visant la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, 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.

(2) Le présent livre ne s'applique pas aux entités fournissant un service de transport par autobus au public, 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.

Art. 60. Services postaux

(1) Le présent livre s'applique aux activités visant à fournir des services postaux ou, dans les conditions visées au paragraphe 2, point c), d'autres services que les services postaux.

(2) Aux fins du présent livre et sans préjudice des dispositions de la loi modifiée du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux, on entend par:

- a) „envoi postal“: un envoi portant une adresse sous la forme définitive dans laquelle il doit être acheminé, quel que soit son poids. Il s'agit, par exemple, outre les envois de correspondance, de livres, de catalogues, de journaux, de périodiques et de colis postaux contenant des marchandises avec ou sans valeur commerciale, quel que soit leur poids;
- b) „services postaux“: des services, consistant en la levée, le tri, l'acheminement et la distribution d'envois postaux. Ces services comprennent:
 - les „services postaux réservés“: des services postaux qui sont réservés ou peuvent l'être sur la base de l'article 15 de la loi modifiée du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux,
 - les „autres services postaux“: des services postaux qui ne peuvent être réservés sur la base de l'article 15 de la loi modifiée du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux;
- c) „services autres que les services postaux“: des services fournis dans les domaines suivants:
 - services de gestion de services courrier, aussi bien les services précédant l'envoi que ceux postérieurs à l'envoi, tels les mail-room management services,
 - services à valeur ajoutée liés au courrier électronique et effectués entièrement par voie électronique y inclus la transmission sécurisée de documents codés par voie électronique, les services de gestion des adresses et la transmission de courrier électronique recommandé,
 - services concernant des envois non compris au point a) tels que le publipostage ne portant pas d'adresse,
 - services financiers tels qu'ils sont définis dans la catégorie 6 de l'annexe II A et à l'article 76, point c), y compris notamment les virements postaux et les transferts à partir de comptes courants postaux,
 - services de philatélie, et

- services logistiques (services associant la remise physique ou le dépôt à d'autres fonctions autres que postales),

pourvu que ces services soient fournis par une entité fournissant également des services postaux au sens du point b), premier ou second tiret et que les conditions fixées à l'article 81, paragraphe 1er, ne soient pas remplies en ce qui concerne les services relevant des tirets cités.

Art. 61. Dispositions concernant l'exploration et l'extraction du pétrole, du gaz, du charbon et d'autres combustibles solides ainsi que les ports et les aéroports

Le présent livre s'applique aux activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique dans le but:

- a) de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides, ou
- b) de mettre à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux, des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport.

Art. 62. Liste des entités adjudicatrices

Les listes, non exhaustives, des entités adjudicatrices au sens du présent livre figurent à l'annexe VI. Des modifications intervenues dans ces listes sont à communiquer à la Commission européenne.

Art. 63. Marchés concernant plusieurs activités

(1) Un marché destiné à la poursuite de plusieurs activités suit les règles applicables à l'activité à laquelle il est principalement destiné.

Toutefois, le choix entre la passation d'un seul marché et la passation de plusieurs marchés séparés ne peut être effectué avec l'objectif de l'exclure du champ d'application du présent livre, le cas échéant, des dispositions du livre II.

(2) Si une des activités à laquelle le marché est destiné est soumise au présent livre et l'autre au livre II et s'il est objectivement impossible d'établir à quelle activité le marché est principalement destiné, le marché est attribué conformément aux dispositions du livre II.

(3) Si une des activités à laquelle le marché est destiné est soumise au présent livre et l'autre n'est soumise ni au présent livre ni au livre II et s'il est objectivement impossible d'établir à quelle activité le marché est principalement destiné, le marché est attribué conformément au présent livre.

Chapitre III – Principes généraux

Art. 64. Principes de passation des marchés

Les entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence.

TITRE III

Règles applicables aux marchés

Chapitre I – Dispositions générales

Art. 65. Conditions relatives aux accords conclus au sein de l'Organisation mondiale du commerce

Lors de la passation de marchés publics avec des opérateurs économiques des Etats membres de la Communauté européenne, les pouvoirs adjudicateurs appliquent des conditions aussi favorables que celles qu'ils réservent aux opérateurs économiques des pays tiers en application de l'accord sur les marchés publics conclus dans le cadre des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay.

Art. 66. Accords-cadres

(1) Les entités adjudicatrices peuvent considérer un accord-cadre comme un marché au sens de l'article 55, point 1 et l'attribuer conformément aux dispositions déterminées par voie de règlement grand-ducal.

(2) Lorsque les entités adjudicatrices ont passé un accord-cadre conformément au présent livre, elles peuvent recourir à l'article 86, point i), lorsqu'elles passent des marchés qui sont fondés sur cet accord-cadre.

(3) Lorsqu'un accord-cadre n'a pas été passé conformément au présent livre, les entités adjudicatrices ne peuvent pas recourir à l'article 86 point i).

(4) 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.

Art. 67. Systèmes d'acquisition dynamiques et enchères électroniques

Les règles relatives au déroulement des systèmes d'acquisition dynamiques et des enchères électroniques sont à déterminer par voie de règlement grand-ducal.

Chapitre II – Seuils et exclusions

Section I – Seuils

Art. 68. Montants des seuils des marchés

A moins qu'ils ne soient exclus en vertu des exclusions prévues aux articles 71 à 78 ou conformément à l'article 81 concernant la poursuite de l'activité en question, la présente loi s'applique aux marchés dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure aux seuils suivants:

- a) 499.000 euros en ce qui concerne les marchés de fournitures et de services;
- b) 6.242.000 euros en ce qui concerne les marchés de travaux.

Art. 69. Méthodes de calcul de la valeur estimée des marchés, accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques

(1) Le calcul de la valeur estimée d'un marché est fondé sur le montant total payable, hors TVA, estimé par l'entité adjudicatrice. Ce calcul tient compte du montant total estimé, y compris toute forme d'option éventuelle et les reconductions du contrat éventuelles.

Si l'entité adjudicatrice prévoit des primes ou des paiements au profit des candidats ou soumissionnaires, il en tient compte pour calculer la valeur estimée du marché.

(2) Les entités adjudicatrices ne peuvent pas contourner l'application du présent livre en scindant les projets d'ouvrage ou les projets d'achat visant à obtenir une certaine quantité de fournitures ou de services ou en utilisant des modalités particulières de calcul de la valeur estimée des marchés.

(3) Pour les accords-cadres et pour les systèmes d'acquisition dynamiques la valeur à prendre en considération est la valeur maximale estimée hors TVA de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord ou du système.

(4) Aux fins de l'application de l'article 68, les entités adjudicatrices incluent dans la valeur estimée des marchés de travaux la valeur des travaux ainsi que 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.

(5) 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 de travaux avec pour effet de soustraire l'acquisition de ces fournitures ou de ces services à l'application du présent livre.

- (6) a) Lorsqu'un ouvrage envisagé ou un projet d'achat de services peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur globale estimée de la totalité de ces lots est prise en compte.

Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le seuil prévu à l'article 68, le présent livre s'applique à la passation de chaque lot.

Toutefois, les entités adjudicatrices peuvent déroger à cette application pour des lots dont la valeur estimée, hors TVA, est inférieure à 80.000 euros pour les services et 1.000.000 euros pour les travaux et pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 pour cent de la valeur cumulée de la totalité des lots.

- b) Lorsqu'un projet visant à obtenir des fournitures homogènes peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur estimée de la totalité de ces lots est prise en compte pour l'application de l'article 68.

Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le seuil prévu à l'article 68, le présent livre s'applique à la passation de chaque lot.

Toutefois, les entités adjudicatrices peuvent déroger à cette application pour des lots dont la valeur estimée, hors TVA, est inférieure à 80.000 euros et pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 pour cent de la valeur cumulée de la totalité des lots.

(7) Lorsqu'il s'agit de marchés de fournitures ou de services présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée, est prise comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché:

- a) soit la valeur réelle globale des contrats successifs analogues passés au cours des douze mois précédents 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;
- b) 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.

(8) 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.

(9) Pour les marchés de fournitures ayant pour objet le crédit-bail, la location ou la location-vente de produits, la valeur à prendre comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché est la suivante:

- a) 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;
- b) 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 quarante-huit.

(10) Aux fins du calcul du montant estimé de marchés de services, les montants suivants sont pris en compte, le cas échéant:

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

(11) Lorsqu'il s'agit de marchés de services n'indiquant pas un prix total, la valeur à prendre comme base pour le calcul du montant estimé des marchés est la suivante:

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

*Section II – Les marchés et les concessions,
ainsi que les marchés soumis à un régime spécial*

Sous-section 1 – Concessions de travaux ou de services

Art. 70. Le présent livre n'est pas applicable aux concessions de travaux ou de services qui sont octroyées par des entités adjudicatrices exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 57 à 61 lorsque ces concessions sont octroyées pour l'exercice de ces activités.

Sous-section 2 – Exclusions applicables à toutes les entités adjudicatrices
et à tous les types de marchés

Art. 71. *Marchés passés à des fins de revente ou de location à des tiers*

(1) Le présent livre 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 le vendre ou le louer dans les mêmes conditions que l'entité adjudicatrice.

(2) Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission européenne, sur sa demande, toutes les catégories de produits et d'activités qu'elles considèrent comme exclues en vertu du paragraphe 1er. La Commission européenne peut publier périodiquement, à titre d'information, au Journal officiel de l'Union européenne les listes des catégories de produits et d'activités qu'elle considère comme exclues. A cet égard, la Commission européenne respecte le caractère commercial sensible que ces entités adjudicatrices feraient valoir lors de la transmission des informations.

Art. 72. *Marchés passés à des fins autres que la poursuite d'une activité visée ou pour la poursuite d'une telle activité dans un Etat non membre de la Communauté européenne*

(1) Le présent livre ne s'applique pas aux marchés que les entités adjudicatrices passent à des fins autres que la poursuite de leurs activités visées aux articles 57 à 61 ou pour la poursuite de ces activités dans un Etat non membre de la Communauté européenne, dans des conditions n'impliquant pas l'exploitation physique d'un réseau ou d'une aire géographique à l'intérieur de la Communauté européenne.

(2) Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission européenne, sur sa demande, toute activité qu'elles considèrent comme exclue en vertu du paragraphe 1er. La Commission européenne peut publier périodiquement, à titre d'information, au Journal officiel de l'Union européenne les listes des catégories d'activités qu'elle considère comme exclues. A cet égard, la Commission européenne respecte le caractère commercial sensible que ces entités adjudicatrices feraient valoir lors de la transmission des informations.

Art. 73. *Marchés secrets ou exigeant des mesures particulières de sécurité*

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

Art. 74. *Marchés passés en vertu de règles internationales*

Le présent livre ne s'applique pas aux marchés régis par des règles de procédure différentes et passés en vertu:

- a) d'un accord international conclu, en conformité avec le Traité instituant la Communauté européenne, avec un ou plusieurs Etats non membres de la Communauté européenne et portant sur des fournitures, des travaux, des services ou des concours destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par les Etats signataires; tout accord sera communiqué à la Commission européenne;
- b) d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un Etat membre ou d'un Etat non membre de la Communauté européenne;
- c) de la procédure spécifique d'une organisation internationale.

Art. 75. *Marchés attribués à une entreprise liée, à une coentreprise ou à une entité adjudicatrice faisant partie d'une coentreprise*

(1) Aux fins du présent article, on entend par „entreprise liée“ toute entreprise dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice conformément aux exigences de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales 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 de l'article 56 paragraphe 1er, point b), 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.

(2) Dans la mesure où les conditions prévues au paragraphe 3 sont remplies, le présent livre ne s'applique pas aux marchés:

- a) passés par une entité adjudicatrice auprès d'une entreprise liée, ou
- b) passés par une coentreprise, exclusivement constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de la poursuite des activités au sens des articles 57 à 61, auprès d'une entreprise liée à une de ces entités adjudicatrices.

(3) Le paragraphe 2 est applicable:

- a) aux marchés de services pour autant que 80 pour cent au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise liée a réalisé au cours des trois dernières années en matière de services provienne de la fourniture de ces services aux entreprises auxquelles elle est liée;
- b) aux marchés de fournitures pour autant que 80 pour cent au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise liée a réalisé au cours des trois dernières années en matière de fournitures provienne de la mise à disposition de fournitures aux entreprises auxquelles elle est liée;
- c) aux marchés de travaux pour autant que 80 pour cent au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise liée a réalisé au cours des trois dernières années en matière de travaux provienne de la fourniture de ces travaux aux entreprises auxquelles elle est liée.

Lorsque, en fonction de la date de création ou du début d'activités de l'entreprise liée, le chiffre d'affaires n'est pas disponible pour les trois dernières années, il suffit que cette entreprise montre que la réalisation du chiffre d'affaires visé aux points a), b) ou c) est vraisemblable, notamment par des projections d'activités.

Lorsque les mêmes services, fournitures ou travaux, ou des services, fournitures ou travaux similaires sont fournis par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, les pourcentages susmentionnés sont calculés en tenant compte du chiffre d'affaires total résultant, respectivement, de la fourniture de services, de la mise à disposition de fournitures et de la fourniture de travaux par ces entreprises.

(4) Le présent livre ne s'applique pas aux marchés:

- a) passés par une coentreprise exclusivement constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de la poursuite des activités au sens des articles 57 à 61 auprès d'une de ces entités adjudicatrices, ou
- b) passés par une entité adjudicatrice auprès d'une telle coentreprise, dont elle fait partie, pour autant que la coentreprise ait été constituée dans le but de poursuivre l'activité en question pendant une période d'au moins trois ans et que l'instrument constituant la coentreprise stipule que les entités adjudicatrices qui la composent en feront partie intégrante pendant au moins la même période.

(5) Les entités adjudicatrices notifient à la Commission européenne, sur sa demande, les informations suivantes relatives à l'application des dispositions des paragraphes 2, 3 et 4:

- a) les noms des entreprises ou coentreprises concernées;
- b) la nature et la valeur des marchés visés;
- c) les éléments que la Commission européenne juge nécessaires pour prouver que les relations entre l'entité adjudicatrice et l'entreprise ou la coentreprise à laquelle les marchés sont attribués répondent aux exigences du présent article.

Sous-section 3 – Exclusions applicables à toutes les entités adjudicatrices,
mais aux seuls marchés de services

Art. 76. *Marchés portant sur certains services exclus du champ d'application du présent livre*

Le présent livre ne s'applique pas aux marchés de services:

- a) ayant 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 marchés de services financiers conclus parallèlement, préalablement ou consécutivement au contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, sont soumis au présent livre;
- b) concernant les services d'arbitrage et de conciliation;
- c) concernant des services financiers relatifs à l'émission, à la vente, à l'achat et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des entités adjudicatrices;
- d) concernant les contrats d'emploi;
- e) concernant 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.

Art. 77. *Marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif*

Le présent livre ne s'applique pas aux marchés de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 56, paragraphe 1er, point a), ou à une association de pouvoirs adjudicateurs sur la base d'un droit exclusif dont ceux-ci bénéficient en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le Traité instituant la Communauté européenne.

Sous-section 4 – Exclusions applicables à certaines entités adjudicatrices uniquement

Art. 78. *Marchés passés par certaines entités adjudicatrices pour l'achat d'eau et pour la fourniture d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie*

Le présent livre ne s'applique pas:

- a) aux marchés pour l'achat d'eau, pour autant qu'ils soient passés par des entités adjudicatrices exerçant une ou les deux activité(s) visée(s) à l'article 58, paragraphe 1er;
- b) aux marchés pour la fourniture d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie, pour autant qu'ils soient passés par des entités adjudicatrices exerçant une activité visée à l'article 57, paragraphe 1er, à l'article 57, paragraphe 3, ou à l'article 61, point a).

Sous-section 5 – Marchés soumis à un régime spécial
et dispositions concernant les centrales d'achat

Art. 79. *Marchés réservés*

Les entités adjudicatrices peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le contexte de programmes d'emplois protégés lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

L'avis utilisé comme moyen de mise en concurrence fait mention du présent article.

Art. 80. *Marchés et accords-cadres passés par les centrales d'achat*

(1) Les entités adjudicatrices peuvent recourir à des centrales d'achat pour acquérir des travaux, des fournitures ou des services.

(2) Les entités adjudicatrices qui acquièrent des travaux, des fournitures ou des services en recourant à une centrale d'achat dans les hypothèses visées à l'article 55, paragraphe 7, sont considérées comme

ayant respecté le présent livre pour autant que cette centrale d'achat l'ait respectée ou, le cas échéant, ait respecté les dispositions du livre II.

Sous-section 6 – Procédure permettant d'établir si une activité donnée
est directement exposée à la concurrence

Art. 81. (1) Les marchés destinés à permettre la prestation d'une activité visée aux articles 57 à 61 ne sont pas soumis au présent livre, si, l'activité prestée est directement exposée à la concurrence, sur des marchés dont l'accès n'est pas limité.

(2) Aux fins du paragraphe 1er, pour déterminer si une activité est directement exposée à la concurrence, il faut se fonder sur des critères qui soient conformes aux dispositions du Traité instituant la Communauté européenne en matière de concurrence tels que les caractéristiques des biens ou services concernés, l'existence de biens ou de services alternatifs, les prix et la présence, réelle ou potentielle, de plus d'un fournisseur des biens ou des services en question.

(3) Aux fins du paragraphe 1er, l'entrée sur un marché sera considérée comme étant non limitée si les dispositions de la législation communautaire mentionnée à l'annexe VII ont été mises en oeuvre et appliquées.

Si le libre accès à un marché donné ne peut être présumé sur la base du premier alinéa, il doit être démontré que l'accès au marché en cause est libre en fait et en droit.

(4) Si le gouvernement estime que, dans le respect des paragraphes 2 et 3, le paragraphe 1er est applicable à une activité donnée, il en informe la Commission européenne et lui communique tous les faits pertinents, et notamment toute loi, règlement, disposition administrative ou accord concernant la conformité aux conditions énoncées au paragraphe 1er, ainsi que, le cas échéant, la position adoptée par une autorité nationale indépendante qui est compétente pour l'activité concernée.

Les marchés destinés à permettre la prestation d'une activité donnée ne sont plus soumis au présent livre si la Commission européenne:

- a adopté une décision établissant l'applicabilité du paragraphe 1er conformément au paragraphe 6 et dans le délai qu'il fixe, ou
- n'a pas pris, dans le même délai, de décision concernant ladite applicabilité.

Toutefois, lorsque le libre accès à un marché donné est supposé se fonder sur le paragraphe 3, premier alinéa et lorsqu'une autorité nationale indépendante compétente pour l'activité concernée a établi l'applicabilité du paragraphe 1er, les marchés destinés à permettre la prestation de l'activité donnée ne sont plus soumis au présent livre si la Commission européenne n'a pas établi l'inapplicabilité du paragraphe 1er par une décision adoptée conformément au paragraphe 6 et dans le délai prévu dans celui-ci.

(5) Les entités adjudicatrices peuvent demander à la Commission européenne d'établir, par le biais d'une décision prise conformément au paragraphe 6, l'applicabilité du paragraphe 1er à une activité donnée. Dans ce cas, la Commission européenne en informe immédiatement le gouvernement.

Le gouvernement, compte tenu des paragraphes 2 et 3, informe la Commission européenne de tous les faits pertinents, et notamment de toute loi, règlement, disposition administrative ou accord concernant la conformité aux conditions énoncées au paragraphe 1er, ainsi que, le cas échéant, de la position adoptée par une autorité nationale indépendante qui est compétente pour l'activité concernée.

La Commission européenne peut aussi décider, de sa propre initiative, d'entamer la procédure d'adoption d'une décision établissant l'applicabilité du paragraphe 1er à une activité donnée. Dans ce cas, la Commission européenne informe immédiatement le gouvernement.

Si, au terme du délai prévu au paragraphe 6, la Commission européenne n'a pas adopté de décision concernant l'applicabilité du paragraphe 1er à une activité donnée, le paragraphe 1er est réputé d'application.

(6) Pour adopter une décision au titre du présent article, la Commission européenne dispose d'un délai de trois mois à partir du premier jour ouvrable suivant la date à laquelle la demande lui est noti-

fiée. Ce délai peut toutefois être prorogé d'une période maximale de trois mois dans des cas dûment justifiés, notamment lorsque les informations figurant dans la notification ou dans la demande ou dans les documents annexes sont incomplètes ou inexacts ou lorsque les faits rapportés subissent des modifications substantielles. Cette prorogation est limitée à un mois lorsqu'une autorité nationale indépendante qui est compétente pour l'activité concernée a établi l'applicabilité du paragraphe 1er dans les cas prévus au paragraphe 4, troisième alinéa.

Lorsqu'une activité fait déjà l'objet d'une procédure au titre du présent article, de nouvelles demandes se rapportant à la même activité présentées avant le terme du délai prévu pour la première demande ne sont pas considérées comme donnant lieu à de nouvelles procédures et sont traitées dans le cadre de la première demande.

La Commission européenne adopte les modalités d'application des paragraphes 4, 5, et 6 comprenant au moins:

- a) la publication au Journal officiel de l'Union européenne, pour information, de la date à laquelle le délai de trois mois visé au premier alinéa commence à courir et, au cas où ce délai serait prorogé, la date de prorogation et la période pour laquelle il est prorogé;
- b) la publication d'une éventuelle applicabilité du paragraphe 1er conformément au paragraphe 4, deuxième ou troisième alinéa, ou conformément au paragraphe 5, quatrième alinéa, et
- c) les modalités de transmission des positions adoptées par une autorité indépendante, compétente pour l'activité concernée, sur des questions pertinentes aux fins des paragraphes 1 et 2.

Chapitre III – Régimes applicables aux marchés de services

Art. 82. Marchés de services énumérés à l'annexe II A

Les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe II A sont passés conformément aux dispositions déterminées par un règlement grand-ducal instituant un cahier général des charges applicable aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Art. 83. Marchés de services repris à l'annexe II B

La passation des marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe II B est soumise seulement aux règles communes dans le domaine technique et à l'obligation de l'information de passation du marché conformément au règlement grand-ducal instituant un cahier général des charges applicable aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Art. 84. Marchés mixtes comprenant des services repris à l'annexe II A et des services repris à l'annexe II B

Les marchés qui ont pour objet à la fois des services figurant à l'annexe II A et des services figurant à l'annexe II B sont passés conformément aux dispositions de l'article 82 lorsque la valeur des services figurant à l'annexe II A dépasse celle des services figurant à l'annexe II B. Dans les autres cas, les marchés sont passés conformément aux dispositions de l'article 83.

TITRE IV

Utilisation des procédures ouvertes, des procédures restreintes et des procédures négociées

Art. 85. (1) Pour passer leurs marchés de fournitures, de travaux et de services, les entités adjudicatrices appliquent les procédures qui sont adaptées aux fins du présent livre.

(2) Les entités adjudicatrices peuvent choisir entre la procédure ouverte, la procédure restreinte et le marché négocié avec publication d'un avis, définies à l'article 55, point 8, sub a), b) ou c), pour autant que, sous réserve des hypothèses prévues à l'article 86, une mise en concurrence ait été effectuée au moyen des avis définis par voie de règlement grand-ducal instituant un cahier général des charges applicable aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Art. 86. Les entités adjudicatrices peuvent, par décision motivée, recourir à une procédure sans mise en concurrence préalable dans les cas suivants:

- a) lorsqu'aucune offre ou aucune offre appropriée ou aucune candidature 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 de 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 sa spécificité technique, artistique ou pour des raisons tenant à la protection des droits d'exclusivité, le marché ne peut être exécuté que par un opérateur économique 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 procédures ouvertes, restreintes et négociées avec mise en concurrence préalable;
- 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 est 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 articles 68 et 69;
- h) lorsqu'il s'agit de fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières;
- i) pour les marchés à passer sur la base d'un accord-cadre, pour autant que la condition mentionnée à l'article 66, paragraphe 2, soit 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 existant dans les législations ou réglementations nationales;
- l) lorsque le marché de services considéré fait suite à un concours dont les règles sont à instituer par voie de règlement grand-ducal.

TITRE V

Règles applicables aux concours dans le domaine des services

Art. 87. (1) Les règles relatives au déroulement des concours en matière de prestation de services sont à déterminer par voie de règlement grand-ducal.

(2) L'accès à la participation aux concours ne peut être limité:

- a) au territoire ou à une partie du territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne;
- b) par le fait que les participants seraient tenus d'être soit des personnes physiques, soit des personnes morales.

Art. 88. (1) Le présent titre s'applique aux concours organisés dans le cadre d'une procédure de passation de marchés de services dont la valeur estimée hors TVA égale ou dépasse 499.000 euros.

Aux fins du présent paragraphe, on entend par seuil la valeur estimée hors TVA du marché de services, y compris les éventuelles primes de participation ou paiements aux participants.

(2) Le présent titre s'applique dans tous les cas de concours lorsque le montant total des primes de participation aux concours et paiements versés aux participants égale ou dépasse 499.000 euros.

Aux fins du présent paragraphe, on entend par seuil le montant total des primes et paiements, y compris la valeur estimée hors TVA du marché de services qui pourrait être passé ultérieurement aux termes de l'article 40, paragraphe 3, si l'entité adjudicatrice n'exclut pas une telle passation dans l'avis de concours.

Art. 89. Le présent titre ne s'applique pas

- 1) aux concours qui sont organisés dans les mêmes cas que ceux visés aux articles 72, 73 et 74 pour les marchés de services;
- 2) aux concours organisés pour l'exercice, d'une activité à l'égard de laquelle l'applicabilité de l'article 81 paragraphe 1er, a été établie par une décision de la Commission européenne ou à l'égard de laquelle ledit paragraphe est réputé d'application en vertu du paragraphe 4, deuxième ou troisième alinéa, ou du paragraphe 5, quatrième alinéa, dudit article.

TITRE VI

Règles d'exécution

Art. 90. Les mesures d'exécution du présent livre sont définies par un règlement grand-ducal instituant un cahier général des charges applicable aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux fixant les clauses et conditions des marchés publics à conclure par les entités adjudicatrices.

*

LIVRE IV

DISPOSITIONS FINALES

TITRE I

Annexes

Art. 91. Les annexes I à VII font partie intégrante de la présente loi.

TITRE II

Clause abrogatoire

Art. 92. La loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics est abrogée.

*

ANNEXE I

Liste des activités visées à l'article 3, point 1, sub b), et à l'article 55, point 1, sub b)¹

NACE ²					
Code CPV			Section F		Construction
Division	Groupe	Classe	Description	Notes	
45			Construction	Cette division comprend: la construction de bâtiments et d'ouvrages neufs, la restauration et les réparations courantes	45000000
	45.1		Préparation des sites		45100000
		45.11	Démolition et terrassements	Cette classe comprend: – la démolition d'immeubles et d'autres constructions – le déblayage des chantiers – les travaux de terrassement: creusement, comblement, nivellement de chantiers de construction, ouverture de tranchées, dérochement, destruction à l'explosif, etc. – la préparation de sites pour l'exploitation minière: – enlèvement de déblais et autres travaux d'aménagement et de préparation des terrains et des sites miniers Cette classe comprend également: – le drainage des chantiers de construction – le drainage des terrains agricoles et sylvicoles	45110000
		45.12	Forages et sondages	Cette classe comprend: – les sondages d'essai, les forages d'essai et les carottages pour la construction ainsi que pour les études géophysiques, géologiques et similaires Cette classe ne comprend pas: – le forage de puits d'extraction de pétrole ou de gaz, voir 11.20 – le forage de puits d'eau, voir 45.25 – le fonçage de puits, voir 45.25 – la prospection de gisements de pétrole et de gaz ainsi que les études géophysiques, géologiques et sismiques, voir 74.20	45120000
	45.2		Construction d'ouvrages de bâtiment ou de génie civil		45200000
		45.21	Travaux de construction	Cette classe comprend: la construction de bâtiments de tous types la construction d'ouvrages de génie civil: ponts (y compris ceux destinés à supporter des routes surélevées), viaducs, tunnels et passages souterrains conduites de transport, lignes de communication et de transport d'énergie électrique à longue distance conduites de transport, lignes de communication et de transport d'énergie électrique pour réseaux urbains; travaux annexes d'aménagement urbain l'assemblage et la construction d'ouvrages préfabriqués sur les chantiers	45210000

1 En cas d'interprétation différente entre le CPV et la NACE, c'est la nomenclature NACE qui est applicable.

2 Règlement (CEE) No 3037/90 du Conseil du 9 octobre 1990 relatif à la nomenclature statistique des activités économiques dans la Communauté européenne (JO L 293 du 24.10.1990, p. 1). Règlement modifié par le règlement (CE) No 761/93 de la Commission (JO L 83 du 3.4.1993, p. 1).

NACE ²					
Code CPV			Section F		Construction
Division	Groupe	Classe	Description	Notes	
				<p>Cette classe ne comprend pas:</p> <ul style="list-style-type: none"> les services liés à l'extraction du pétrole et du gaz, voir 11.20 la construction d'ouvrages entièrement préfabriqués au moyen d'éléments, autres qu'en béton, fabriqués par l'unité qui exécute les travaux, voir 20, 26 et 28 la construction d'équipements (autres que les bâtiments) pour stades, piscines, gymnases, courts de tennis, parcours de golf et autres installations sportives, voir 45.23 les travaux d'installation, voir 45.3 les travaux de finition, voir 45.4 les activités d'architecture et d'ingénierie, voir 74.20 la gestion de projets de construction, voir 74.20 	
		45.22	Réalisation de charpentes et de couvertures	<p>Cette classe comprend:</p> <ul style="list-style-type: none"> le montage de charpentes la pose de couvertures les travaux d'étanchéification 	45220000
		45.23	Construction de chaussées	<p>Cette classe comprend:</p> <ul style="list-style-type: none"> la construction d'autoroutes, de routes, de chaussées et d'autres voies pour véhicules et piétons la construction de voies ferrées la construction de pistes d'atterrissage la construction d'équipements (autres que les bâtiments) pour stades, piscines, gymnases, courts de tennis, parcours de golf et autres installations sportives le marquage à la peinture des chaussées et des aires ou des parcs de stationnement <p>Cette classe ne comprend pas:</p> <ul style="list-style-type: none"> les terrassements préalables, voir 45.11 	45230000
		45.24	Travaux maritimes et fluviaux	<p>Cette classe comprend:</p> <ul style="list-style-type: none"> la construction de: <ul style="list-style-type: none"> voies navigables, ports, ouvrages fluviaux, ports de plaisance (marinas), écluses, etc. barrages et digues le dragage les travaux sous-marins 	45240000
		45.25	Autres travaux de construction	<p>Cette classe comprend:</p> <ul style="list-style-type: none"> les activités de construction spécialisées qui concernent un aspect commun à différents ouvrages et requièrent des compétences ou du matériel spécialisés: <ul style="list-style-type: none"> réalisation de fondations, y compris battage de pieux forage et construction de puits d'eau, fonçage de puits montage d'éléments de structures métalliques non fabriqués par l'unité qui exécute les travaux cintrage d'ossatures métalliques maçonnerie et pavage montage et démontage d'échafaudages et de plates-formes de travail propres ou loués construction de cheminées et de fours industriels 	45250000

NACE ²					
Code CPV			Section F		Construction
Division	Groupe	Classe	Description	Notes	
				Cette classe ne comprend pas: la location d'échafaudages sans montage ni démontage, voir 71.32	
	45.3		Travaux d'installation		45300000
		45.31	Travaux d'installation électrique	Cette classe comprend: l'installation dans des bâtiments ou d'autres projets de construction des éléments suivants: câbles et appareils électriques systèmes de télécommunication installations de chauffage électriques antennes d'immeubles systèmes d'alarme incendie systèmes d'alarme contre les effractions ascenseurs et escaliers mécaniques paratonnerres, etc.	45310000
		45.32	Travaux d'isolation	Cette classe comprend: la mise en oeuvre dans des bâtiments ou d'autres projets de construction de matériaux d'isolation thermique, acoustique et antivibratile Cette classe ne comprend pas: les travaux d'étanchéification, voir 45.22	45320000
		45.33	Plomberie	Cette classe comprend: l'installation dans des bâtiments ou d'autres projets de construction des éléments suivants: plomberie et appareils sanitaires appareils à gaz équipements et conduites de chauffage, de ventilation, de réfrigération ou de climatisation installation d'extinction automatique d'incendie Cette classe ne comprend pas: la pose d'installations de chauffage électriques, voir 45.31	45330000
		45.34	Autres travaux d'installation	Cette classe comprend: l'installation de systèmes d'éclairage et de signalisation pour chaussées, voies ferrées, aéroports et installations portuaires l'installation dans des bâtiments ou d'autres projets de construction d'installations et d'appareils non classés ailleurs	45340000
	45.4		Travaux de finition		45400000
		45.41	Plâtrerie	Cette classe comprend: la mise en oeuvre dans des bâtiments ou d'autres projets de construction de plâtre ou de stuc pour enduits intérieurs et extérieurs, y compris les matériaux de lattage associés	45410000

NACE ²					
Code CPV			Section F		Construction
Division	Groupe	Classe	Description	Notes	
		45.42	Menuiserie	<p>Cette classe comprend:</p> <p>l'installation de portes, de fenêtres, de dormants de portes et de fenêtres, de cuisines équipées, d'escaliers, d'équipements pour magasins et d'équipements similaires, en bois ou en d'autres matériaux, non fabriqués par l'unité qui exécute les travaux</p> <p>les aménagements intérieurs tels que plafonds, revêtements muraux en bois, cloisons mobiles, etc.</p> <p>Cette classe ne comprend pas:</p> <p>la pose de parquets et d'autres revêtements de sols en bois, voir 45.43</p>	45420000
		45.43	Revêtement des sols et des murs	<p>Cette classe comprend:</p> <p>la pose dans des bâtiments ou d'autres projets de construction des éléments suivants:</p> <p>revêtements muraux ou carrelages en céramique, en béton ou en pierre de taille</p> <p>parquets et autres revêtements de sols en bois</p> <p>moquettes et revêtements de sols en linoléum, y compris en caoutchouc ou en matières plastiques</p> <p>revêtements de sols et de murs en granit, en marbre, en granit ou en ardoise</p> <p>papiers peints</p>	45430000
		45.44	Peinture et vitrerie	<p>Cette classe comprend:</p> <p>la peinture intérieure et extérieure des bâtiments</p> <p>la teinture des ouvrages de génie civil</p> <p>la pose de vitres, de miroirs, etc.</p> <p>Cette classe ne comprend pas:</p> <p>l'installation de fenêtres, voir 45.42</p>	45440000
		45.45	Autres travaux de finition	<p>Cette classe comprend:</p> <p>l'installation de piscines privées</p> <p>le nettoyage à la vapeur, le sablage et les activités analogues appliquées aux parties extérieures des bâtiments</p> <p>les autres travaux d'achèvement et de finition des bâtiments n.c.a.</p> <p>Cette classe ne comprend pas:</p> <p>le nettoyage des parties intérieures de bâtiments et d'autres constructions, voir 74.70</p>	45450000
	45.5		Location avec opérateur de matériel de construction		45500000
		45.50	Location avec opérateur de matériel de construction	<p>Cette classe ne comprend pas:</p> <p>la location de machines et de matériels de construction ou de démolition sans opérateur, voir 71.32</p>	

*

ANNEXE II

Services visés à l'article 3, point 1, sub d) et à l'article 55, point 1, sub d)

ANNEXE II A³

<i>Catégories</i>	<i>Désignation des services</i>	<i>Numéros de référence CPC⁴</i>	<i>Numéros de référence CPV</i>
1	Services d'entretien et de réparation	6112, 6122, 633, 886	De 50100000 à 50982000 (sauf 50310000 à 50324200 et 50116510-9, 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0)
2	Services de transports terrestres ⁵ , y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier, à l'exclusion des transports de courrier	712 (sauf 71235), 7512, 87304	De 60112000-6 à 60129300-1 (sauf 60121000 à 60121600, 60122200-1, 60122230-0), et de 64120000-3 à 64121200-2
3	Services de transports aériens: transports de voyageurs et de marchandises, à l'exclusion des transports de courrier	73 (sauf 7321)	De 62100000-3 à 62300000-5 (sauf 62121000-6, 62221000-7)
4	Transports de courrier par transport terrestre ⁶ et par air	71235, 7321	60122200-1, 60122230-0, 62121000-6, 62221000-7
5	Services de télécommunications	752	De 64200000-8 à 64228200-2, 72318000-7, et de 72530000-9 à 72532000-3
6	Services financiers: a) services d'assurances b) services bancaires et d'investissement ⁷	ex 81, 812, 814	De 66100000-1 à 66430000-3 et De 67110000-1 à 67262000-1 ⁸
7	Services informatiques et services connexes	84	De 50300000-8 à 50324200-4, De 72100000-6 à 72591000-4 (sauf 72318000-7 et de 72530000-9 à 72532000-3)
8	Services de recherche et de développement ⁹	85	De 73000000-2 à 73300000-5 (sauf 73200000-4, 73210000-7, 7322000-0)
9	Services comptables, d'audit et de tenue de livres	862	De 74121000-3 à 74121250-0
10	Services d'études de marché et de sondages	864	De 74130000-9 à 74133000-0, et 74423100-1, 74423110-4

3 En cas d'interprétation différente entre le CPV et le CPC, c'est la nomenclature CPC qui est applicable.

4 Nomenclature CPC (version provisoire), utilisée pour définir le champ d'application de la directive 92/50/CEE.

5 et 6 A l'exclusion des services de transports ferroviaires couverts par la catégorie 18.

7 A l'exclusion 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 fournis par des banques centrales. Sont également exclus, les services consistant en 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 services financiers fournis parallèlement, préalablement ou consécutivement au contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, sont soumis à la présente loi.

8 A l'exclusion 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 fournis par des banques centrales. Sont également exclus, les services consistant en 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 services financiers fournis parallèlement, préalablement ou consécutivement au contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, sont soumis à la présente loi.

9 A l'exclusion 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.

<i>Catégories</i>	<i>Désignation des services</i>	<i>Numéros de référence CPC⁴</i>	<i>Numéros de référence CPV</i>
11	Services de conseil en gestion ¹⁰ et services connexes	865, 866	De 73200000-4 à 73220000-0, De 74140000-2 à 74150000-5 (sauf 74142200-8), et 74420000-9, 74421000-6, 74423000-0, 74423200-2, 74423210-5, 74871000-5, 93620000-0
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	De 74200000-1 à 74276400-8, et De 74310000-5 à 74323100-0, et 74874000-6
13	Services de publicité	871	De 74400000-3 à 74422000-3 (sauf 74420000-9 et 74421000-6)
14	Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés	874, 82201 à 82206	De 70300000-4 à 70340000-6, et De 74710000-9 à 74760000-4
15	Services de publication et d'impression sur la base d'une redevance ou sur une base contractuelle	88442	De 78000000-7 à 78400000-1
16	Services de voirie et d'enlèvement des ordures: services d'assainissement et services analogues	94	De 90100000-8 à 90320000-6, et 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0

10 A l'exclusion des services d'arbitrage et de conciliation.

ANNEXE II B

<i>Catégories</i>	<i>Désignation des services</i>	<i>Numéros de référence CPC</i>	<i>Numéros de référence CPV</i>
17	Services d'hôtellerie et de restauration	64	De 55000000-0 à 55524000-9, et De 93400000-2 à 93411000-2
18	Services de transports ferroviaires	711	60111000-9, et de 60121000-2 à 60121600-8
19	Services de transport par eau	72	De 61000000-5 à 61530000-9, et De 63370000-3 à 63372000-7
20	Services annexes et auxiliaires des transports	74	62400000-6, 62440000-8, 62441000-5, 62450000-1, De 63000000-9 à 63600000-5 (sauf 63370000-3, 63371000-0, 63372000-7), et 74322000-2, 93610000-7
21	Services juridiques	861	De 74110000-3 à 74114000-1
22	Services de placement et de fourniture de personnel ¹¹	872	De 74500000-4 à 74540000-6 (sauf 74511000-4), et de 95000000-2 à 95140000-5
23	Services d'enquête et de sécurité, à l'exclusion des services des véhicules blindés	873 (sauf 87304)	De 74600000-5 à 74620000-1
24	Services d'éducation et de formation professionnelle	92	De 80100000-5 à 80430000-7
25	Services sociaux et sanitaires	93	74511000-4, et de 85000000 à 85323000 (sauf 85321000-5 et 85322000-2)

11 A l'exception des contrats d'emploi.

<i>Catégories</i>	<i>Désignation des services</i>	<i>Numéros de référence CPC</i>	<i>Numéros de référence CPV</i>
26	Services récréatifs, culturels et sportifs ¹²	96	De 74875000-3 à 74875200-5, et De 92000000-1 à 92622000-7 (sauf 92230000-2)
27	Autres services ^{13/14}		

12 A l'exception des contrats d'acquisition, de développement, de production ou de coproduction de programmes par des organismes de radiodiffusion et des contrats concernant les temps de diffusion.

13 A l'exception des contrats d'emploi.

14 A l'exception des contrats d'acquisition, de développement, de production ou de coproduction de programmes par des organismes de radiodiffusion et des contrats concernant les temps de diffusion.

*

ANNEXE III

Liste des organismes et des catégories d'organismes de droit public visés à l'article 2, points 3 et 4 et à l'article 56, paragraphe 1 point a)

- Etablissements publics de l'Etat placés sous la surveillance d'un membre du gouvernement.
- Etablissements publics placés sous la surveillance des communes.
- Syndicats de communes créés en vertu de la loi du 23 février 2001 concernant les syndicats de communes.

*

ANNEXE IV

Autorités gouvernementales centrales¹⁵

1. Ministère d'Etat
2. Ministère des Affaires Etrangères et de l'Immigration
3. Ministère de l'Agriculture, de la Viticulture et du Développement Rural
4. Ministère des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement
5. Ministère de la Culture, de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche
6. Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur
7. Ministère de l'Education nationale et de la Formation professionnelle
8. Ministère de l'Egalité des chances
9. Ministère de l'Environnement
10. Ministère de la Famille et de l'Intégration
11. Ministère des Finances
12. Ministère de la Fonction publique et de la Réforme administrative
13. Ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire
14. Ministère de la Justice
15. Ministère de la Santé
16. Ministère de la Sécurité sociale
17. Ministère des Transports
18. Ministère du Travail et de l'Emploi
19. Ministère des Travaux publics

*

¹⁵ Aux fins de la présente loi, on entend par „autorités gouvernementales centrales“, les autorités figurant à titre indicatif dans la présente annexe et, dans la mesure où des rectificatifs, des modifications ou des amendements auraient été apportés au niveau national, les entités qui leur auraient succédé.

ANNEXE V

**Liste des produits visés à l'article 21, en ce qui concerne
les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs dans le
domaine de la défense¹⁶**

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 à l'exception de: 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 à l'exception de: 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 à l'exception de: 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

¹⁶ Le seul texte faisant foi aux fins de la présente loi est celui qui figure à l'annexe I, point 3, de l'Accord sur les marchés publics.

Chapitre 33:	Huiles essentielles et résinoïdes, produits de parfumerie ou de toilette et cosmétiques
Chapitre 34:	Savons, produits organiques tensioactifs, 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 à l'exception de: ex 38.19: produits toxicologiques
Chapitre 39:	Matières plastiques artificielles, éthers et esters de la cellulose, résines artificielles et ouvrages en ces matières à l'exception de: ex 39.03: explosifs
Chapitre 40:	Caoutchouc naturel ou synthétique, factice pour caoutchouc et ouvrages en caoutchouc à l'exception de: ex 40.11: pneus à l'épreuve des 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:	Pelleteries et fourrures, pelleteries factices
Chapitre 44:	Bois, charbon de bois et ouvrages en 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:	Papier 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:	Verres et 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
Chapitre 78:	Plomb
Chapitre 79:	Zinc

Chapitre 80:	Etain
Chapitre 81:	Autres métaux communs
Chapitre 82:	Outillage, articles de coutellerie et couverts de table, en métaux communs à l'exception de: ex 82.05: outillage ex 82.07: pièces d'outillage
Chapitre 83:	Ouvrages divers en métaux communs
Chapitre 84:	Chaudières, machines, appareils et engins mécaniques à l'exception de: 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 No 84.53 ex 84.59: réacteurs nucléaires
Chapitre 85:	Machines et appareils électriques et objets servant à des usages électrotechniques à l'exception de: ex 85.13: télécommunication ex 85.15: appareils de transmission
Chapitre 86:	Véhicules et matériel pour voies ferrées, appareils de signalisation non électriques pour voies de communication à l'exception de: ex 86.02: locomotives blindées ex 86.03: autres locoblindés ex 86.05: wagons blindés ex 86.06: wagons ateliers ex 86.07: wagons
Chapitre 87:	Voitures automobiles, tracteurs, cycles et autres véhicules terrestres à l'exception de: ex 87.08: chars et automobiles blindés 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 à l'exception de: ex 89.01 A: 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 rayon 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 VI

Liste des entités adjudicatrices répondant aux critères déterminés par le Livre III

- 1) *Entités adjudicatrices dans les secteurs de transport ou de 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
- 2) *Entités adjudicatrices dans les secteurs de production, de transport ou de 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 de Luxembourg, approuvée par la loi du 4 janvier 1928
 - Autorités locales en charge du transport ou de la distribution d'électricité
 - Société électrique de l'Our (SEO)
 - Syndicat de communes SIDOR
- 3) *Entités adjudicatrices dans les secteurs de production, de transport ou de 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 23 février 2001 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 de Luxembourg à partir du réservoir d'Esch-sur-Sûre
- 4) *Entités adjudicatrices dans le domaine des services de chemin de fer*
 - Chemins de fer luxembourgeois (CFL)
- 5) *Entités adjudicatrices dans les domaines des services de chemin de fer urbains, de tramway 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)
 - 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 rémunérés
- 6) *Entités adjudicatrices dans le secteur des services postaux*
 - Entreprise des Postes et Télécommunications Luxembourg
- 7) *Entités adjudicatrices dans les secteurs de prospection et extraction de pétrole ou de gaz*
 -
- 8) *Entités adjudicatrices dans les secteurs de prospection et extraction de charbon et d'autres combustibles solides*
 -
- 9) *Entités adjudicatrices dans le domaine des installations portuaires maritimes ou intérieures ou autres terminaux*
 - Port de Mertert, créé et exploité en vertu de la loi modifiée du 22 juillet 1963 relative à l'aménagement et à l'exploitation d'un port fluvial sur la Moselle

10) *Entités adjudicatrices dans le domaine des installations aéroportuaires*

- Aéroport du Findel

*

ANNEXE VII

Liste de la législation communautaire visée à l'article 81, paragraphe 3

- A. *Transport ou distribution de gaz ou de chaleur*
Directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel¹⁷
- B. *Production, transport ou distribution d'électricité*
Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité¹⁸
- C. *Production, transport ou distribution d'eau potable*
–
- D. *Entités adjudicatrices dans le domaine des services de chemin de fer*
–
- E. *Entités adjudicatrices dans le domaine des services de chemin de fer urbain, de tramway, de trolleybus ou d'autobus*
–
- F. *Entités adjudicatrices dans le domaine des services postaux*
Directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service¹⁹
- G. *Exploration pour et extraction de pétrole ou de gaz*
Directive 94/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 1994 sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospecter, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures²⁰
- H. *Exploration pour et extraction de charbon ou d'autres combustibles solides*
–
- I. *Entités adjudicatrices dans le domaine du port maritime ou intérieur ou d'autres équipements de terminal*
–
- J. *Entités adjudicatrices dans le domaine des installations aéroportuaires*
–

*

¹⁷ JO L 204 du 21.7.1998, p. 1.

¹⁸ JO L 27 du 30.1.1997, p. 20.

¹⁹ JO L 15 du 21.1.1998, p. 14. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2002/39/CE (JO L 176 du 5.7.2002, p. 21).

²⁰ JO L 164 du 30.6.1994, p. 3.

COMMENTAIRE DES ARTICLES

LIVRE I

Article 1er:

Pour autant que les livres II et III, résultant de la transposition des directives, ne prévoient pas des règles spécifiques, les dispositions du livre I s'appliquent. Ceci s'explique par le fait que l'objectif des directives en matière de marchés publics n'est non pas d'harmoniser l'ensemble des règles applicables aux marchés publics, mais de garantir une mise en concurrence effective au niveau des marchés publics.

Article 2:

La définition de pouvoir adjudicateur demeure inchangée.

Article 3:

Parmi les définitions, qui ont été reprises de la directive 2004/18/CE, il convient de noter que le terme de soumission publique est remplacé par le terme de procédure ouverte, celui de soumission restreinte par procédure restreinte, en faisant pour les besoins du livre Ier la différence entre procédure restreinte avec publication d'avis et sans publication d'avis. De même le terme de marché négocié est remplacé par le terme de procédure négociée.

En ce qui concerne les marchés publics de travaux, il est précisé par la directive que les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir tant la passation séparée que la passation conjointe de marchés pour l'exécution et la conception de travaux.

Article 4:

L'article 4 énumère les grands principes applicables en matière de marchés publics indépendamment du fait qu'ils tombent dans le champ d'application du livre Ier ou du livre II.

Vu que la Commission européenne vient d'élaborer une proposition de modification des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE concernant l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de marchés publics, il convient de ranger parmi les grands principes au niveau de la loi sur les marchés publics l'obligation du pouvoir adjudicateur d'informer les opérateurs des suites qui sont réservées aux dossiers qu'ils ont remis. Les modalités des obligations d'information dans les différentes procédures de marchés publics sont réglés par voie de règlement grand-ducal et sont à considérer comme complémentaires aux règles prévues par la loi du 1er décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse et par le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes.

Le principe de l'utilisation des moyens électroniques est également prévu parmi les grands principes, et les modalités techniques seront à régler par voie de règlement grand-ducal au moment où l'on disposera de l'outil électronique nécessaire pour garantir une procédure électronique transparente.

Article 5:

Aux procédures pouvant être utilisées dans le cadre du livre I est ajoutée la possibilité de recourir aux accords-cadres, dont la durée ne pourra dépasser, comme prévu par la directive 2004/18/CE, 4 ans.

Les articles 6 et 7 restent inchangés.

Article 8:

Cet article prévoit de façon limitative et exhaustive les hypothèses dans lesquelles un pouvoir adjudicateur peut recourir à la procédure négociée ou à la procédure restreinte sans publication d'avis. Ces hypothèses connaissent quelques modifications:

- Marchés de travaux et services complémentaires:

A l'instar des dispositions prévues par la directive 2004/18/CE, le seuil maximum qui peut être autorisé pour les marchés complémentaires passe de 30 pour cent à 50 pour cent.

- Marchés qui servent à la mise en oeuvre de moyens techniques particuliers et confidentiels de recherche, d'investigation et de sécurité lorsque la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige:

La limitation de ces marchés à la seule Police Grand-Ducale est supprimée, et les moyens techniques de sécurité sont ajoutés comme cas de figure autorisant le recours à la procédure négociée. En effet pour assurer leurs missions, d'autres pouvoirs adjudicateurs que la police sont aussi amenés à passer des marchés qui servent à la mise en oeuvre de moyens techniques particuliers et confidentiels de recherche, d'investigation. Le critère essentiel qui détermine les cas dans lesquels l'on peut avoir recours à la procédure négociée est limité aux cas où la protection des intérêts essentiels de l'Etat est en jeu.

Article 9:

Cet article est modifié dans la mesure qu'à part pour les marchés de faible envergure le recours aux procédures restreintes sans publication d'avis et aux procédures négociées doit être motivé en fait et en droit par le pouvoir adjudicateur, ce qui signifie que la décision écrite du pouvoir adjudicateur doit indiquer pour quelle raison pratique il recourt à une des procédures visées par l'article 8, à savoir la procédure négociée ou la procédure restreinte sans publication d'avis, et quel cas de figure visé par l'article 8 justifie le recours à cette procédure. La motivation du recours à une de ces procédures et l'approbation de l'offre retenue peuvent se faire par une même décision.

Article 10:

La possibilité de recourir dans le cadre de marchés publics à la sous-traitance, que ce soit dans le cadre d'une procédure par entreprise générale, globale ou partielle, par professions ou par lot se voit conférer une base légale. Prévoir le principe du recours à la sous-traitance garantit l'accès de petites et moyennes entreprises aux marchés publics. Le règlement grand-ducal instituant un cahier général des charges prévoit les formalités à respecter dans l'hypothèse du recours à la sous-traitance.

Cet article permet également le recours aux centrales d'achat. Les pouvoirs adjudicateurs utilisant un tel intermédiaire sont considérés comme ayant respecté la législation applicable aux marchés publics pour autant que la centrale l'ait respectée.

Article 11:

Pour assurer une plus grande clarté au niveau de la loi en ce qui concerne les modes d'attribution des marchés publics, l'attribution du marché peut se faire soit à l'offre économiquement la plus avantageuse soit à l'offre au prix le plus bas, tel que prévu dans la directive, et transposé dans le détail par voie de règlement grand-ducal. Evidemment dans les deux hypothèses l'attribution peut uniquement se faire à une offre régulière.

Est considéré comme „l'offre régulière“ l'offre qui est d'un côté formellement conforme, c'est-à-dire qu'elle a été remise dans le respect des règles de procédure prévues par la loi et les règlements d'exécution, et qui, d'un autre côté est techniquement conforme, ce qui signifie que l'offre correspond aux exigences techniques formulées dans le dossier de soumission. Pour le surplus, pour pouvoir être considérée comme régulière, l'offre doit remplir les critères de sélection qualitatifs pour autant qu'ils aient été prévus.

L'exigence que l'offre économiquement la plus avantageuse doit être choisie parmi les trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas est abrogée en vue de se conformer aux exigences de la directive, qui ne prévoit pas parmi ses dispositions relatives aux critères d'attributions des marchés une telle exigence.

Comme les critères d'attribution doivent en principe, sauf impossibilité pour des raisons démontrables, être pondérés, une évaluation détaillée est garantie. Les pouvoirs adjudicateurs pourront en fonction des caractéristiques du marché donner une plus ou moins grande importance au facteur prix, mais ne seront plus limités dans leur choix qui jadis a dû se limiter à une des trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas.

Si seul le facteur du prix devait aux yeux du pouvoir adjudicateur jouer dans l'attribution du marché, il sera mentionné dans l'avis de marché, voire dans les documents de soumission que l'attribution du marché se fait au prix le plus bas.

Article 12:

En ce qui concerne la durée des marchés publics, il convient de noter que les points a) et b) de cet article ont déjà été modifiés par l'article 43 de la loi du 21 décembre 2004 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2005 ayant augmenté la durée maximale à 10 ans si l'importance ou la spécialité des travaux, fournitures ou services l'exigent.

Une dérogation supplémentaire au principe de la durée d'un an d'un marché public est prévue pour les concessions de travaux publics et les concessions de services, ceci afin de permettre un équilibre économique dans ce genre de contrats.

Article 13:

Suite à l'arrêt No 19/2004 rendu par la Cour Constitutionnelle le 30 janvier 2004, les dispositions relatives à l'exclusion de la participation aux marchés publics sont incorporées dans la loi.

Les agissements qui peuvent mener à l'exclusion de la participation aux marchés publics qu'un pouvoir adjudicateur se propose de mettre en concurrence sont limitativement prévus par la loi. La durée maximale de l'exclusion a été fixée à deux ans, et partant l'exclusion pourra être prononcée dans cette limite en fonction de la gravité du désordre causé par l'opérateur économique en cause.

Le pouvoir adjudicateur qui a l'intention d'exclure un opérateur économique de la participation à ses marchés publics doit le mettre en demeure et préciser clairement ses intentions quant à l'exclusion et les raisons qui l'ont amené à lancer la procédure correspondante. L'opérateur économique dispose d'un délai d'au moins huit jours pour présenter ses observations.

La Commission des Soumissions doit être consultée par le pouvoir adjudicateur en ce qui concerne l'exclusion que le pouvoir adjudicateur se propose de prononcer. A cette fin, le pouvoir adjudicateur doit transmettre à la Commission des Soumissions un dossier complet contenant tous les moyens de fait et de droit qui l'amènent à agir de la sorte, de même que toutes les prises de positions que l'opérateur économique aurait pu faire parvenir au pouvoir adjudicateur.

Un recours en réformation auprès du Tribunal administratif est possible dans les trois mois de la communication de la décision d'exclusion de la participation aux marchés publics par le pouvoir adjudicateur.

La décision d'exclusion doit être transmise à l'opérateur économique qui est visé par cette exclusion, et pour l'exécution de cette décision aux services publics qui relèvent du pouvoir adjudicateur qui a pris la décision d'exclusion. La Commission des soumissions se voit également notifier la décision à titre d'information.

Les articles 14 et 15 restent inchangés.

Article 16:

La loi du 30 juin 2003 prévoit que si un pouvoir se propose de recourir pour un marché dépassant 25.000 euros à l'indice cent des prix à la consommation au 1er janvier 1948, à une procédure restreinte sans publication d'avis ou à une procédure négociée, il doit au préalable solliciter l'avis de la Commission des soumissions.

Avant l'entrée en vigueur de cette loi, c'était le gouvernement en conseil qui devait donner son autorisation.

Vu les exigences procédurales relatives à l'autorisation à donner par le pouvoir adjudicateur concerné dans le cadre du recours à une de ces deux procédures d'exception ne comportant pas publication préalable, il a été jugé utile que la Commission des Soumissions ne sera plus saisie que des marchés de grande envergure, dépassant 50.000 euros à l'indice cent des prix à la consommation au 1er janvier 1948.

En pratique il échet par ailleurs de remarquer qu'en ce qui concerne les marchés publics de l'Etat, la pratique a démontré que le contrôle exercé par les contrôleurs financiers tel que prévu par la loi du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat s'applique à tous les marchés de quelque envergure que ce soit, et que dans le cadre de ce contrôle il est évidemment analysé si les conditions du recours à la procédure négociée ou à la procédure restreinte sans publication d'avis sont remplies.

L'article 17 reste inchangé.

Article 18:

Le seuil prévu à l'article 18, en dessous duquel la clause préférentielle en faveur d'un soumissionnaire local peut être appliquée est fixé à 20.000 euros.

L'article 19 reste inchangé.

Article 20, paragraphe 2:

Tel qu'expliqué dans l'exposé des motifs, la possibilité d'organiser des procédures de marchés publics réservés aux initiatives en faveur de personnes handicapées au sens de l'article L. 561-1 du Code du Travail est prévue tant pour les marchés tombant dans le champ d'application du livre I que du livre II.

Article 20, paragraphe 5:

L'article 30 (4) du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics prévoit que les avis relatifs aux procédures des marchés sont publiés par voie électronique suivant les modalités à fixer par le Gouvernement en conseil.

Les modalités actuellement fixées par décision du gouvernement en conseil du 22 mars 2006 prévoient que cette publication se fait par le biais d'un portail électronique mis en place par le département des travaux publics sur lequel tous les différents pouvoirs adjudicateurs procéderont à la publication de leurs avis relatifs aux procédures des marchés publics.

Il convient désormais de donner une base légale à cette nouvelle attribution du département des travaux publics consistant en la publication électronique des avis mentionnés ci-dessus.

Le paragraphe (5) de l'article 20 rend la publication par voie électronique par le biais du portail électronique mis en place par le département de travaux publics obligatoire pour tous les pouvoirs adjudicateurs, de sorte que les opérateurs économiques intéressés à participer à un marché public seront certains de retrouver sur ce portail tous les avis publiés.

Les autres paragraphes, à part un changement dans la numérotation, ne sont pas changés.

LIVRE II

Articles 21 et 22:

Ces articles fixent les seuils rendant applicables les dispositions du livre II. Compte tenu de l'union monétaire, ces seuils (de même que les seuils fixés au livre III) peuvent désormais être exprimés en euros, ce qui simplifie l'application de ces dispositions tout en assurant le respect des seuils prévus par l'Accord sur les marchés publics qui sont exprimés en droits de tirages spéciaux. Dans cette perspective, il convient de préciser que la Commission européenne procède à une révision périodique des seuils exprimés en euros afin de les adapter, si nécessaire, aux éventuelles variations de la valeur de l'euro par rapport au droit de tirage spécial. Ces seuils actualisés seront publiés par voie de communication au Mémorial B par les soins du ministre ayant dans ses attributions les Travaux publics.

Article 23:

Cet article fixe les méthodes de calcul afin de déterminer si une procédure de marchés publics devra être passée conformément aux dispositions du livre Ier ou du livre II.

Article 24:

Cet article confirme que les marchés publics passés dans le domaine de la défense tombent dans le champ d'application du livre II dans les cas où les seuils prévus aux articles 21 et 22 sont dépassés, sous réserve de l'article 296 du Traité instituant la Communauté européenne.

Article 25:

Cet article prévoit la possibilité de recourir aux centrales d'achat.

Articles 26-32: Marchés exclus:

Ces articles énumèrent les marchés n'entrant pas dans le champ d'application du livre II.

Les marchés publics qui sont passés par les pouvoirs adjudicateurs opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et qui s'inscrivent dans le cadre de ces activités sont couverts par la directive 2004/17/CE et partant par le livre III.

Compte tenu de la situation de concurrence effective des marchés dans le secteur des télécommunications à la suite de la mise en oeuvre de la réglementation communautaire visant à libéraliser ce secteur, il convient d'exclure du champ d'application du présent livre les marchés publics dans ce domaine pour autant qu'ils aient principalement pour objet la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture au public d'un ou plusieurs réseaux de télécommunications.

Les mesures de coordination des procédures imposées par la directive 2004/18/CE peuvent ne pas être appliquées pour des raisons tenant à la sécurité ou aux secrets de l'Etat ou à cause de l'applicabilité de règles spécifiques de passation des marchés découlant d'accords internationaux, qui concernent le stationnement des troupes ou qui sont propres aux organisations internationales sont également prévues.

En vertu de l'article 163 du Traité instituant la Communauté européenne, l'encouragement de la recherche et du développement technologique constitue un des moyens de renforcer les bases scientifiques et technologiques de l'industrie de la Communauté européenne, et l'ouverture des marchés publics de services aide à la réalisation de cet objectif. Le cofinancement de programmes de recherche n'est pas visé par le livre II. En conséquence ne sont dès lors pas visés par le livre II les 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 de services soit entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur.

Dans le cadre des services, les marchés relatifs à l'acquisition ou à la location de biens immeubles ou à des droits sur ces biens présentent des caractéristiques particulières qui rendent inadéquate l'application de règles de passation des marchés publics.

La passation des marchés publics pour certains services audiovisuels dans le domaine de la radio-diffusion devrait pouvoir tenir compte de considérations revêtant une importance culturelle et sociale, qui rendent inadéquate l'application de règles de passation des marchés. Pour ces motifs, il faut donc prévoir une exception pour les marchés publics de services visant l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes prêts à l'utilisation et d'autres services préparatoires, tels que ceux relatifs aux scénarios ou aux performances artistiques nécessaires pour la réalisation du programme ainsi que les marchés concernant les temps de diffusion d'émissions, consistant en la transmission et la diffusion par l'intermédiaire de tout réseau électronique. Toutefois, cette exclusion ne devrait pas s'appliquer à la fourniture du matériel technique nécessaire pour la production, la coproduction et l'émission de ces programmes.

Les services d'arbitrage et de conciliation sont habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont désignés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation des marchés publics.

En conformité avec l'Accord sur les marchés publics, les services financiers visés par le livre II n'incluent pas les instruments de la politique monétaire, de taux de change, de dette publique, de gestion de réserves et d'autres politiques qui comportent des opérations sur titres ou sur autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs. Par conséquent, les marchés relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers ne sont pas couverts par le livre II. Les services fournis par des banques centrales sont également exclus.

Article 33:

Il s'agit de la même disposition que celle prévue à l'article 20 paragraphe (2) relative aux marchés réservés.

Articles 34 à 36:

Pour les marchés de services, les règles prévues par la directive 2003/18/CE, et à transposer en ce qui concerne ses modalités d'exécution par voie de règlement grand-ducal, sont applicables dans

leur intégralité pour les services énumérés à l'annexe II A, tandis que les services énumérés à l'annexe II B sont uniquement soumis aux règles communes dans le domaine technique et à l'obligation d'information de passation du marché.

Articles 37 et 38:

Ces articles confirment qu'en règle générale les marchés publics sont passés par la procédure ouverte ou restreinte (avec publication d'avis), et que seul dans des hypothèses limitativement et exhaustivement prévues par la loi, et par motivation expresse, le recours à la procédure négociée avec ou sans publication d'un avis de marché ou encore au dialogue compétitif est possible.

Article 39:

Les hypothèses pour lesquelles le recours à la procédure du marché négocié avec publication d'avis de marché est autorisé sont modifiées par rapport à la loi en vigueur sur les points suivants:

- Article 39 paragraphe 1er point a):

Ce point prévoit le cas de figure où les offres remises après une première mise en concurrence se sont avérées comme irrégulières ou inacceptables. Si en principe, selon l'article 8 (1) b) une deuxième mise en concurrence par procédure ouverte ou restreinte est requise, pour les marchés tombant dans le champ d'application du livre II, il est possible de recourir à la procédure négociée avec publication d'avis. Cependant, la publication d'un tel avis n'est pas requise si le pouvoir adjudicateur inclut dans la procédure négociée tous les soumissionnaires et **les seuls** soumissionnaires qui ont donné satisfaction aux critères de sélection qualitatifs et qui ont remis une offre conforme aux exigences formelles de la procédure de passation. Il sera donc désormais interdit d'admettre aux négociations d'autres opérateurs économiques, qui n'ont pas remis une offre lors de la première mise en concurrence. La loi en vigueur ne connaît pas cette limitation.

- Article 39 paragraphe 1er point c):

Ce point prévoit désormais explicitement la conception d'ouvrage parmi les prestations intellectuelles visées par ce point.

- Article 39 paragraphes 2, 3 et 4:

Ces 3 paragraphes introduisent des règles de conduite de base pour la phase de la négociation pour les marchés négociés avec publication d'un avis de marché.

Article 40:

Les hypothèses pour lesquelles le recours à la procédure du marché sans publication d'avis est autorisé:

Les points a), c) et d) du paragraphe 2 relatifs aux marchés de fournitures sont des nouveautés dans la mesure où le recours à la procédure du marché négocié sans publication d'avis est possible sous certaines conditions pour les produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'étude ou de développement, pour les fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières et pour l'achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses.

Article 41: Le dialogue compétitif:

Les précisions relatives au dialogue compétitif sont décrites dans l'exposé des motifs alors qu'il s'agit d'une des principales innovations apportées par la directive 2004/18/CE. Il est à préciser que l'attribution du marché public passé par voie de dialogue compétitif peut uniquement se faire sur base du critère d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse. Les modalités relatives au dialogue compétitif sont réglées par voie de règlement grand-ducal.

Articles 42 à 45: Les concours dans les domaines des services:

En ce qui concerne les concours dans les domaines des services, il y a lieu de noter qu'un projet de règlement grand-ducal fixant les règles relatives au déroulement des concours d'aménagement du territoire, d'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie a été approuvé par le Conseil de Gouvernement le 19 octobre 2006 et a été soumis à l'avis du Conseil d'Etat et des Chambres professionnelles. Ce projet de règlement grand-ducal a vocation à s'appliquer à toutes les sortes de concours y énumérés, quelque soit l'envergure du marché.

Les articles 42 à 45 contiennent les dispositions relatives au champ d'application et aux exclusions. Les règles relatives à la publicité à donner aux concours pour les concours tombant dans le champ d'application du livre II sont réglées par le règlement grand-ducal transposant les modalités techniques de la directive 2004/18/CE.

Article 46: Les accords-cadres:

Il s'agit de la même disposition que celle prévue à l'article 5 paragraphes 2 et 3.

Article 47:

Il est prévu que les règles relatives au déroulement des systèmes d'acquisition dynamiques et des enchères électroniques sont à déterminer par voie de règlement grand-ducal. Les dispositions techniques relatives aux deux nouvelles techniques d'achat électroniques ne sont cependant pas encore transposées à ce stade par voie de règlement grand-ducal, alors qu'il est prévu d'appliquer dans un premier stade les moyens électroniques dans les procédures de marchés publics actuellement existantes. Ensuite il conviendra d'évaluer l'utilité de ces deux procédures pour le marché luxembourgeois.

Articles 48 à 50: La concession de travaux publics:

La directive 2004/18/CE prévoit des règles spécifiques pour les contrats de concession de travaux publics. Le champ d'application et les exclusions au champ d'application sont réglées par les articles 48 à 50 de la loi, les règles d'exécution par voie de règlement grand-ducal.

Article 51:

Cet article transpose les dispositions relatives à l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs.

Article 52:

La décision 94/800/CE du Conseil du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords de négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994) a notamment approuvé l'Accord sur les marchés publics, dont le but est d'établir un cadre multilatéral de droits et d'obligations équilibrés en matière de marchés publics en vue de réaliser la libéralisation et l'expansion du commerce mondial.

Eu égard aux droits et engagements internationaux résultant pour la Communauté européenne de l'acceptation de l'accord, le régime applicable aux soumissionnaires et aux produits des pays tiers signataires est celui défini par l'Accord sur les marchés publics qui n'a pas d'effet direct. Les pouvoirs adjudicateurs visés par l'Accord sur les marchés publics doivent partant respecter cet accord. De même doivent être garanties aux opérateurs économiques de la Communauté européenne des conditions de participation aux marchés publics aussi favorables que celles réservées aux opérateurs économiques des pays tiers signataires de l'Accord.

Article 53:

Des règles particulières concernant la réalisation de logements sociaux sont possibles. Il pourra notamment être recouru à une procédure spéciale d'attribution visant à choisir l'entrepreneur le plus apte à être intégré dans l'équipe en charge de la réalisation du projet.

Article 54:

Les mesures d'exécution du livre II sont définies par voie de règlement grand-ducal qui institue un cahier général des charges applicable aux marchés d'une certaine envergure, à l'instar de la législation actuellement en vigueur.

LIVRE III

Article 55:

Cet article reprend les définitions nécessaires à l'application du livre III.

Article 56:

Cet article définit les entités adjudicatrices, lesquelles peuvent être non seulement des pouvoirs adjudicateurs au sens strict, mais également des entreprises publiques et des entreprises privées.

Le paragraphe 1er de cet article définit la notion de pouvoir adjudicateur et d'entreprise publique.

Le paragraphe 2 de cet article définit le champ d'application du livre III en faisant la distinction entre les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises publiques qui sont concernées par le livre III quand ils exercent une des activités visées par le livre III et que le marché est passé pour la poursuite de cette activité.

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

Les droits exclusifs ou spéciaux au sens du paragraphe 3 de l'article 56:

Sont à considérer comme droits spéciaux ou exclusifs des droits accordés par l'autorité compétente, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité définie aux articles 57 à 61 et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité.

En ce qui concerne les droits exclusifs, il est intéressant de revenir aux fins d'interprétation au considérant 25 de la directive 2004/18/CE qui par des exemples vise à donner une définition des droits spéciaux et exclusifs.

Ainsi le fait qu'une entité puisse, pour la construction des réseaux ou la mise en place des installations portuaires ou aéroportuaires, 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 ne constitue pas en soi un droit exclusif ou spécial au sens de cette directive. Le fait qu'une 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 de l'Etat concerné ne constitue pas non plus en soi un droit exclusif ou spécial au sens de la directive.

De même, des droits accordés par un Etat sous quelque forme que ce soit, y inclus par des actes de concession, à un nombre limité d'entreprises sur la base de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires ouvrant à tout intéressé les remplissant la possibilité d'en bénéficier, ne sauraient être considérés comme étant des droits exclusifs ou spéciaux.

Les conséquences des changements opérés au niveau de la définition des droits spéciaux et exclusifs sont d'abord que des entités adjudicatrices, qui tombent dans le champ d'application de la directive 93/38/CEE, et partant dans le champ d'application du livre III de la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics parce qu'elles sont considérées comme bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux au sens des articles 93 et 94 ne seront plus soumises au nouveau livre III.

Il ne sera donc plus possible de conclure à l'existence de droits exclusifs ou spéciaux uniquement sur base de l'activité exercée – il faudra analyser au cas par cas si l'entité en question possède ou non des droits ayant pour effet „d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité“.

Selon la fiche explicative de la Commission européenne relative à la définition des droits exclusifs ou spéciaux (CC/2004/33 du 18 avril 2004), il est requis que l'analyse portera également sur la question comment l'entité concernée a obtenu les droits en question. Si l'entité a obtenu des droits – même exclusifs – pour l'exercice d'une des activités visées sur base de „critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires“, alors de tels droits ne constituent pas des droits exclusifs ou sens du nouveau livre III. Il est toutefois nécessaire que la procédure utilisée pour l'octroi des droits en question se déroule après qu'une publicité adéquate ait été assurée, sans une telle publicité, il ne saurait être garanti que les critères ouvrent effectivement à tout intéressé les remplissant la possibilité d'obtenir le droit en question.

Il reste évidemment possible, même après la nouvelle définition, que des entités privées continuent à avoir des droits exclusifs ou spéciaux. D'une part, des entreprises privées peuvent avoir obtenu leurs droits sans mise en concurrence ou des entreprises publiques ayant simplement été créées pour l'exercice d'une des activités visées par le livre III peuvent passer du statut d'entreprise publique à celui d'entreprise privée.

En conclusion, l'existence de droits exclusifs ou spéciaux au sens du nouveau livre III doit faire l'objet d'un examen au cas par cas.

Articles 57 à 63:

Ces articles donnent les définitions des activités visées par le livre III. En ce qui concerne le secteur de l'énergie, il s'agit du gaz, de la chaleur et de l'électricité. Une définition du secteur de l'eau y est donnée et des services de transport et des services postaux.

Une liste non exhaustive, susceptible d'être actualisée, des entités adjudicatrices visées par le livre III figure à l'annexe III. La Commission européenne doit être informée des modifications concernant les entités adjudicatrices visées.

L'article 63 détermine le régime d'acquisition applicable lorsqu'une entité adjudicatrice passe un marché pour ses besoins inhérents à diverses activités dont certaines seulement tombent dans le champ d'application du livre III.

Articles 64 à 67:

A l'instar des dispositions respectivement contenues dans les livres I et II, ces articles contiennent des dispositions relatives aux principes de passation des marchés, des conditions relatives aux accords conclus au sein de l'Organisation mondiale du commerce, des accords-cadres, et prévoient que les systèmes d'acquisition dynamiques et les enchères électroniques peuvent être prévus par voie de règlement grand-ducal.

Articles 68 et 69:

Ces articles fixent les seuils et les méthodes de calcul pour déterminer si un marché est susceptible de tomber dans le champ d'application du livre III. A l'instar des seuils fixés à l'article 21, il convient de tenir compte des adaptations périodiques.

Articles 70 à 78:

A l'instar des articles 33 à 36 pour le livre II, les articles 70 à 78 énumèrent les hypothèses de marchés qui n'entrent pas dans le champ d'application du livre III.

Article 79:

La possibilité d'organiser des procédures de marchés publics réservés aux initiatives en faveur de personnes handicapées au sens de l'article L. 561-1 du Code du Travail est également prévue pour les marchés tombant dans le champ d'application du livre III.

Article 80:

Cet article prévoit la possibilité pour les entités adjudicatrices de recourir aux centrales d'achat afin d'acquérir des travaux, fournitures ou services.

Article 81:

Cet article prévoit les modalités de la procédure par laquelle il peut être établi qu'une activité couverte par le livre III est directement exposée à la concurrence, de sorte que les dispositions de ce livre ne sont plus applicables à cette activité. L'initiative de cette procédure peut venir aussi bien du gouvernement que de la Commission européenne, voire d'une entité adjudicatrice.

Articles 82 à 84:

Pour les marchés de services, les règles prévues par la directive 2003/17/CE, et à transposer en ce qui concerne ses modalités d'exécution par voie de règlement grand-ducal, sont applicables dans leur intégralité pour les services énumérés à l'annexe II A, tandis que les services énumérés à l'annexe II B sont uniquement soumis aux règles communes dans le domaine technique et à l'obligation de l'information de passation du marché.

Article 85:

Le livre III offre une plus grande souplesse en ce qui concerne les procédures à utiliser dans le cadre de la réalisation d'un marché public. Contrairement au livre II, il peut communément être recouru à la

procédure négociée avec publication d'avis, de sorte qu'elle se trouve sur un pied d'égalité avec la procédure ouverte et procédure restreinte.

Article 86:

La procédure sans publication préalable, voire sans mise en concurrence préalable, à l'instar de la procédure négociée sans publication d'un avis de marché prévue à l'article 40 du livre II est uniquement possible si l'entité adjudicatrice peut justifier, par décision motivée, que les conditions d'application d'un des cas de figure sont remplies. A noter que les cas de figure énumérés dans l'article 86 dénotent d'une plus grande flexibilité que les cas de figure prévus à l'article 40.

Articles 87 à 89:

Ces articles contiennent les dispositions relatives aux concours dans les domaines des services visées par le livre III, par analogie aux articles 42 à 45 du livre II.

Article 90:

Les mesures d'exécution du livre III sont définies par voie de règlement grand-ducal qui institue un cahier général des charges applicable aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux fixant les clauses et conditions des marchés publics à conclure par les entités adjudicatrices.

Article 91:

Les annexes I à VII font partie intégrante de la loi et sont des annexes publiées en tant que telles aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE. Les annexes III, IV, VI contiennent uniquement les listes qui concernent le Luxembourg. La liste des autorités gouvernementales centrales a été mise à jour.

Article 92:

La loi du 30 juin 2003 sera abrogée dès l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les marchés publics. A l'instar de la loi du 30 juin 2003, aucune période de transition n'est prévue.

Service Central des Imprimés de l'Etat

5655/01

N° 5655¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2006-2007

PROJET DE LOI

sur les marchés publics

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DES METIERS

(28.8.2007)

Par sa lettre du 11 décembre 2006, Monsieur le Ministre des Travaux Publics a bien voulu demander l'avis de la Chambre des Métiers au sujet du projet de loi repris sous rubrique.

L'objectif principal du projet de loi est, selon ses auteurs, la modification de la loi sur les marchés publics du 30 juin 2003. Cette modification est devenue nécessaire pour pouvoir procéder à la transposition des récentes directives en matière de marchés publics, en l'occurrence la directive 2004/18 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ainsi que la directive 2004/17 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

*

**1. „L'IRRESISTIBLE EUROPEANISATION“ DE LA LEGISLATION
NATIONALE DES MARCHES PUBLICS**

Si en 1974, année de la mise en oeuvre au Luxembourg du premier règlement grand-ducal moderne sur les marchés publics, l'intégration de la législation européenne correspondante de 1971 dans notre droit des marchés publics était encore balbutiante, le renouvellement de 1989 et ses modifications subséquentes intégraient déjà plus en détail les quatre directives du début des années 1990. Ce n'est qu'à l'occasion de la grande réforme de 2003 que les directives ont été transposées complètement et de façon cohérente et transparente. Ainsi, la loi et le règlement grand-ducal étaient divisés en trois livres dont le premier traitait des marchés publics nationaux en dessous des seuils européens, tandis que le deuxième livre était consacré aux marchés au-dessus de ces seuils et le troisième s'occupait des marchés passés par les entités spécifiques des secteurs spécifiques (eau, électricité, télécommunication ...).

C'est en 2004 que le „paquet législatif“ initié par la Commission européenne en l'an 2000 à la suite d'un livre vert sur les règles communautaires en matière de commande publique a engendré, après de longues discussions avec le Parlement européen, les nouvelles directives dites générale (2004/18) et sectorielle (2004/17).

Ces directives introduisent un véritable mouvement de simplification: ainsi il n'y a plus que deux directives au lieu des quatre précédemment, les directives suivent la séquence naturelle et chronologique des procédures de passation des marchés publics, elles réduisent le nombre des seuils devenus pléthoriques et les rendent plus lisibles en les arrondissant. Elles intègrent plus de clarification et de transparence que les anciennes. Place est faite aux impératifs environnementaux et sociaux. Une distinction plus tranchée est établie entre la phase de la vérification de l'aptitude des candidats ou des soumissionnaires (clairement indiquée comme étant obligatoire même pour les procédures ouvertes) et la phase de l'appréciation des offres. Il est mis fin au fétichisme, voire à la dictature des normes puisque des spécifications techniques doivent désormais prévoir explicitement l'obligation de prendre en considération des produits ou des services qui satisfont d'une manière équivalente aux exigences définies.

Les directives de 2004 intègrent encore une modernisation et un assouplissement des procédures. C'est ainsi que les Etats membres sont libres de prévoir la possibilité pour leurs pouvoirs adjudicateurs de recourir à des accords-cadres, des centrales d'achat, des systèmes d'acquisitions dynamiques, des enchères électroniques et du dialogue compétitif. Enfin, les directives font une large part aux technologies électroniques sans toutefois aller à une dématérialisation totale de la commande publique.

La Chambre des Métiers constate que les auteurs du projet de loi ont intégré toutes les nouveautés prévues par les directives de 2004 dans le corps du projet de loi et celui du règlement grand-ducal sur les marchés publics.

*

2. LES NOUVEAUTES DU PROJET DE LOI

Les auteurs du projet de loi ont repris textuellement toutes les dispositions des directives et les ont intégrées dans le corps de texte de la loi de 2003, qui, à l'époque, était déjà structurée de telle façon à pouvoir être adaptée lors de révisions subséquentes de la législation européenne. Comme les directives européennes laissent en général aux Etats membres une certaine liberté puisqu'elles n'établissent pas une réglementation communautaire uniforme et exhaustive et comme elles doivent être transposées en droit national par une législation spécifique, cette transposition n'implique pas nécessairement une reprise textuelle des dispositions de la directive.

Mais la Chambre des Métiers comprend que les auteurs du projet de loi se soient tenus scrupuleusement au texte des directives vu le caractère très précis de nombreuses dispositions en la matière contrairement à celui des directives antérieures et elle les en félicite. En effet, un des grands acquis des nouvelles directives est la simplification et la précision dans la terminologie utilisée. Les auteurs du projet de loi ont réussi le pari d'utiliser à travers tout le texte la même terminologie. Cette façon de faire accroît considérablement la compréhension des textes.

En complément de la modification fondamentale des livres II et III traitant des marchés publics au-dessus des seuils et des marchés à passer par les „secteurs exclus“, les auteurs ont profité de l'occasion pour introduire des modifications ponctuelles dans le livre I s'appliquant à tous les marchés publics et à tous pouvoirs adjudicateurs.

2.1. Les grands principes sous-jacents

Comme les directives et la multitude de décisions de la Cour de Justice européenne imposent que les pouvoirs adjudicateurs doivent, lors de la passation de leurs marchés, respecter les principes du traité instituant la Communauté européenne, notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence, les auteurs du projet de loi ont adapté les grands principes à la base de la passation des marchés publics repris à l'article 4. Si la législation actuelle datant de 2003 n'énonce que le principe de la non-discrimination entre les opérateurs économiques, les nouveaux principes y ajoutent encore celui de la transparence qui doit être réalisée par une publicité adéquate et imposent aux pouvoirs adjudicateurs une politique d'information claire et précise tout au long de la procédure.

La Chambre des Métiers ne peut qu'approuver l'adaptation des principes fondamentaux qui régissent tous les marchés publics qu'ils soient nationaux ou tombant sous le règne des dispositions européennes. En effet, ces nouveaux principes limitent l'approche arbitraire des pouvoirs adjudicateurs et instaurent un traitement égal et équitable de tous les opérateurs économiques même pour les marchés ne tombant pas sous le coup des directives européennes, exigence fondamentale, qu'elle ne se lassait pas de demander l'implémentation.

2.2. La synchronisation des modes de passation

Les auteurs du projet de loi ont profité de la présente modification des textes pour faire bénéficier les pouvoirs adjudicateurs de nouvelles procédures prévues par les directives, même s'il s'agit de marchés publics de moindre envergure. Ainsi, l'accord-cadre et la centrale d'achat font leur apparition parmi les modes de passation généraux de marchés publics.

„Un accord-cadre est un accord conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer

au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.“ Telle est la définition retenue par l'article 3 du projet de loi.

Ainsi, un accord-cadre se caractérise par le fait qu'au jour de la conclusion de l'accord, il n'y a pas nécessairement de travaux, services ou fournitures commandés. Les commandes précises ne se feront qu'ultérieurement, en fonction de l'état de détermination des besoins à satisfaire. L'accord-cadre constitue donc la formalisation de relations futures. Le pouvoir adjudicateur contactera le ou les adjudicataires de l'accord-cadre, et négociera directement avec eux les conditions de la commande précise à satisfaire, dans les limites de ce qui aura été convenu dans l'accord-cadre, notamment en matière de prix ou de quantités.

La Chambre des Métiers approuve l'introduction de l'accord-cadre même pour les marchés de moindre envergure, parce qu'un tel accord permettra de limiter les marchés négociés et offrira aux opérateurs économiques une possibilité de nouer des relations commerciales à plus long terme avec un pouvoir adjudicateur. Mais elle doit insister à ce que les appels à accord-cadre se fassent avec la publicité nécessaire pour toucher le plus grand nombre d'intéressés et que la durée de validité d'un tel accord-cadre soit limitée dans le temps comme le prévoit la directive.

Un autre élément nouveau prévu par les directives et intégré dans le projet de loi pour tous les marchés est la constitution d'une centrale d'achat.

Une centrale d'achat est un pouvoir adjudicateur qui:

- acquiert des fournitures et/ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs, ou
- passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs.

Des techniques de centralisation des achats se sont récemment développées dans différents Etats membres. Ainsi, plusieurs pouvoirs adjudicateurs peuvent être chargés d'effectuer des acquisitions ou de passer des marchés publics/accords-cadres destinés à d'autres pouvoirs adjudicateurs. En augmentant l'importance des volumes achetés, cette technique de centralisation permet d'élargir la concurrence et d'améliorer l'efficacité de la commande publique.

Lorsqu'un acheteur public passe par une centrale d'achat, il est considéré comme ayant respecté ses obligations de publicité et de mise en concurrence dans la mesure où la centrale d'achat est elle-même soumise à de telles obligations.

La Chambre des Métiers est d'accord avec la constitution de centrales d'achat même pour des marchés de moindre envergure, tant que les règles établies pour les pouvoirs adjudicateurs soient respectées scrupuleusement par ces centrales d'achat. Elle donne par ailleurs à considérer que, comme normalement les centrales d'achat sont constituées pour augmenter les quantités achetées et peser ainsi sur les prix en profitant des économies d'échelle, les montants mis en concurrence dépasseront par conséquent le plus souvent les seuils prévus par les directives.

2.3. Les procédures d'exception

L'utilisation de la procédure ouverte c'est-à-dire de celle dans laquelle tout opérateur économique peut présenter une offre et dans laquelle la séance d'ouverture des offres est publique est obligatoirement la règle, toutes les autres procédures sont des procédures d'exception. Pour les marchés dépassant 8.000 euros (valeur cent de l'indice des prix à la consommation de 1948), les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent avoir recours aux procédures d'exception notamment la procédure restreinte sans publication d'avis et la procédure négociée que sous des conditions restrictivement énumérées par la loi.

En plus le recours à une telle procédure doit être motivé. Le principe de la motivation signifie que le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'indiquer dans son arrêt les considérations de droit et de fait à la base de sa décision qui justifient le recours à la procédure négociée ou à la procédure restreinte sans publication d'avis sur base d'une des hypothèses limitativement prévues par l'article 8. Les auteurs du projet de loi indiquent encore que la motivation du recours à la procédure négociée ou à la procédure restreinte sans publication d'avis et l'approbation de l'offre retenue peuvent se faire par une même décision.

Si la Chambre des Métiers prône depuis toujours l'utilisation renforcée de la procédure ouverte couplée avec des critères de sélection efficaces qui est par définition la seule à offrir le meilleur coût économique pour la communauté, elle considère par conséquent l'utilisation des autres procédures

comme tout à fait exceptionnelle. Ainsi, elle doit contester le fait que la motivation de l'utilisation d'une telle procédure d'exception pourra être raccordée à la décision d'attribution du marché.

En effet, d'après les données de la Cour des comptes quelque 60% des marchés sont passés par procédure d'exception pour un volume d'à peu près de 38% représentant quelque 180 millions euros. Vu le volume important et l'éventualité de refus des motifs par le contrôleur financier ex post, la Chambre des Métiers exige que la décision motivée de recourir à une procédure d'exception soit prise avant d'entamer la procédure de sélection et d'attribution à un adjudicataire.

Sous l'empire de la loi de 2003, si un pouvoir adjudicateur se proposait de recourir pour un marché estimé à plus de 25.000 euros (valeur cent de l'indice des prix à la consommation de 1948) il devait solliciter obligatoirement l'avis de la Commission des soumissions. Les auteurs du projet de loi doublent ce seuil à 50.000 euros en argumentant que de toute façon les contrôleurs financiers analyseraient si les conditions du recours à une procédure d'exception sont remplies. Si la Chambre des Métiers peut comprendre que cette modification décharge la Commission des soumissions, elle ne peut pas se déclarer d'accord avec ce doublement du seuil. En effet, comme le contrôle financier est toujours un contrôle ex post après que la décision d'attribution soit déjà prise et notifiée à l'adjudicataire, c'est souvent celui-ci qui pâtira des délais supplémentaires de paiement si le contrôleur financier n'accepte pas la motivation donnée et force ainsi le ministre de passer outre.

2.4. Les marchés réservés

La directive prévoit que les pouvoirs adjudicateurs puissent réserver la participation aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales. Les auteurs du projet de loi réservent aussi le droit de participation aux procédures de passation de marchés publics à de tels ateliers non seulement pour les marchés dépassant le seuil prévu par les directives, mais également pour les marchés de moindre envergure. La Chambre des Métiers constate avec satisfaction qu'il est précisé dans l'exposé des motifs que les personnes handicapées visées par cette disposition sont celles qui ont la qualité de travailleur handicapé au sens de l'article L. 561-1 du Code du Travail.

2.5. L'exclusion de la participation aux marchés publics

Par un arrêt rendu en date du 30 janvier 2004, la Cour Constitutionnelle a déclaré l'article 36 (5) de la loi modifiée du 27 juillet 1936 concernant la comptabilité de l'Etat, pour autant qu'il vise l'exclusion de la participation aux marchés publics, comme non conforme à l'article 14 de la Constitution qui dispose que „*Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi*“. Ainsi la Cour Constitutionnelle a jugé que l'exclusion même à temps de la participation aux marchés publics est une peine au sens de l'article 14 de la Constitution.

La Cour Constitutionnelle a estimé qu'une peine consistant dans l'exclusion ne peut faire l'objet d'un engagement contractuel, mais par contre doit être établie par une loi de sorte que l'article 36 (5) de la loi précitée qui prévoit l'exclusion de la participation aux marchés publics par le biais du cahier des charges a été déclaré comme non conforme à l'article 14 de la Constitution.

La disposition contenue dans l'article 13 (1) de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics quant à l'exclusion est similaire à celle contenue dans l'article 36 (5) de la loi modifiée du 27 juillet 1936 concernant la comptabilité de l'Etat dans la mesure où cet article ne fait que renvoyer au cahier général des charges à arrêter par voie de règlement grand-ducal, en l'occurrence aux articles 138 et suivants du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics.

Pour pallier à cette jurisprudence, les auteurs du projet de loi ont modifié l'article 13 en ce qui concerne les dispositions relatives à l'exclusion de la participation aux marchés publics. Le nouvel article 13 énonce clairement les motifs qui peuvent mener à l'exclusion et il fixe la durée maximale de l'exclusion, qui a été fixée à 2 ans.

Il est d'usage constant qu'un opérateur économique ne sera exclu que des marchés du pouvoir adjudicateur qui a prononcé l'exclusion. De même, la consultation de la Commission des Soumissions demeure obligatoire.

La Chambre des Métiers approuve cette approche car elle redonne aux pouvoirs adjudicateurs la faculté d'exclure des opérateurs économiques qui ont causé de graves désordres dans le cadre d'une procédure d'un marché public ou lors de son exécution.

2.6. La dématérialisation des procédures

Comme les moyens électroniques dans les procédures des marchés publics permettent d'élargir la concurrence d'améliorer l'efficacité des procédures par un gain de temps notable et comme les directives mettent les moyens électroniques sur un pied d'égalité avec les moyens classiques de communication, les auteurs du projet de loi introduisent l'informatisation des procédures en matière de marchés publics pour tous les marchés quelle que soit leur envergure. Le projet de loi prévoit que l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics sera réglée par voie de règlement grand-ducal tout comme l'institution d'un service spécialisé au sein du Ministère des travaux publics.

L'utilisation renforcée des moyens électroniques permettant une véritable réduction des charges administratives pour les entreprises, la Chambre des Métiers ne peut qu'approuver l'approche retenue par les auteurs et elle insiste à ce que la dématérialisation des procédures soit réalisée le plus rapidement possible. Elle voudrait encore rappeler d'associer à ces travaux le Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B) qui dispose d'une longue expérience et des compétences spécifiques dans ce domaine.

Dans ce même contexte d'utilisation des moyens électroniques, elle exige que les pouvoirs adjudicateurs commencent à utiliser réellement les produits élaborés depuis longtemps déjà par le CRTI-B tels que les bordereaux standardisés, le système électronique de gestion des rapports de chantier et de documents plans qui permettront déjà aujourd'hui des gains en efficacité et en transparence tant pour les pouvoirs adjudicateurs que pour les opérateurs économiques.

2.7. L'offre économiquement la plus avantageuse

Afin de mettre la loi en conformité avec la directive 2004/18/CE, les auteurs du projet de loi disposent que l'offre économiquement la plus avantageuse ne doit dorénavant plus être obligatoirement choisie parmi les trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas.

Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse n'est partant plus limité et le pouvoir adjudicateur peut pleinement utiliser les critères visant à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse qu'il a fixés dans le cahier des charges et qu'il a, sauf impossibilité pour des raisons démontrables, pondérés.

La Chambre des Métiers approuve pleinement le fait que les auteurs du projet de loi, à la suite des responsables européens accordent plus d'importance à l'offre économiquement la plus avantageuse. D'ailleurs, c'est depuis longtemps qu'elle 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 loi prévoit également, à l'instar de la directive, que le choix peut se porter sur l'offre au prix le plus bas. En effet, beaucoup de marchés ne laissent pas de possibilités pour prévoir des critères d'attribution autres que le prix, mais les auteurs recommandent fortement aux pouvoirs adjudicateurs de faire le plus possible usage d'autres critères d'attribution afin de pouvoir déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

*

3. LE DIALOGUE COMPETITIF

Les procédures traditionnelles étant souvent jugées comme trop rigides par rapport aux réalités de l'achat public, une des demandes récurrentes lors de la phase de consultation à l'origine des directives de 2004, était la modernisation des procédures de passation pour les adapter aux besoins des pouvoirs adjudicateurs du 21^{ème} siècle.

Un des nouveaux instruments prévus est la procédure du dialogue compétitif qui peut être résumée comme une procédure particulière qui a des traits en commun aussi bien avec la procédure restreinte

avec publication d'avis qu'avec la procédure négociée avec publication d'un avis de marché. Le dialogue compétitif se distingue principalement de la procédure restreinte du fait que des négociations concernant tous les aspects du marché sont autorisées et de la procédure négociée par le fait que, pour l'essentiel, les négociations sont concentrées à une phase particulière dans le déroulement de la procédure. En outre, la nouvelle procédure prévoit des garanties pour que ce „dialogue“ n'ait pas lieu au détriment des principes de transparence et d'égalité de traitement.

L'intérêt de prévoir la procédure du dialogue compétitif est que les pouvoirs adjudicateurs qui réalisent des projets particulièrement complexes, peuvent être dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques ou de solutions financières ou juridiques. Cette situation peut notamment se présenter pour la réalisation d'infrastructures de transport intégrées, la réalisation de grands réseaux informatiques ou la réalisation de projets comportant un financement complexe, dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance.

Dans la mesure où le recours à des soumissions publiques ou restreintes ne permettrait pas l'attribution de tels marchés, il convient donc de prévoir une procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché. Le principe de la procédure du dialogue compétitif est prévu dans la loi, de même que les cas de figure dans lesquels on peut recourir à ce dialogue compétitif. Les règles d'exécution de ce dialogue, à l'instar des règles relatives aux procédures existantes, sont spécifiées par voie de règlement grand-ducal.

La procédure du dialogue compétitif n'est prévue que pour les marchés tombant dans le champ d'application du livre II, donc présentant une certaine envergure, car il n'est pas concevable que cette procédure se justifie pour des marchés complexes de moindre envergure.

À l'instar de la procédure négociée, le recours au dialogue compétitif doit être autorisé par décision motivée qui devra comporter un justificatif détaillé expliquant pourquoi le pouvoir adjudicateur considère un tel marché comme particulièrement complexe.

L'article 41 précise que la procédure du dialogue compétitif ne peut être utilisée que pour autant que le marché public est „particulièrement complexe“. Un marché est à considérer comme particulièrement complexe si le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir, conformément aux règles dans le domaine technique définies par voie de règlement grand-ducal, les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs ou s'il n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

Comme le dialogue compétitif est une procédure particulière dont le recours est strictement réglementé par la directive, il est impératif pour le pouvoir adjudicateur d'examiner au cas par cas et tout en tenant compte de ses capacités propres la nature du marché en question afin de vérifier si un recours au dialogue compétitif est justifié. En effet, la notion d'impossibilité n'est pas une notion abstraite, elle est atténuée par la précision du considérant (31) de la directive 2004/18, selon laquelle le pouvoir adjudicateur concerné se trouve dans cette situation „sans qu'une critique“ puisse lui être reprochée.

La fiche explicative de la Commission européenne en matière de dialogue compétitif impose au pouvoir adjudicateur une obligation de diligence. Ainsi, si le pouvoir adjudicateur peut être, par des moyens raisonnables, en mesure de définir les moyens techniques nécessaires ou d'établir le montage juridico-financier, alors le recours au dialogue compétitif n'est pas possible. Par conséquent, la Chambre des Métiers exige à ce que pour chaque recours au dialogue compétitif, le pouvoir adjudicateur démontre publiquement, dans l'exposé des motifs du projet de loi par exemple, qu'il n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques et/ou le montage juridico-financier de son projet.

En ce qui concerne plus spécialement la complexité juridique ou financière, la fiche explicative de la Commission admet que de telles questions peuvent se poser souvent pour des partenariats public privé, mais sans qu'on puisse parler d'un automatisme. Ainsi l'appellation de „projet PPP“ ne signifie pas eo ipso complexité juridique ou financière.

La Chambre des Métiers ne peut se déclarer d'accord avec l'utilisation de cette nouvelle procédure du dialogue compétitif, que si et seulement si une telle procédure est considérée comme une procédure tout à fait exceptionnelle et que sa mise en oeuvre n'est pas laissée à l'appréciation subjective des pouvoirs adjudicateurs. Elle insiste plus particulièrement à ce que le recours à cette procédure soit précédé d'études tant économiques que juridiques et techniques qui devront nécessairement faire l'objet de publication dans le cadre des projets de loi constitutionnellement nécessaires à la réalisation au

profit de l'Etat de grands projets d'infrastructure ou de bâtiments considérables ou à des engagements financiers importants de l'Etat et qui démontrent tant l'avantage financier que l'utilité pour l'intérêt général d'une telle procédure par rapport aux procédures classiques des marchés publics. Si la Chambre des Métiers peut se familiariser avec la procédure du dialogue compétitif, c'est que cette procédure impose, contrairement à la procédure négociée, un cadre strict au pouvoir adjudicateur pour le déroulement du dialogue afin de garantir le traitement égal de tous les participants et la transparence des informations en circulation.

3.1. Les risques économiques des partenariats public-privé

L'instauration du dialogue compétitif a surtout pour objectif de disposer d'une procédure adaptée à la mise en oeuvre structurée de partenariats public-privé (PPP). Contraint par la situation financière actuelle de l'Etat, le Gouvernement a pris l'option de s'engager, à l'avenir, davantage sur la voie du partenariat public-privé pour réaliser le financement des grands projets d'investissement.

Le partenariat public-privé (PPP) permet, en associant acteurs publics et acteurs privés de réaliser des équipements publics dans le cadre d'un contrat global comprenant la conception, le financement, la réalisation, éventuellement la maintenance ou l'exploitation du service. En règle générale, il associe trois types de partenaires: l'acteur public définit les objectifs et en contrôle la réalisation; l'opérateur privé réalise l'équipement et en assure la gestion; un partenaire banquier apporte les ressources financières nécessaires à la concrétisation du projet. Ainsi, le secteur privé prend en charge le coût global de l'investissement en se faisant rembourser, par exemple sous forme de loyers, mais pas seulement, pendant une durée longue de vingt ou trente ans. Le PPP peut porter sur la construction d'écoles, d'hôpitaux, de bâtiments administratifs ..., ou encore sur la réalisation d'équipements publics qui pourront faire l'objet d'une exploitation commerciale: infrastructures de transport, équipements culturels, sportifs ou de loisirs ...

Selon ses défenseurs, le PPP permet d'augmenter rapidement le volume du financement disponible pour réaliser des infrastructures ou équipements publics nécessaires par la mobilisation rapide de capitaux privés. Cette augmentation des ressources financières se double encore d'une accélération de la mise en oeuvre et de la réalisation des projets en utilisant à bon escient la flexibilité et la rigueur reconnues au secteur privé.

Si les avantages, surtout financiers, du PPP semblent évidents et peuvent séduire le Gouvernement à la recherche de moyens budgétaires supplémentaires pour financer son programme ambitieux d'investissements publics, la Chambre des Métiers est d'avis que les PPP ne doivent pas être traités comme une alternative de pur financement des investissements publics, comme le laissent entendre certaines déclarations de responsables politiques. En effet, la décision si un projet d'infrastructure est à réaliser par PPP ne devra aucunement être conditionnée par des difficultés budgétaires aiguës à charge des générations futures.

Or, la Chambre des Métiers met en garde contre une utilisation intempestive et irréfléchie de ces partenariats. En effet, un recours massif à des PPP pour la réalisation d'équipements publics, en risquant d'exclure les PME nationales de ce type de contrat au profit des géants européens du bâtiment ou des travaux publics, détruira à moyen terme la structure économique du secteur de la construction indigène, dont le rôle important dans la création d'emplois et par conséquent dans la cohésion sociale n'est plus à démontrer. Par ailleurs, elle redoute par le développement inconsidéré des PPP un risque sérieux pour la qualité architecturale et, partant, pour le cadre de vie des citoyens qui sera forcément sacrifié sur l'autel de l'efficacité financière.

La Chambre des Métiers plaide à ce que les PPP à élaborer soient agencés du point de vue financier, juridique et technique de telle façon à ce qu'ils prennent en considération la structure spécifique de l'économie luxembourgeoise et notamment les potentialités et les capacités du secteur de la construction (concepteurs et entrepreneurs) et du secteur financier.

Par ailleurs, elle exige que pour chaque projet qui est envisagé d'être réalisé par PPP, une analyse comparative avec les modes de réalisation classiques, comprenant une évaluation du point de vue technique, juridique, économique et financier et utilisant les méthodes de calcul économique soit effectuée au préalable, et qu'un PPP pour un objet ne soit mis en oeuvre que s'il est établi par cette étude qui, par ailleurs, devra être publique, que le PPP est le meilleur choix en termes d'utilité et d'efficacité économique de l'investissement public. En effet, les expériences menées à l'étranger ont démontré que seulement 20% des projets sélectionnés pour être réalisés par PPP gagnent effectivement

à être réalisés par PPP, tandis que les 80% restants sont mieux exécutés par les procédures classiques.

La Chambre des Métiers est convaincue de la complexité de la mise en oeuvre de tels procédés, tant pour le partenaire privé que pour le partenaire public. En effet, un contrat de partenariat réalise un véritable partage des risques, et ainsi, c'est surtout, et en premier lieu, le partenaire public qui doit être mis en mesure d'évaluer correctement les risques intrinsèques d'un contrat de PPP, d'autant plus que de tels contrats sont établis dans la durée (25 à 30 ans). De tels contrats doivent prévoir toute une panoplie de clauses traitant du partage des risques, des objectifs de performance, des obligations et de la rémunération du partenaire privé, des modalités de contrôle, des sanctions et pénalités, de conditions et possibilités de modification ou de résiliation du contrat par avenants, les suites de la défaillance du partenaire privé etc.

Afin de mieux appréhender la situation juridique et économique et d'affiner les moyens pour trouver une solution pragmatique pour faire participer au maximum l'économie luxembourgeoise, et afin de mieux appréhender les possibilités de ce nouveau moyen de réalisation d'investissements publics, la Chambre des Métiers demande de charger le Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B) qui regroupe tous les acteurs de la construction, d'une étude et de propositions concrètes de mise en oeuvre d'une solution luxembourgeoise de partenariats public-privé ou de créer un groupe de travail ou une task force „PPP“ composé de spécialistes en provenance du secteur public et du secteur privé.

La Chambre des Métiers est encore d'avis que les PPP peuvent être sources de réalisation de projets dans les délais et les budgets prévus surtout pour la phase réalisation, elle n'en est pas si sûre quand il s'agit de la phase de la définition des besoins des utilisateurs (surtout publics) et de la conception ainsi que de la phase préliminaire de la maîtrise du foncier tant que celui-ci n'est pas déjà propriété publique.

Les PPP présentent manifestement un avantage pour la réalisation de l'ouvrage, mais la nouveauté de la procédure nécessite pour les pouvoirs publics une période de consultation spécifique en matière juridique, technique et économique et de définition des besoins fonctionnels qui sûrement prolongeront les délais prévus. La Chambre des Métiers voudrait, dans ce contexte, rappeler les propositions pour une amélioration des formes d'organisation et de gestion des opérations de construction élaborées par le Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B) en 1996. Dans ce document, le CRTI-B prônait le recours systématique à un coordonnateur-pilote indépendant des autres acteurs et doté des pouvoirs les plus étendus en matière de gestion des délais et des budgets de l'opération de construction tant pendant la phase de définition des besoins et de conception que pendant la phase de réalisation.

3.2. Un partenariat public-privé réussi

Si le Gouvernement entend utiliser les PPP pour le vaste programme de construction de nouveaux lycées suivant le plan sectoriel „Lycées“, la Chambre des Métiers propose d'utiliser la méthode éprouvée à l'époque de la construction du complexe „Geesseknäppchen“ ou au moins de s'en inspirer fortement. D'ailleurs, la Cour des comptes dans son rapport sur les comptes de l'Etat de 2004 a clairement démontré que le campus „Geesseknäppchen“ a été terminé avec des dépenses inférieures aux dépenses prévues par le projet de loi.

La réalisation du campus „Geesseknäppchen“ qui renfermait beaucoup d'éléments d'un PPP, constituait une solution typiquement luxembourgeoise en faisant intervenir un financement privé basé sur la loi de garantie, un maître d'ouvrage délégué sous forme d'une société immobilière, un coordonnateur-pilote suivant les recommandations du CRTI-B, et des entreprises exécutrices, par corps de métier séparés, et sélectionnées, après une procédure de publicité européenne, d'après leurs offres économiquement les plus avantageuses. Cette expérience était à tel point concluante que les ouvrages étaient prêts bien avant les délais initialement prévus par l'utilisateur final.

Le programme de construction „Geesseknäppchen“ comportait un complexe de six immeubles scolaires avec leurs infrastructures sportives et de rencontre. En l'occurrence il s'agissait du Lycée Aline Mayrisch, de l'International School Luxembourg, d'un complexe sportif, d'une piscine, d'un lieu de rencontre appelé Forum et d'un parking. Le volume bâti total s'élevait à quelque 465.000 m³ et englobait une surface totale de 85.000 m². L'investissement total s'élevait à 151 millions d'euros. La durée

de la phase de la réalisation ou de la construction s'étalait de janvier 1998 à décembre 2000 soit au total une période de 36 mois.

3.2.1. Description du schéma

Un premier projet de loi relatif à la construction de l'ensemble „Geesseknäppchen“ fut déposé en septembre 1993, mais ce n'est que seulement en décembre 1995 que la Chambre des Députés vota une loi modifiée permettant de réaliser le campus scolaire et prévoyant sa réalisation par l'intermédiaire d'un promoteur privé financé sur base de la loi du 13 avril 1970. La mise à disposition de l'Etat devait se faire par un contrat de location-vente au terme duquel les immeubles tomberaient dans le domaine public.

La loi du 13 avril 1970, communément appelée loi de garantie, fixe 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. Grâce à cette loi, le Gouvernement peut conclure un contrat avec un promoteur (public ou privé) au terme duquel celui-ci s'engage à construire l'immeuble en question tout en s'assurant du financement par moyens propres ou étrangers, mais moyennant une garantie de loyer et de charges locatives pendant une période bien définie (25 ans au maximum). Au cas où le contrat comporte une clause de location-vente de l'immeuble, l'Etat, en tant que locataire, paie au promoteur les annuités nécessaires à la reconstitution du capital d'investissement et au remboursement des intérêts échus pour devenir propriétaire à l'expiration du terme fixé.

Pour la réalisation du campus „Geesseknäppchen“, le Gouvernement chargea, par un contrat de location-vente, un promoteur privé (en l'occurrence une société à responsabilité limitée) de l'opération, tant de la prise en charge du financement, que de la réalisation et de la gestion et de la maintenance.

Selon la note de conjoncture No 1/2005 du Statec, les contrats de location-vente conclus sous la loi de garantie entre l'administration publique (Ministère des travaux publics) et le partenaire privé (promoteur immobilier) contiennent le plus souvent les éléments suivants:

- création d'une société immobilière (par le promoteur et donc sans participation de l'Etat) qui sera le propriétaire de l'immeuble à construire:
 - l'immobilière construira un immeuble sur un terrain appartenant à l'Etat;
 - l'immeuble sera propriété de l'immobilière et l'Etat s'engage à le prendre en location pour une durée déterminée;
 - le droit de superficie et le droit de bâtir afférent sont accordés pour la durée du contrat de location-vente; à l'expiration de celui-ci, la propriété de l'immeuble reviendra de plein droit à l'Etat;
- convention de „location-vente“ entre l'Etat et l'immobilière dont les principales dispositions sont les suivantes:
 - le préambule du contrat constate que l'Etat „bien que n'étant que locataire sur la période de location-vente se comportera en fait comme propriétaire et mettra à tout moment l'immobilière en position de remplir ses obligations découlant de la présente vis-à-vis des autorités publiques“, etc., „qu'en conséquence l'immobilière, bien que propriétaire en droit, n'assume ni les charges, ni les risques incombant normalement au propriétaire“;
 - la définition du loyer annuel qui est égal au montant annuel nécessaire pour rembourser sur une période définie le principal et les intérêts des prêts accordés par les établissements financiers à l'immobilière;
 - la définition des frais de gestion administrative que l'Etat paiera à l'immobilière pendant la période de location-vente.

Par ailleurs, il incombait au promoteur privé de trouver le financement nécessaire auprès d'une institution financière sur base de son contrat de location-vente.

Pour la réalisation du complexe, le promoteur privé exerçait une véritable mission de maître d'ouvrage délégué, c'est-à-dire qu'il réalisait l'ouvrage en lieu et en place de l'Etat ou de l'administration, après que ce dernier avait défini ses besoins à travers un programme architectural. Cette mission comportait essentiellement les relations contractuelles et opérationnelles avec les intervenants, qu'ils fussent maîtres d'oeuvre ou entrepreneurs. En particulier, on pouvait distinguer les missions suivantes:

- la définition des conditions administratives et techniques, selon lesquelles l'ouvrage a été étudié et exécuté;
- la préparation du choix des maîtres d'oeuvre;
- la signature et la gestion des contrats de maîtrise d'oeuvre;
- la mise en adjudication par corps de métier des travaux à réaliser (par avis d'appel d'offres internationaux);
- la signature et la gestion des contrats;
- la coordination et le pilotage de tous les intervenants;
- le paiement des intervenants;
- la réception de l'ouvrage;
- le lancement d'actions en justice pour litiges éventuels.

Pour s'assurer de la réalisation des différents travaux, le promoteur avait recours à des soumissions publiques avec publicité internationale selon la législation et la réglementation des marchés publics. Vu l'importance des travaux à réaliser, il avait prévu des critères de sélection précis et plus spécialement des critères économiques et techniques. Comme les marchés relevaient des marchés publics, les contrats entre le promoteur privé et les entreprises se basaient essentiellement sur les clauses contractuelles et techniques élaborées par le Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour le Bâtiment (CRTI-B).

Ainsi, le promoteur privé avait à gérer, à coordonner et piloter plus de 400 intervenants, concepteurs et entreprises confondus. Malgré le nombre impressionnant d'acteurs, le projet a pu être finalisé avant les délais prévus grâce au recours à un coordonnateur-pilote indépendant des autres acteurs et doté des pouvoirs les plus étendus en matière de gestion des délais et des budgets de l'opération de construction, tant pendant la phase de définition des besoins et de conception, que pendant la phase de réalisation sur base du contrat-type de coordonnateur-pilote élaboré en 1996 par le CRTI-B.

3.2.2. *Appréciation critique*

La description de l'organisation du partenariat public-privé détaillé ci-dessus démontre clairement les atouts d'un tel PPP pour l'économie luxembourgeoise et plus spécialement pour les PME du secteur de la construction.

Le fait de faire intervenir un promoteur privé chargé de s'assurer du financement de l'ouvrage et de se faire rembourser sur une longue période l'investissement et les intérêts par un contrat location-vente, est essentiel pour pouvoir qualifier cette opération de PPP.

Pour le maître d'ouvrage public, une telle intervention d'un partenaire privé a permis de le décharger des missions classiques de la gestion de la réalisation des ouvrages. Mais bien entendu, il a participé avant le lancement de l'opération de construction à la définition du programme tant fonctionnel qu'architectural.

Cet investisseur privé agissant en tant que maître d'ouvrage délégué pour le maître d'ouvrage public s'est conformé aux règles des marchés publics tant en ce qui concernait le choix des procédures, des modes d'offres et de publicité pour la sélection des entreprises exécutrices des travaux. Ainsi, les PME de la construction qui intervenaient sur le chantier ont pleinement profité des règles d'égalité de traitement et des règles de transparence instaurées par le régime des marchés publics. Vu l'envergure de l'opération globale, le promoteur privé a alloué les différents marchés de telle façon que les PME opérant sur le marché pouvaient participer aux soumissions.

Finalement, le choix délibéré du promoteur privé de se faire assister par un coordonnateur-pilote, selon les recommandations du CRTI-B pour la gestion d'opérations de construction d'ouvrages d'envergure, a permis de respecter les délais de réalisation, sinon de les devancer d'une année.

Si l'organisation et l'agencement de ce type de PPP a été une réussite tant pour le promoteur privé que pour les autres acteurs y intervenant (architectes, ingénieurs et entrepreneurs) et pour l'utilisateur final, il ne faut pas oublier que le choix initial du promoteur privé a été le résultat d'un marché de gré à gré. Dans ce contexte, il faut se demander si aujourd'hui les règles européennes en matière de marchés publics permettent une telle procédure considérée comme manquant de transparence.

Il faut, en conséquence, trouver une méthode adaptée pour le choix du partenaire ou promoteur privé pour une opération de PPP, qui puisse garantir, d'une part, les règles et principes des traités européens (publicité, égalité de traitement, transparence, proportionnalité et reconnaissance mutuelle) et, d'autre part, les retombées macro-économiques et les répercussions sur la structure du secteur régional de la construction.

3.2.3. Proposition d'un montage possible

Dans sa communication interprétative sur les concessions en droit communautaire¹, la Commission déclare clairement qu'on est „en présence de marchés publics de travaux au sens du droit communautaire dès lors que le coût de l'ouvrage est supporté pour l'essentiel par le pouvoir adjudicateur et que le contractant ne se rémunère pas par le biais de droits perçus directement auprès des usagers de l'ouvrage“. Ainsi, le modèle „Geesseknäppchen“ prôné n'est pas à considérer comme une concession de travaux, même si le montage a fait intervenir un promoteur privé apportant le financement initial.

Comme les projets envisagés par le Gouvernement à être réalisés par PPP sont essentiellement des lycées où un droit d'utilisation perçu auprès des usagers est impossible et comme c'est ainsi l'Etat qui supporte la totalité du coût de construction et du risque d'exploitation, on doit conclure qu'il s'agit de marchés publics de travaux au sens communautaire du terme.

Comme le droit communautaire, tout comme notre législation sur les marchés publics disposent que les règles communautaires ne s'appliquent pas „aux 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“, on pourra monter une opération analogue en utilisant la méthode „Geesseknäppchen“. 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 aux règles de publicité et de procédures européennes, de même les procédures de soumission pour la réalisation de l'ouvrage sont soumis aux règles européennes.

Finalement la Chambre des Métiers reste fondamentalement convaincue que les pouvoirs adjudicateurs, en investissant autant dans la phase préliminaire d'un projet de réalisation classique par marchés publics, qu'ils ont déjà investi en ressources et en études préliminaires de définitions de besoins pour mettre en route la réalisation du Neie Lycée et du Lycée technique pour Professions éducatives et sociales sur les terrains acquis par l'Etat à Mersch par la procédure PPP, le modèle classique reviendrait à moindre coût que par PPP.

*

4. L'ECONOMIE POLITIQUE DES MARCHES PUBLICS

Les marchés publics constituent un levier important de toute politique économique. Comme dans tous les autres pays européens, 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 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 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 au développement durable 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;

¹ Journal officiel de l'Union européenne JO 2000/C/121 p. 2

- 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 au mieux les deniers 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 bas 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 s'efforcer d'équilibrer les conditions du marché pour que les intérêts publics soient équitablement respectés dans la fixation des règles. Les directives de 2004 entrent pour beaucoup dans ce rééquilibrage.

En conclusion, la Chambre des Métiers invite les auteurs du projet de loi de bien vouloir tenir compte de ses observations et suggestions formulées à l'égard du texte du projet de loi, tout en les félicitant pour la minutie avec laquelle ils ont réussi à intégrer les modifications engendrées par les directives de 2004.

Luxembourg, le 28 août 2007

Pour la Chambre des Métiers,

Le Directeur,
Paul ENSCH

Le Président,
Roland KUHN

5655/02

N° 5655²**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2007-2008

PROJET DE LOI**sur les marchés publics**

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(18.2.2008)

L'objet du présent projet de loi est la transposition en droit national des directives 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, d'une part, ainsi que l'adaptation ponctuelle de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics, d'autre part. Ces adaptations ponctuelles sont le fruit de leçons qui ont été tirées de différentes jurisprudences rendues par la Cour constitutionnelle ainsi que par les juridictions administratives, mais constituent également des améliorations législatives appelées à remédier à des situations qui se sont présentées depuis 2003.

*

RESUME SYNTHETIQUE

La Chambre de Commerce salue le fait que les auteurs du projet ne se soient pas limités à la seule transposition des directives prémentionnées, mais aient profité de l'occasion pour introduire en même temps des nouveautés prometteuses dans les dispositions régissant les marchés publics nationaux. Au-delà de l'approche formelle choisie par les auteurs du projet de loi – par ailleurs chaleureusement accueillie par la Chambre de Commerce – de remplacer l'intégralité de la loi tout en en gardant la même structure, la Chambre de Commerce voudrait saluer plus particulièrement le recours renforcé aux technologies électroniques dans le cadre des marchés publics et l'introduction de nouveaux modes de passation tels que les accords-cadre ou encore les centrales d'achat. La Chambre de Commerce approuve encore l'abandon de l'exigence de devoir choisir l'offre économiquement la plus avantageuse parmi les trois offres accusant les prix les plus bas, ainsi que la régularisation de la possibilité d'exclusion de certains adjudicataires de la participation à un marché public. Elle s'interroge s'il n'y aurait pas lieu d'inclure parmi les motifs d'exclusion à la participation d'un marché public la condamnation pour non-respect des dispositions applicables en matière de détachement de travailleurs, d'environnement, d'ententes illicites ou d'égalité de traitement.

En revanche, elle reste plus réservée en ce qui concerne le relèvement du seuil pour marchés complémentaires. En ce qui concerne les décisions (ministérielles ou communales) à prendre dans le cadre de procédures négociées, la Chambre de Commerce demande de préciser davantage les exigences de motivation ainsi que le non-cumul de la décision de motivation et de la décision d'attribution. La Chambre de Commerce ne peut se déclarer d'accord avec le doublement du seuil en-dessous duquel la saisine de la Commission des soumissions dans le cadre d'une procédure négociée n'est pas obligatoire. Enfin, la sécurité juridique commanderait de préciser la notion de travailleur handicapé dans le texte du projet de loi lui-même et non pas dans l'exposé des motifs.

Finalement, l'introduction de la procédure du dialogue compétitif, même si elle n'est pas un préalable requis pour les pouvoirs adjudicateurs pour pouvoir s'engager dans des partenariats public-privé, facilitera néanmoins la prise de décision aux pouvoirs publics en leur permettant de mieux pouvoir comparer différents modèles de coopération avec le secteur privé pour la réalisation d'un marché déterminé.

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce peut approuver le projet de loi sous avis dans sa forme actuelle.

Appréciation du projet de loi

Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	+
Impact financier sur les entreprises	+
Transposition de la directive	+
Simplification administrative	+
Impact sur les finances publiques	+

Appréciations:	++	:	très favorable
	+	:	favorable
	0	:	neutre
	-	:	défavorable
	--	:	très défavorable
	n.a.	:	non applicable
	n.d.	:	non disponible

*

CONSIDERATIONS GENERALES

La loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics se divise en trois livres: le Livre Ier contient les dispositions générales applicables aux marchés publics, le Livre II est applicable aux marchés publics „classiques“ (travaux, fournitures et services) et le Livre III concerne les marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, les Livres II et III ne s'appliquant qu'au dépassement d'un certain seuil.

Le projet de loi sous avis garde la même structure:

- un **Livre Ier** comportant les dispositions purement nationales avec quelques adaptations ponctuelles rendues nécessaires soit par la transposition de dispositions communautaires, soit pour mettre la législation future en matière de marchés publics au diapason avec des jurisprudences de la Cour constitutionnelle ou des juridictions administratives. Ces adaptations ponctuelles consistent notamment en une adaptation vers le haut du seuil pour marchés complémentaires, la motivation du recours à la procédure négociée et à la procédure restreinte sans publication d'avis ou encore la „légalisation“ de l'exclusion de la participation à un marché public;
- un **Livre II** transposant la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (à l'exception des dispositions d'exécution contenues dans un projet de règlement grand-ducal);
- un **Livre III** transposant la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (à l'exception encore des dispositions d'exécution).

La Chambre de Commerce a encore été saisie d'un projet de règlement grand-ducal, présentant la même subdivision à l'image du règlement grand-ducal actuellement en vigueur et à l'instar du projet de loi sous rubrique. Ce projet de règlement grand-ducal sera appelé à contenir les règles d'exécution.

Il y a lieu de noter que le secteur des télécommunications ne tombe plus sous le champ d'application du Livre III alors que ce secteur est désormais régi par une législation ayant introduit dans ce secteur une concurrence effective. En revanche, les services postaux entrent dorénavant dans le champ d'application de ce livre.

Le projet de loi sous avis se substituera à la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics. La Chambre de Commerce tient à féliciter les auteurs du projet de loi pour ce *modus operandi* alors que la lecture de la nouvelle réglementation sera d'autant plus facile qu'il s'agira d'un seul texte de loi continu régissant la matière déjà assez technique des marchés publics. La même façon de procéder a d'ailleurs été adoptée en ce qui concerne les dispositions d'exécution de la future loi. La Chambre de Commerce voudrait encore féliciter les auteurs du projet pour avoir gardé la même structure textuelle aisément lisible qu'est celle de la loi actuellement en vigueur et qui a montré toute son utilité.

La Chambre de Commerce voudrait par ailleurs saluer la perspicacité des auteurs du projet de loi pour avoir attendu les solutions jurisprudentielles aux questions litigieuses soumises aux tribunaux et portant sur certaines dispositions de la loi du 30 juin 2003 pour pouvoir les intégrer en même temps dans le projet de loi sous rubrique, évitant par là de devoir adapter à deux reprises les textes en question.

En ce qui concerne les directives mentionnées, à savoir les directives 2004/18 (directive „générale“) et 2004/17 (directive „sectorielle“), il y a lieu de souligner qu'elles constituent une simplification de la réglementation communautaire en matière de marchés publics en ce qu'elles se substituent aux quatre directives existant auparavant. Les directives s'inspirent de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes et rappellent les principes devant gouverner la passation de marchés publics (au niveau national ou européen): libre circulation des marchandises, liberté d'établissement, libre prestation de services, égalité de traitement et non-discrimination, reconnaissance mutuelle, proportionnalité et transparence. Elles déterminent en quelle mesure les pouvoirs adjudicateurs peuvent contribuer à la protection de l'environnement et à la promotion du développement durable tout en leur assurant le meilleur rapport qualité/prix.

*

COMMENTAIRES PARTICULIERS

Les adaptations apportées au Livre I applicable aux marchés publics en général

Le projet de loi sous rubrique comporte un certain nombre de nouveautés introduites dans le Livre I de la loi sur les marchés publics (et dès lors également applicables aux marchés nationaux) par rapport à la législation actuellement en vigueur. Ces nouveautés ont trouvé pour la plupart leur inspiration dans les directives à transposer, alors même que ces dernières n'ont vocation qu'à introduire un cadre réglementaire commun aux Etats membres pour les marchés dépassant un certain seuil. Au-delà du remaniement substantiel que les directives 2004/18 et 2004/17 apportent ainsi aux Livres II et III de la loi du 30 juin 2003, les adaptations suivantes dans le cadre du Livre I ont été effectuées.

Afin de mettre au diapason la terminologie utilisée dans le cadre du Livre I avec celle nouvellement introduite par les directives, quelques corrections terminologiques ont été apportées à la loi de 2003. Les grands principes devant régir les marchés publics de façon générale (dont notamment celui de la transparence) sont réaffirmés ainsi que la volonté d'un recours accru aux technologies électroniques. Il sera désormais possible de prévoir des accords-cadres ou encore des centrales d'achats (que ce soit au sein d'un seul pouvoir adjudicateur ou regroupant plusieurs pouvoirs adjudicateurs). Les auteurs du projet de loi ont adapté le seuil pour les marchés complémentaires en s'alignant sur le seuil maximal prévu par la directive, à savoir 50% du montant du marché initial. Une extension de la procédure négociée à des marchés dans les domaines de la recherche, de l'investigation et de la sécurisation à d'autres pouvoirs adjudicateurs que la Police Grand-Ducale est introduite et les modalités d'attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse sont redéfinies. La sanction de l'exclusion de la participation à un marché public est introduite dans la loi et ne pourra désormais plus figurer dans un cahier des charges. Enfin, les auteurs du projet introduisent la possibilité de réserver la participation à des marchés publics à des ateliers protégés sous certaines conditions.

Les grands principes (article 4)

Les directives 2004/17 et 2004/18 ont encore une fois rappelé les grands principes devant régir les marchés publics, à savoir le principe de la libre circulation des marchandises, le principe de la liberté d'établissement, le principe de la libre prestation de services, le principe de l'égalité de traitement avec

comme corollaire celui de la non-discrimination, le principe de la reconnaissance mutuelle, de la proportionnalité et de la transparence.

Le projet de loi impose ainsi plus spécialement comme principe nouveau celui de la transparence en prévoyant l'obligation pour le pouvoir adjudicateur d'informer les opérateurs économiques des suites qui sont réservées aux dossiers qu'ils ont remis. Le détail des modalités d'information sera réglé par voie réglementaire. L'ensemble de ces nouvelles dispositions en matière de transparence sera complémentaire à la réglementation existant d'ores et déjà en droit luxembourgeois sur base de la loi du 1er décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse et du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes.

Par ailleurs, l'utilisation de moyens électroniques dans le cadre de la passation de marchés publics figure également parmi les grands principes.

La Chambre de Commerce souscrit entièrement à la réaffirmation formelle de ces principes fondamentaux. La transparence et l'information des participants dans le cadre d'une procédure de marché public sont en effet des requis pour éviter tout arbitraire et abus et pour assurer un traitement égal à tous les opérateurs dans le cadre d'une procédure de passation de marché public. Le recours renforcé aux technologies électroniques aura d'ailleurs un effet catalytique à cet égard et contribuera à davantage de transparence et de concurrence.

Le recours aux technologies électroniques s'inscrit par ailleurs dans le cadre du programme d'action eLuxembourg. Le portail des marchés publics existant déjà à l'heure actuelle sera entériné par voie législative. Ce portail regroupera la publication par voie électronique des avis de tous les pouvoirs adjudicateurs existant au Grand-Duché de Luxembourg et visés par le présent projet de loi. L'informatisation des procédures en matière de marchés publics concernera tous les marchés indépendamment de leur envergure et permettra une réduction des délais de publication et de la période de réception des offres. La publication et la communication par voie électronique est ainsi mise sur pied d'égalité avec les moyens classiques de publication et de communication. La Chambre de Commerce accueille favorablement cette dématérialisation des procédures par le recours plus soutenu aux technologies électroniques étant donné qu'il équivaut à une simplification administrative incontestable pour les entreprises.

Les accords-cadres (article 5)

La faculté de procéder par voie d'accord-cadre trouve sa source d'inspiration dans la directive 2004/18 qui en prévoit les règles directrices. Les auteurs du projet de loi n'ont pas voulu réserver cette facilité aux seuls marchés d'envergure communautaire mais ont estimé opportun de l'introduire également dans le Livre I applicable à l'ensemble des marchés publics (donc également aux marchés nationaux).

L'article 3 point 5 du projet de loi définit l'accord-cadre comme „*un accord entre un et¹ plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et le cas échéant, les quantités envisagées*“. L'article 5 prévoit la possibilité de tels accords-cadres et renvoie pour le reste au projet de règlement grand-ducal en ce qui concerne les modalités et le régime de tels accords.

La Chambre de Commerce approuve l'introduction de tels accords-cadres dans la réglementation luxembourgeoise en matière de marchés publics, alors que de tels accords permettent des relations d'affaires de plus longue durée, et donc plus de prévisibilité, aux adjudicataires. La Chambre de Commerce insiste cependant sur le fait que ces accords-cadres doivent être passés selon les mêmes procédures que les marchés „normaux“ et notamment doivent être soumis aux mêmes règles de publicité que ces derniers afin d'éviter que cette facilité ne soit détournée à des fins abusives.

La Chambre de Commerce note par ailleurs que les auteurs du projet ont adopté la durée maximale prévue par la directive pour de tels accords-cadres, à savoir 4 ans.

¹ Il y aurait lieu de lire „ou“.

Les marchés complémentaires (article 8)

Les auteurs du projet ont relevé le seuil maximal pour les marchés passés (par procédure restreinte ou négociée) pour des travaux ou services complémentaires à 50% du montant du marché initial, par rapport à 30% sous la législation actuelle. La Chambre de Commerce comprend la motivation d'un tel relèvement de seuil qui présente l'avantage d'une passation simple, informelle et rapide de commandes supplémentaires, et donc une exécution rapide des marchés sous-jacents, et qui procure une certaine souplesse aux pouvoirs adjudicateurs. Elle voudrait néanmoins attirer l'attention sur le fait qu'un tel relèvement renferme également le danger d'abus.

Ce relèvement du seuil prévu au Livre I – donc applicable à l'intégralité des marchés publics, qu'ils soient d'envergure nationale ou communautaire – est inspiré des dispositions de la directive 2004/18. La Chambre de Commerce voudrait faire remarquer que le seuil de 50% prévu par ladite directive en son article 61 concerne les marchés complémentaires passés avec un concessionnaire de travaux, mais ni les concessions de services, ni les marchés publics „normaux“. Elle se demande partant si ce relèvement est en conformité avec les exigences communautaires.

Les marchés de recherche, d'investigation et de sécurisation (article 8)

La limitation de la possibilité de passer par une procédure négociée pour les marchés qui servent à la mise en oeuvre de moyens techniques particuliers et confidentiels de recherche, d'investigation et de sécurité à la seule Police Grand-Ducale est supprimée, et les moyens techniques de sécurité sont ajoutés comme cas de figure autorisant le recours à la procédure négociée. D'autres pouvoirs adjudicateurs que la police peuvent être amenés à passer de tels marchés. Le critère essentiel à prendre en considération pour avoir recours à la procédure négociée est la protection des intérêts essentiels de l'Etat. La Chambre de Commerce peut approuver cette nouveauté.

La motivation des marchés négociés (article 9)

L'article 9 du projet de loi prévoit que le recours à la procédure restreinte sans publication d'avis ou à la procédure négociée doit être motivé par un arrêté ministériel ou une décision du collège des bourgmestre et échevins, respectivement de l'organe habilité. La Chambre de Commerce s'étonne que l'article ne soit pas plus explicite en disposant par exemple que cette motivation devra se faire en fait (pour quelles raisons?) et en droit (dans quel des cas de figure prévus à l'article 8?). Le justiciable n'est informé de cette exigence que par le biais du commentaire de l'article 9 du projet de loi, alors qu'il s'agirait pourtant d'une précision importante à l'attention des pouvoirs adjudicateurs. Cette remarque s'impose d'autant plus que la procédure restreinte sans publication d'avis et la procédure négociée constituent des procédures d'exception dérogeant au principe général de la procédure ouverte.

La Chambre de Commerce s'étonne par ailleurs du fait que le commentaire de l'article 9 du projet de loi prévoit que „*la motivation du recours à une de ces procédures (c'est-à-dire procédure restreinte sans publication d'avis ou procédure négociée) et l'approbation de l'offre retenue peuvent se faire par une même décision*“. Le libelle de l'article 9 lui-même est muet quant à une telle concomitance de ces deux décisions. Cette précision n'est anodine qu'en apparence. L'article lui-même ne conférant pas cette facilité au pouvoir adjudicateur – mais uniquement son commentaire – est-ce que le pouvoir adjudicateur pourra par une seule et même décision, et motiver son recours à une procédure de type fermé, et décider de l'adjudicataire. La Chambre de Commerce est d'avis que, s'agissant d'une procédure d'exception, il y a lieu à interprétation restrictive, de sorte que deux décisions successives seront nécessaires: une première décision motivant le recours à une procédure de type fermé et une deuxième décision attribuant le marché en cause. Cette procédure en deux étapes obligerait ainsi les pouvoirs adjudicateurs à s'interroger davantage sur la pertinence d'un recours à une procédure fermée et soulignerait par-là le caractère exceptionnel de ce mode de passation. Cette interprétation serait aux yeux de la Chambre de Commerce plus en conformité avec l'esprit des dispositions en matière de marchés publics.

Les centrales d'achat (article 10)

L'article 3 point 9 du projet définit la centrale d'achat comme „*un pouvoir adjudicateur qui acquiert des fournitures ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs, ou qui passe des marchés publics*“.

ou conclut des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs“.

L'article 10 paragraphe (2) institue la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de recourir à des centrales d'achat pour acquérir des travaux, fournitures ou services. La Chambre de Commerce approuve l'introduction de la facilité de recourir à de telles centrales d'achat en tant qu'intermédiaires dans le cadre de la passation de marchés publics, alors que cette technique permettra aux pouvoirs adjudicateurs de profiter d'économies d'échelle en passant à la soumission de plus gros volumes. Cette rationalisation permettra d'augmenter l'efficacité de l'affectation des deniers publics dans les marchés publics. Par ailleurs, à part les économies d'échelle réalisables par ce biais, cette technique pourra constituer une alternative intéressante pour les pouvoirs adjudicateurs ne disposant pas des ressources humaines, administratives ou techniques nécessaires qui pourront se regrouper alors sous forme de centrale d'achat respectivement recourir à une organisation faitière afin de lancer une procédure de marché public. Des économies d'échelle ne seront ainsi pas seulement concevables du côté du prix des fournitures ou prestations commandées, mais également du côté coût administratif.

Les centrales d'achat en question devront respecter les règles et procédures applicables aux pouvoirs adjudicateurs „normaux“. Dans ce cas, les pouvoirs adjudicateurs ayant passé par le biais d'une telle centrale d'achat seront considérés comme ayant à leur tour respecté la réglementation des marchés publics pour la ou les transactions concernées.

L'offre économiquement la plus avantageuse (article 11)

L'offre économiquement la plus avantageuse ne devra plus nécessairement être choisie parmi les trois offres accusant les prix les plus bas, mais les pouvoirs adjudicateurs auront la faculté d'en déterminer librement dans le cahier des charges, tout en les pondérant, les critères qu'ils souhaitent appliquer au marché en cause. En cas d'impossibilité dûment justifiée de procéder à une telle pondération, les pouvoirs adjudicateurs auront la possibilité d'indiquer les critères par ordre d'importance décroissant. Cette nouvelle faculté introduite pour l'ensemble des marchés publics, y inclus les marchés publics de moindre envergure, s'inspire une fois de plus de la directive 2004/18.

La Chambre de Commerce approuve entièrement le principe de la possibilité offerte aux pouvoirs adjudicateurs de pouvoir choisir l'offre économiquement la plus avantageuse parmi toutes les offres remises et retenues sur base de critères pondérés et objectifs à définir préalablement par le cahier des charges.

A côté de l'attribution d'un marché basée sur l'offre économiquement la plus avantageuse, les pouvoirs adjudicateurs auront toujours la possibilité de procéder par voie d'attribution d'un marché au prix le plus bas au cas où les caractéristiques du marché en cause ne permettent pas d'autres critères d'attribution que le prix.

La sanction de l'exclusion de la participation à un marché public (article 13)

Un arrêt de la Cour constitutionnelle du 30 janvier 2004 (arrêt No 19/2004 publié au Mémorial A No 18 du 16 février 2004, p. 303) a déclaré l'article 36(5) de la loi modifiée du 27 juillet 1936 concernant la comptabilité de l'Etat, pour autant qu'il vise l'exclusion de la participation aux marchés publics, comme non conforme à l'article 14 de la Constitution. Selon la Cour constitutionnelle, l'exclusion de la participation à un marché public est une peine au sens de l'article 14 de la Constitution („*Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi*“). Ainsi l'exclusion de la participation à un marché public par le biais d'un cahier des charges, telle que prévue par l'article 36(5) de la loi précitée, a été déclarée illégale. L'article 13 du projet de loi réintroduit la possibilité pour un pouvoir adjudicateur d'exclure un soumissionnaire de la participation en précisant les motifs pouvant mener à une telle exclusion ainsi que la durée maximale d'exclusion de 2 ans. La Chambre de Commerce approuve l'introduction de cette disposition pour les cas de figure mentionnés, mettant ainsi à disposition des pouvoirs adjudicateurs un instrument efficace afin d'éviter de graves désordres causés par des opérateurs économiques peu soucieux.

La Chambre de Commerce fait remarquer qu'aux termes du paragraphe (4) de l'article 13, l'exclusion de la participation à un marché public peut uniquement avoir lieu pour manquement aux conditions du marché adjugé ou pour non-respect des délais impartis, faute grave dans l'exécution des marchés

ou manque de probité commerciale. Les considérants Nos 34 et 43 de la directive 2004/18 permettent également une exclusion pour non-respect des dispositions applicables en matière de détachement de travailleurs, environnementale, d'ententes illicites ou d'égalité de traitement. La Chambre de Commerce se pose la question s'il n'y aurait pas lieu de prévoir expressément ces motifs d'exclusion dans le cadre de l'article 13, alors qu'à ses yeux le „manque de probité commerciale“ ne semble pas nécessairement englober ces cas de figure. La Chambre de Commerce se permet de citer ci-dessous les considérants en question:

(34) Les lois, réglementations et conventions collectives, tant nationales que communautaires, en vigueur en matière de conditions de travail et de sécurité du travail, s'appliquent pendant l'exécution d'un marché public, pourvu que de telles règles, ainsi que leur application, soient conformes au droit communautaire. Dans les situations transfrontalières, où des travailleurs d'un Etat membre fournissent des services dans un autre Etat membre pour la réalisation d'un marché public, la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (1) énonce les conditions minimales qui doivent être respectées dans le pays d'accueil vis-à-vis de ces travailleurs détachés. Si le droit national contient des dispositions à cet effet, le non-respect de ces obligations peut être considéré comme une faute grave ou comme un délit affectant la moralité professionnelle de l'opérateur économique pouvant entraîner l'exclusion de cet opérateur économique de la procédure de passation d'un marché public.

(43) Il convient d'éviter l'attribution de marchés publics à des opérateurs économiques qui ont participé à une organisation criminelle ou qui se sont rendus coupables de corruption ou de fraude au détriment des intérêts financiers des Communautés européennes ou de blanchiment de capitaux. Les pouvoirs adjudicateurs devraient demander, le cas échéant, aux candidats/soumissionnaires les documents appropriés et pourraient, lorsqu'ils ont des doutes sur la situation personnelle de ces candidats/soumissionnaires, demander la coopération des autorités compétentes de l'Etat membre concerné. L'exclusion de tels opérateurs économiques devrait intervenir lorsque le pouvoir adjudicateur a connaissance d'un jugement concernant de pareils délits rendu conformément au droit national et ayant un caractère définitif qui lui confère l'autorité de la chose jugée. Si le droit national contient des dispositions à cet effet, le non-respect de la législation environnementale ou de celle des marchés publics en matière d'entente illicite, ayant fait l'objet d'un jugement à caractère définitif ou d'une décision ayant des effets équivalents, peut être considéré comme un délit affectant la moralité professionnelle de l'opérateur économique ou comme une faute grave. Le non-respect des dispositions nationales transposant les directives 2000/78/CE (1) et 76/207/CEE (2) en matière d'égalité de traitement des travailleurs, qui a fait l'objet d'un jugement à caractère définitif ou d'une décision ayant des effets équivalents, peut être considéré comme un délit affectant la moralité professionnelle de l'opérateur économique ou comme une faute grave.

***Le doublement du seuil pour la sollicitation obligatoire
de l'avis de la Commission des soumissions en cas de
procédure fermée (article 16)***

L'article 16 de la loi du 30 juin 2003 prévoyait un seuil de 25.000 euros HTVA, valeur cent de l'indice des prix à la consommation, au-delà duquel un pouvoir adjudicateur doit solliciter l'avis de la Commission des soumissions pour pouvoir recourir à une procédure restreinte sans publication d'avis ou à une procédure négociée. Les auteurs du projet de loi ont relevé ce seuil à 50.000 euros. La Chambre de Commerce ne peut se déclarer d'accord avec cette augmentation alors même qu'un tel relèvement permettrait de décharger la Commission des soumissions. Ce relèvement faciliterait en effet outre mesure le recours à cette procédure qui doit rester d'exception. Les auteurs du projet de loi avancent dans le commentaire de l'article 16 comme argument le contrôle exercé par les contrôleurs financiers sur base de la loi du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat. Ce contrôle, effectué pour les marchés publics de l'Etat de quelque envergure que ce soit, porterait entre autres sur le respect des conditions du recours à la procédure négociée ou à la procédure restreinte sans publication d'avis par l'entité adjudicatrice.

La Chambre de Commerce, tout en rejoignant les auteurs du projet de loi concernant la pertinence de cette remarque, se doit néanmoins d'attirer l'attention sur le fait qu'un tel contrôle constitue toujours un contrôle *a posteriori* et risquera de mettre à la fois le pouvoir adjudicateur que l'entreprise qui s'est

vue attribuer le marché dans une situation embarrassante en cas de refus par le contrôle financier de la motivation avancée par le pouvoir adjudicateur. Par ailleurs, cette argumentation ne vaut que pour les marchés publics de l'Etat et non pour ceux des communes.

Marchés réservés (article 20)

Le projet de loi prévoit la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de réserver le droit de participation à des procédures de passation de marchés à des ateliers protégés ou d'en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés lorsque la majorité des travailleurs sont des personnes handicapées. Cette possibilité contenue dans la directive pour les marchés dépassant une certaine envergure a également été insérée dans le Livre I. L'exposé des motifs du projet de loi prend le soin de prévoir que les personnes handicapées visées sont celles auxquelles a été reconnue la qualité de travailleur handicapé au sens de l'article 561-1 du Code du Travail. La Chambre de Commerce précéderait d'insérer cette précision importante dans le texte de l'article 20 lui-même.

Les nouveautés apportées aux Livres II et III (marchés communautaires et marchés des secteurs spécifiques)

Le dialogue compétitif

Concernant plus spécialement les marchés d'envergure communautaire, il y a lieu de mentionner notamment l'introduction de la procédure du dialogue compétitif à côté des procédures actuellement utilisées qui sont la soumission publique (appelée désormais procédure ouverte), la soumission restreinte avec ou sans publication d'avis (appelée désormais procédure restreinte avec ou sans publication d'avis) et la procédure du marché négocié (appelée désormais procédure négociée). Cette nouvelle procédure a été introduite afin de mieux tenir compte des réalités économiques dans le domaine de l'approvisionnement public en adaptant les procédures des marchés publics aux besoins actuels, alors que les procédures traditionnelles étaient parfois jugées comme trop rigides par rapport aux réalités de l'achat public.

La procédure du dialogue compétitif peut être décrite comme une procédure particulière qui a des traits en commun aussi bien avec la procédure restreinte avec publication d'avis qu'avec la procédure négociée avec publication d'un avis de marché. Le dialogue compétitif se distingue principalement de la procédure restreinte du fait que des négociations concernant tous les aspects du marché sont autorisées et de la procédure négociée par le fait que, pour l'essentiel, les négociations sont concentrées à une phase particulière dans le déroulement de la procédure.

Cette nouvelle procédure du dialogue compétitif n'est par ailleurs pas prévue pour les marchés publics tombant sous le Livre I, alors qu'elle a été conçue pour des marchés complexes présentant une certaine envergure.

Le défi de la nouvelle procédure réside évidemment dans un maintien de la transparence des informations et de l'égalité de traitement simultanément avec la souplesse qui caractérise cette procédure. Le recours au dialogue compétitif devra être autorisé par une décision motivée sur base d'un justificatif détaillé explicitant en quoi tel marché sera à considérer comme particulièrement complexe.

C'est encore ce que prévoit l'exposé des motifs du projet de loi et la directive en prenant le soin de préciser que cette procédure ne devra pas être utilisée afin de fausser ou restreindre la concurrence par exemple par une modification d'éléments fondamentaux des offres ou en imposant des éléments nouveaux substantiels non prévus au soumissionnaire retenu. Le recours à cette nouvelle procédure est ainsi limité aux cas où „*les pouvoirs adjudicateurs qui réalisent des projets particulièrement complexes peuvent, sans qu'une critique puisse leur être adressée à cet égard, être dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques ou de solutions financières ou juridiques. Cette situation peut notamment se présenter pour la réalisation d'infrastructures de transport intégrées, la réalisation de grands réseaux informatiques ou la réalisation de projets comportant un financement complexe et structuré, dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance*“². La procédure flexible du

² Considérant No 31 de la directive 2004/18

dialogue compétitif permet à la fois de sauvegarder la concurrence entre opérateurs économiques et aux pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat tous les aspects d'un marché.

La procédure du dialogue compétitif ne pourra être utilisée que pour des marchés „particulièrement complexes“.

Un marché peut être considéré comme étant „particulièrement complexe“ lorsque le pouvoir adjudicateur

- n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs (complexité technique) ou
- n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet (complexité juridique ou financière).

La fiche explicative en matière de dialogue compétitif de la Commission européenne impose à cet égard une obligation de diligence à l'égard des pouvoirs publics qui, en dépit de la mise en œuvre de tous les moyens raisonnables, n'ont pas été en mesure de définir les moyens techniques nécessaires ou le montage juridique ou financier adapté.

En ce qui concerne la complexité technique, deux cas de figure peuvent se présenter: le pouvoir adjudicateur peut ne pas être en mesure de spécifier les moyens techniques à utiliser en termes de fonctionnalités ou de performances pour réaliser la solution prescrite, ou bien le pouvoir adjudicateur n'arrive pas à établir, parmi plusieurs solutions possibles, quelle serait la plus idoine à répondre à ses besoins.

Concernant la complexité juridique ou financière, les pouvoirs adjudicateurs peuvent le cas échéant avoir le choix entre plusieurs modèles en fonction de l'envergure du risque économique que les opérateurs économiques seront prêts à accepter ou en fonction d'autres circonstances. Parmi une panoplie de modèles possibles, l'adjudicateur public devra ainsi choisir le modèle le plus approprié pour un marché donné en donnant la préférence à un marché public traditionnel, à une concession ou à un contrat de partenariat avec transfert de risques économiques plus ou moins grand. En poursuivant le but de limiter les coûts le plus possible, le pouvoir public laissera la faculté aux opérateurs économiques de proposer différentes manières de se rémunérer. De telles questions se poseront évidemment le plus souvent pour des projets de partenariat public-privé (PPP).

Le contrat de partenariat permet à une collectivité publique de confier à une entreprise la mission globale de financer, concevoir tout ou partie, construire, maintenir et gérer des ouvrages ou des équipements publics et services concourant aux missions de service public de l'administration, dans un cadre de longue durée et contre un paiement effectué par la personne publique et étalé dans le temps. Il a pour but d'optimiser les performances respectives des secteurs public et privé pour réaliser dans les meilleurs délais les projets qui présentent un caractère d'urgence ou de complexité pour la collectivité: immeubles, écoles, hôpitaux, systèmes informatiques, infrastructures.

L'avantage financier résultera de plusieurs facteurs mais avant tout de la possibilité de pouvoir individualiser la formule de financement externe en considération des exigences spécifiques de chaque projet, en offrant en particulier plus de flexibilité que les conditions uniformes dictées par les contraintes de la loi sur les marchés publics et notamment les cahiers des charges relatifs à l'adjudication publique. En principe, les risques inhérents à un projet d'investissement donné sont répartis dans le cadre d'une formule PPP entre les partenaires publics et privés selon les capacités de maîtrise de chacun.

D'un point de vue macroéconomique, l'expérience anglaise des PPP a montré une économie d'environ 15% pour la construction d'un ouvrage par rapport à la procédure classique d'attribution des marchés publics mais aussi un pourcentage de dépassement de délai de seulement 24% par rapport à 70% auparavant. Par ailleurs, le transfert des risques vers le privé permettra aux finances publiques de réduire sous certaines conditions l'augmentation de la dette publique.

Très souvent, les projets d'infrastructure de transport exigent l'injection de capitaux importants. Afin de ne pas accroître la dette publique en répondant à ces besoins d'investissement, le secteur privé peut assurer, en totalité ou en partie, le financement d'un projet, à condition que l'entente de partenariat repose sur un partage des risques adéquat. En effet, les grands groupes privés ont accès au marché mondial des capitaux et peuvent mobiliser et mettre en œuvre les moyens des principales institutions financières internationales.

Grâce au transfert du financement et de la gestion de services publics à un tiers, la collectivité publique peut alors consacrer ses moyens à d'autres priorités. Cela constitue un facteur essentiel pour le développement économique et social d'une collectivité.

Enfin, la mise en oeuvre d'un partenariat public-privé est aussi l'occasion de moderniser la gestion des infrastructures, en introduisant de nouvelles méthodes de management industriel: comptabilité analytique, contrôle de gestion, politique de marketing, politique d'achats centralisés, systèmes d'information, etc. En outre, les règles de comptabilité publique distinguent le budget d'investissement et le budget de fonctionnement: dans ces conditions, il n'est pas simple de déterminer l'équilibre économique global d'une activité et de son rapport coût/efficacité. Tel n'est pas le cas dans le secteur privé: l'évaluation précise des coûts et des performances permet d'optimiser les investissements en fonction des objectifs.

Les seuils

Les seuils d'application des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE, qui sont repris dans les Livres II et III du présent projet de loi, ont été révisés dans le but d'en simplifier l'application. Dorénavant les seuils sont exprimés uniquement en euros, mais pourront être adaptés, comme par le passé, tous les deux ans par la Commission européenne dans le cadre de révisions périodiques en fonction de la variation de la valeur de l'euro par rapport au droit de tirage spécial. Ces seuils actualisés seront publiés par voie de communication au Mémorial B par les soins du ministre ayant dans ses attributions les travaux publics.

Le champ d'application de la directive spécifique

En ce qui concerne le champ d'application de la directive spécifique 2004/17 (et partant du Livre III du projet de loi), il y a lieu de remarquer que le secteur des télécommunications n'y figure plus. Il a été estimé que depuis l'introduction d'un cadre législatif au niveau communautaire afin d'introduire dans ce secteur une concurrence effective, en droit et en fait, il ne serait plus nécessaire de réglementer les acquisitions de tels services de télécommunications spécialement. En revanche, les activités des secteurs postaux entrent dorénavant dans le champ d'application du Livre III.

*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce peut approuver le projet de loi sous avis dans sa forme actuelle.

Service Central des Imprimés de l'Etat

5655/03

N° 5655³

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2007-2008

PROJET DE LOI

sur les marchés publics

* * *

AVIS DU SYNDICAT DES VILLES ET COMMUNES LUXEMBOURGEOISES

**sur le projet de loi et sur le projet de règlement grand-ducal
portant exécution de la loi sur les marchés publics**

(25.2.2008)

CONSIDERATIONS GENERALES

La législation sur les marchés publics est largement conditionnée par le droit communautaire, ne laissant aux Etats membres qu'une latitude restreinte en matière de réglementation sur les marchés publics étatiques et communaux. Afin de garantir une meilleure prise en compte des intérêts des communes dans le cadre des négociations au niveau de l'Union Européenne, le SYVICOL ne cesse de revendiquer une consultation systématique par le gouvernement dans la phase d'élaboration des normes européennes qui auront un impact sur les communes.

Le projet de loi sous examen entend transposer en droit national la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Les directives ont pour buts essentiels:

- la clarification et la transparence des textes, notamment par une terminologie uniformisée
- la modernisation et la simplification des procédures de passation des marchés
- le recours renforcé aux technologies électroniques
- le renforcement des dimensions sociale et environnementale et la promotion du développement durable.

Les nouvelles directives imposent au pouvoir adjudicateur le respect du traité instituant la communauté européenne, dont les principes de la liberté d'établissement, de la libre circulation des marchandises, de la libre prestation de services et des principes qui en découlent: la non-discrimination, l'égalité de traitement, la reconnaissance mutuelle, la transparence et la proportionnalité.

Le gouvernement profite de l'occasion pour adapter parallèlement la législation à la jurisprudence récente, notamment les dispositions relatives à l'exclusion de la participation aux marchés publics.

A l'instar de la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics, qui sera abrogée dès l'entrée en vigueur de la nouvelle législation, le projet de loi sous examen est divisé en 3 livres. Alors que le livre I regroupe les dispositions générales applicables à tous les marchés publics, le livre II reprend les dispositions communautaires relatives aux marchés publics d'une certaine envergure, le livre III traitant des dispositions communautaires spécifiques aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

Les principales nouveautés des livres I et II sont:

- La transposition des directives en droit national entraîne l'euphémisation de la terminologie nationale: le terme „soumission publique“ sera remplacé par „procédure ouverte“, „soumission restreinte“ deviendra „procédure restreinte“, „marché négocié“ deviendra dorénavant „procédure négociée“.

- Désormais, le pouvoir adjudicateur qui a recours à la procédure négociée et à la procédure restreinte sans publication est obligé de motiver sa décision.
- L'intégration des nouvelles technologies de l'information dans le processus de passation des marchés publics est intensifiée. Rappelons que, dans le cadre du programme eGovernment, le ministère des travaux publics a mis en place un portail électronique des marchés publics permettant à l'ensemble du secteur public de publier des avis d'adjudication et des documents de soumission. Dans une deuxième phase, le gouvernement entend développer cet outil pour permettre la remise et l'ouverture électronique des offres, procédures sensibles qui devront absolument répondre aux exigences de sécurité, de confidentialité, d'intégrité et de transparence.
- En matière de mode d'attribution, outre l'offre au prix le plus bas, le pouvoir adjudicataire peut désormais choisir l'offre économiquement la plus avantageuse sans devoir obligatoirement faire sa sélection parmi les trois offres les moins chères. Il lui appartiendra dès lors de fixer dans le cahier de charges des critères pondérés, liés à l'objet du marché en question, pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.
- La nouvelle réglementation introduit la possibilité de réserver le droit de participation aux procédures de passation de marchés publics aux ateliers protégés, c'est-à-dire aux institutions oeuvrant en faveur des personnes handicapées au sens de l'article L.561 -1 du Code du Travail.

Les directives européennes introduisent un certain nombre de concepts innovants dont celui de **l'accord-cadre**. Il s'agit d'un accord conclu entre le pouvoir adjudicateur et (les) l'entreprise(s) en vue d'établir certaines conditions régissant les marchés (éventuellement) à passer au cours d'une période donnée devant permettre au pouvoir adjudicataire d'attribuer un marché sur base de critères de qualité, de quantité, de prix et/ou de valeur technique. Les accords-cadres peuvent être individuels (conclus avec un opérateur économique) ou multiples (conclus avec au moins 3 opérateurs économiques). Les stipulations contractuelles seront fixées lorsque le marché sera conclu sur l'accord-cadre, en cas d'accord-cadre multiple, elles devront faire l'objet d'une remise en concurrence entre parties.

Le recours à une **centrale d'achat** pourra se faire désormais dans le respect des principes de non-discrimination et d'égalité de traitement. Cette procédure permettra au pouvoir adjudicataire de coordonner des commandes au sein d'une même administration ou de regrouper des achats entre différentes administrations en vue d'élargir la concurrence et d'optimiser le rendement de la commande publique, l'augmentation du volume des quantités achetées devant garantir de meilleures conditions d'achat.

La principale nouveauté du livre II est l'introduction de la procédure du **dialogue compétitif** réservée aux marchés d'une certaine envergure et particulièrement complexes du point de vue technique, juridique et financier. Ce concept permet au pouvoir adjudicateur de négocier les aspects techniques, économiques et juridiques du marché tout en respectant l'égalité de traitement entre participants et sauvegardant la concurrence entre opérateurs économiques. Le recours à la procédure du dialogue compétitif ne peut se faire que sur base du critère d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Le principe du dialogue compétitif ouvre la porte notamment à la mise en oeuvre de partenariats public-privé (PPP) pour réaliser de grands projets d'investissement (immeubles administratifs, écoles, infrastructures de transport, centres culturels, sportifs ou de loisirs ...) comportant un financement complexe et structuré, dont le montage juridico-financier ne peut être prescrit à l'avance. Outre l'accélération de la réalisation des projets, la formule du PPP, impliquant le recours au préfinancement privé, devrait permettre aux autorités publiques de construire plus rapidement, de limiter les coûts et d'amortir leurs frais sur une plus longue période.

Le SYVICOL suit d'ailleurs de près l'évolution du projet lancé par un ensemble de communes en collaboration avec des partenaires privés en vue de la réalisation d'une piscine à caractère régional par le biais du partenariat public-privé.

D'une manière générale, le SYVICOL salue ces différents concepts innovants devant garantir au secteur communal une plus grande flexibilité en matière de passation de marchés et augmentant sensiblement la marge de manoeuvre des pouvoirs adjudicateurs publics.

*

1) PROJET DE LOI

Examen des articles

Article 16 Commission des soumissions

Le SYVICOL tient à réitérer sa revendication que soit accordé au secteur communal, par le biais du SYVICOL, une représentation au sein de la Commission des soumissions. Comme cette commission est censée être composée de représentants des pouvoirs publics et des entreprises, il est légitime d'y inclure un représentant du secteur communal. Le volume considérable des marchés du secteur communal et, partant, son poids dans l'économie du pays, justifient largement cette requête.

Article 18 Clause préférentielle en faveur d'un soumissionnaire local

Cette clause permet à la commune, respectivement à l'établissement public placé sous la surveillance des communes, d'attribuer un marché en dessous du seuil de 20.000 € (HTVA – NI 100) à un concurrent implanté sur le territoire de la commune, à condition que le prix offert ne dépasse pas de plus de 5% celui de l'offre d'un autre concurrent. Le SYVICOL demande à ce que cette dérogation soit élargie aux syndicats de communes en faveur des entreprises résidant dans une des communes membres du syndicat.

Cette requête se justifie d'autant plus que les communes sont de plus en plus incitées à évoluer dans un contexte régional et que le plan sectoriel „zones d'activités économiques“, en phase d'élaboration, prône la promotion de zones intercommunales et régionales.

Article 53 Marchés publics de travaux – règles particulières concernant la réalisation de logements sociaux

Le projet de loi envisage la possibilité de recourir à des règles particulières, à définir par règlement grand-ducal, devant permettre au pouvoir adjudicateur de choisir l'entrepreneur le plus apte pour la réalisation de logements sociaux.

Cette procédure pourrait particulièrement intéresser les communes, notamment dans la perspective du vote du projet de loi promouvant l'habitat et créant un „pacte logement“ avec les communes. Le SYVICOL recommande cependant de revoir la rédaction de l'article 260 du projet de règlement grand-ducal fixant les règles d'exécution de cette procédure spéciale, qui dans sa forme actuelle, manque de clarté.

*

2) PROJET DE REGLEMENT GRAND-DUCAL PORTANT EXECUTION DE LA LOI SUR LES MARCHES PUBLICS

Le texte sous examen modifie le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics en vue l'adapter à la nouvelle législation.

Examen des articles

Article 10 Entreprise générale et sous-traitance

(2) Afin d'éviter toute équivoque, il est suggéré de compléter la définition de la sous-traitance par l'ajout suivant: „Tous travaux que l'adjudicataire ne réalise pas par son propre chef, même s'il est en possession des autorisations afférentes ...“.

(3) Le règlement grand-ducal contraint l'entrepreneur général à joindre à son offre une liste des sous-traitants avec lesquels il a obligatoirement conclu un pré-contrat de sous-traitance. Le règlement devrait préciser la forme et le contenu de ces pré-contrats qui ont actuellement souvent un aspect plutôt rudimentaire,

(6) Pour ce qui est du paiement direct à un sous-traitant, le SYVICOL rend attentif à une incohérence entre les dispositions du présent article et l'article 14 de la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance. Alors que l'art. 10 (6) du règlement grand-ducal sous

examen renvoie à l'art. 14 de la loi mentionnée, celui-ci renvoie quant à lui à la législation sur les marchés publics. Il y a dès lors lieu de préciser une fois pour toutes les formalités de paiement direct à un sous-traitant.

Article 38 Publication de l'avis de marché

A côté de la publication obligatoire des avis par le biais du portail électronique, le règlement grand-ducal sous examen maintient l'obligation pour les pouvoirs adjudicateurs de publier subsidiairement les avis dans la presse imprimée indigène, à l'exception des avis relatifs aux marchés de faible envergure.

Le SYVICOL se demande cependant si, dans l'esprit de la dématérialisation des procédures et, compte tenu de la volonté de mettre les technologies électroniques „sur un pied d'égalité avec le papier“, l'on ne peut pas envisager la publication des avis dans la presse sous une forme condensée avec un renvoi au site Internet, respectivement à la publication au Journal officiel de l'Union Européenne. Cette manière de procéder évitera des doublons évidents et permettra de réaliser des économies d'échelle, sans pour autant entraver les principes de transparence et de publicité.

Article 51.2 Contenu de la soumission

Pour des raisons de transparence et de sécurité juridique, le règlement grand-ducal devrait préciser les pièces à produire par les opérateurs économiques lors de l'ouverture de la soumission, respectivement les pièces à produire ultérieurement et ce sous peine d'exclusion de l'offre,

Article 80 Justification de prix

Le pouvoir adjudicataire est obligé de demander la remise d'une analyse de prix aux soumissionnaires dont les offres sont de plus de quinze pour cent inférieures à la moyenne arithmétique des prix de toutes les offres à l'exception de l'offre la plus chère et de l'offre la moins chère. En revanche, si moins de cinq offres conformes ont été reçues, le pouvoir adjudicataire peut demander une analyse de prix, soit de sa propre initiative, soit sur demande d'un soumissionnaire.

Dans un souci de simplification administrative et de gain de temps, le SYVICOL propose de lever cette obligation dans le chef du pouvoir adjudicataire tout en conférant à celui-ci la possibilité, s'il le juge utile, de demander une analyse de prix.

Article 90 Information

Dans un souci d'allègement des procédures, le SYVICOL approuve l'abrogation de l'obligation d'informer par lettre recommandée l'adjudicataire respectivement ses concurrents. Il donne cependant à considérer que l'information par télécopie proposée dans le présent projet de règlement d'exécution risque d'engendrer une insécurité juridique vu les besoins de la charge de la preuve, notamment en cas d'attribution par le mode de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Article 156 Elaboration des projets de travaux

(4) L'article 106 (10) de la loi conunonale stipule que „les délibérations relatives aux projets de construction, de grosses réparations, de démolition des édifices communaux, sont soumis à l'approbation du ministre de l'Intérieur si le montant en dépasse 250.000 euros, somme qui pourra être relevée par règlement grand-ducal. Les projets comprennent le devis, les plans et les cahiers des charges.“ Le SYVICOL propose de profiter de la présente adaptation du règlement grand-ducal pour revoir à la hausse le seuil en question.

Article 161 Seuils

Le SYVICOL note l'adaptation des seuils à l'évolution des prix à la consommation au 1er septembre 2006 et ce en conformité avec les dispositions de l'article 161 de la loi sur les marchés publics. Il échet cependant de procéder à une nouvelle actualisation au vu de l'évolution récente des indices,

Article 260 Logements sociaux – règles particulières

Il y a lieu de se référer au commentaire des articles de la loi sur les marchés publics. (art. 53)

*

CONCLUSIONS

Sous réserve de la prise en compte des remarques qui précèdent, le SYVICOL accueille favorablement le présent projet de loi et son règlement d'exécution et souscrit aux instruments innovants devant offrir au secteur communal davantage de flexibilité en matière de passation de marchés publics, Il échet cependant, dans un premier temps, d'appliquer ces nouveaux concepts au quotidien avant de les évaluer et, le cas échéant, de les adapter aux besoins d'une administration publique moderne.

Devant la complexité de cette législation techniquement pointue et le nombre considérable d'instruments innovants, le SYVICOL insiste sur la nécessité d'une information et formation adéquate du personnel communal et des élus par le biais d'une circulaire ministérielle, de cours de formation (INAP) ou par le biais de séances d'information à l'organisation desquelles le SYVICOL prêtera volontiers son concours.

Luxembourg, le 25 février 2008

Service Central des Imprimés de l'Etat

5655/05

N° 5655⁵**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI**sur les marchés publics**

* * *

AVIS DU CONSEIL SUPERIEUR DES PERSONNES HANDICAPEES

(22.9.2008)

REMARQUES PRELIMINAIRES

La transposition des Directives 2004/17/EC du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et 2004/18/EC du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services affecte directement la vie quotidienne des citoyens. Les procédures de sélection des Marchés Publics peuvent considérablement contribuer à ce que l'argent des contribuables soit dépensé de sorte à garantir la meilleure relation qualité/prix tout en respectant les principes de l'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence.

Les Directives révisées sur les Marchés Publics permettent aux pouvoirs adjudicateurs de prendre en considération des critères sociaux et des critères d'accessibilité. Dans cet ordre d'idées, les Directives peuvent avoir une influence positive sur l'inclusion et l'emploi de personnes handicapées et de chômeurs.

En effet, les règles applicables aux marchés publics touchent – entre autres – les transports publics, les travaux d'infrastructure, l'environnement architectural, l'urbanisme, les services publics (écoles, hôpitaux, ministères, etc.), les services de restauration, les équipements (ordinateurs, mobilier, accessoires etc.) dans les bureaux des services publics, l'approvisionnement en eau, le traitement des déchets en tenant compte les critères d'accessibilité.

Le projet de loi porte sur les dépenses de l'Etat vis-à-vis des opérateurs et grâce à une transposition prévoyante de ces Directives le législateur peut considérablement favoriser l'accès aux biens accessibles à des prix raisonnables.

*

ANALYSE DU PROJET DE LOI

La lecture du projet de loi révèle que l'importance de la protection de l'environnement et du développement durable sont bien repris dans le texte principal, tandis que les possibilités de prise en compte de critères sociaux respectivement de critères d'accessibilité sont plutôt mentionnées dans le projet de règlement d'exécution.

Le Conseil Supérieur des Personnes Handicapées aurait souhaité retrouver dans le projet de loi, respectivement le projet de règlement grand-ducal, une référence à la législation relative à l'accessibilité des lieux ouverts au public.

Le CSPH constate avec satisfaction que le projet de loi stipule que la procédure de l'offre économiquement la plus avantageuse permet au pouvoir adjudicateur de ne plus devoir limiter son choix aux trois offres avec les prix les plus bas.

Les critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou la conception pour tous peuvent faire partie des spécifications techniques requises et peuvent ainsi constituer des critères décisifs au moment de l'adjudication du marché.

Au moment de l'appel d'offres, les autorités publiques peuvent décider d'imposer des conditions d'exécution du contrat à l'entreprise qui prend part à l'appel d'offres. Le projet de règlement d'exécution fait dans ce contexte référence aux critères sociaux et aux critères d'accessibilité. En référence aux critères sociaux, l'autorité publique pourrait, par exemple, exiger de l'opérateur d'apporter la preuve qu'il est conforme à la législation relative au recrutement de travailleurs handicapés.

Le projet de règlement grand-ducal permet au pouvoir adjudicateur de définir des capacités particulières: il peut donc déterminer des critères de sélection relatifs à l'expertise technique et/ou professionnelle des fournisseurs en matière d'accessibilité pour les personnes handicapées ou de conception pour tous les utilisateurs et exclure les fournisseurs non qualifiés pour le travail.

Dans le cas de marchés publics portant sur la conception et la construction d'un ensemble de logements sociaux, le projet de loi impose une stricte collaboration avec des experts et l'entrepreneur qui aura la charge d'exécuter les travaux. Au vu des difficultés rencontrées par les personnes handicapées pour trouver des logements accessibles, le terme d'expert, qui n'est pas défini dans le projet de loi, devrait inclure l'expertise en accessibilité.

Les conditions de réalisation du marché font partie de l'appel d'offres, et par la suite du contrat, mais ni le projet de loi, ni le projet de règlement grand-ducal ne préconisent la prise en compte de l'accessibilité pour les personnes handicapées ou de la conception pour tous les utilisateurs comme obligations d'exécution et de réalisation du contrat.

La loi prévoit la possibilité de réserver le droit de participation aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés, et cela non seulement pour les marchés dépassant le seuil prévu par les directives, mais également pour les marchés de moindre envergure. Le Conseil Supérieur des Personnes Handicapées approuve l'introduction de cette disposition et encourage les pouvoirs adjudicateurs d'y avoir recours pour autant que possible.

Le projet de loi mentionne que tous les moyens électroniques de communication et documents utilisés pendant la procédure doivent être accessibles afin de ne pas désavantager les fournisseurs qui emploient des personnes handicapées, mais les détails font défaut. Par contre, le format et les modalités de transmission accessibles des avis par voie électronique peuvent être consultés à l'adresse Internet: <http://www.marches.public.lu>. Le site Internet indiqué propose des formulaires standardisés pour la publication des appels et la question si un marché est réservé aux ateliers protégés y est expressément reprise.

Sur le même site Internet, les opérateurs techniques peuvent télécharger des cahiers des charges standardisés et le CSPH est d'avis que le projet de loi devrait souligner, en référence au vieillissement de la population et aux changements démographiques, l'importance de l'inclusion de critères d'accessibilité et de conception pour tous les utilisateurs dans ces documents standardisés.

*

CONCLUSION

Le CSPH constate avec satisfaction que les principes de l'accessibilité pour les personnes handicapées ou la conception pour tous les utilisateurs sont repris dans le projet de règlement grand-ducal, mais – au vu du développement démographique en cours – le projet de loi sur les marchés publics aurait pu constituer un pas beaucoup plus conséquent vers la mise en place d'infrastructures et de services qui tiennent compte de la diversité croissante des citoyens.

L'introduction d'une obligation généralisée d'exiger, en contrepartie de l'argent des contribuables, des biens et des services répondant aux critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou la conception pour tous les utilisateurs, obligerait les opérateurs à acquérir l'expertise et les connaissances nécessaires, et la standardisation qui en résulterait réduirait les prix des fournitures.

Le 22 septembre 2008

5655/04

N° 5655⁴

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI**sur les marchés publics**

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE D'AGRICULTURE**DEPECHE DU SECRETAIRE GENERAL DE LA CHAMBRE D'AGRICULTURE
AU MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS**

(24.9.2008)

Monsieur le Ministre,

La Chambre d'Agriculture prend la respectueuse liberté de formuler un avis sur le projet de loi sur les marchés publics. Si la Chambre d'Agriculture avait été saisie pour avis sur le texte qui est devenu la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics, tel n'a pas été le cas pour le projet sous rubrique.

*

1. INTRODUCTION

La Chambre d'Agriculture accorde dans ce cadre une importance primordiale au service public de restauration collective. Elle a dû constater que la législation actuellement existante a mené à des pressions considérables sur les prix des aliments utilisés dans la restauration collective, ce qui a mené à l'utilisation de produits alimentaires de qualité réduite et ne répondant pas aux critères de qualité qu'attend notre société actuellement.

C'est pourquoi, la Chambre d'Agriculture est d'avis que la législation devrait être remaniée de telle façon à ce que l'élément prix ne soit pas le seul facteur de décision en ce qui concerne la mise en oeuvre de la restauration collective publique, mais que des facteurs de qualité soient primordiaux dans le choix des aliments.

L'évolution du mode de vie et de travail a eu des répercussions considérables sur l'alimentation de notre population: de plus en plus de repas sont pris en dehors du foyer familial. Dans ce contexte, la restauration collective publique a pris une place importante dans l'alimentation.

C'est ainsi qu'à côté des hôpitaux et des établissements pour personnes âgées, il y a eu une multiplication du nombre de cantines scolaires et d'autres lieux, où des repas sont distribués sous la responsabilité du secteur public.

Certes, l'Etat a toujours eu une certaine responsabilité dans le cadre de l'alimentation. Cependant, cette responsabilité se limitait à l'assurance de standards hygiéniques et sanitaires. A côté de cet aspect de la sécurité alimentaire, l'Etat n'a point pris de responsabilité directe ni en ce qui concerne l'aspect nutritionnel ni en ce qui concerne l'aspect des méthodes de production et de transformation des produits alimentaires.

Or, en organisant lui-même un nombre croissant de services de restauration collective, l'Etat doit prendre plus directement sa responsabilité surtout qu'il s'adresse à des catégories de la population qui sont très sensibles à une alimentation saine et équilibrée, notamment les jeunes dans les écoles, les malades dans les hôpitaux et les personnes âgées dans les maisons de retraite.

Un autre aspect qui devra être pris en considération lors de la détermination du choix des aliments a trait à l'origine des produits, le mode de production et de transformation accompagné de la traçabilité

qui permet de retracer le produit final jusqu'au producteur primaire et qui garantit les méthodes de production et de transformation.

Les crises alimentaires récentes ont fait ressortir que le consommateur final attache une importance primordiale à ces aspects. C'est ainsi que les notions de qualité et de sécurité alimentaire ne se limitent plus au produit final en tant que tel, mais s'y ajoutent en plus la nécessité d'assurer les méthodes de production compatibles avec l'environnement naturel ainsi qu'une traçabilité parfaite des produits.

Pour les consommateurs dont il est question, l'Etat doit garantir la qualité de l'information qui leur est due, leur donner confiance dans la qualité des produits et choisir pour eux en toute connaissance de cause. L'Etat en tant qu'acheteur des produits alimentaires constitue ainsi un maillon de la chaîne alimentaire et doit porter sa responsabilité comme tous les autres intervenants.

Au niveau de la production de produits alimentaires, l'Etat a d'ailleurs pris sa responsabilité dans le cadre de la loi agraire qui encourage rigoureusement une production de produits alimentaires permettant de garantir le caractère durable du processus de production dans son entièreté. Cette loi est innovante dans le sens qu'elle ne prend plus simplement en considération le seul aspect de la production de produits agricoles, mais qu'elle tient compte également des aspects liés au développement durable.

La quasi-totalité des produits agricoles de l'agriculture luxembourgeoise répondent ainsi à des critères de production spécifiques en accord avec les exigences du consommateur.

En plus, l'Etat s'est engagé également dans le domaine de l'étiquetage et de la traçabilité pour fournir des assurances aux consommateurs en obligeant les producteurs à respecter différentes conditions.

A titre d'exemples, prenons les principaux produits de notre agriculture à savoir, la production laitière, la production de viande bovine et la production de viande porcine.

L'industrie laitière luxembourgeoise s'efforce quotidiennement de garantir le maintien du prix de lait tant au profit de ses clients qu'envers les producteurs.

En effet, eu égard à ce qui a été décrit sommairement ci-avant, il existe une obligation, une éthique ainsi qu'une responsabilité sociale et morale dans le chef du pouvoir adjudicateur de veiller à travailler effectivement et davantage avec des fournisseurs/producteurs nationaux garantissant une plus-value au plan macroéconomique par le biais d'un concept global dans les domaines des préoccupations nationales d'ordre:

- sociales,
- de l'économie verte,
- de la recherche et du développement,
- du soutien durable et de l'investissement,

permettant de ce fait de garantir un accès à tous les acteurs de la société civile à des denrées alimentaires à haute valeur ajoutée sans toutefois hypothéquer l'avenir de nos enfants au plan environnemental.

S'y ajoute des campagnes s'alignant dans les efforts du Gouvernement quant à garantir des aliments sains pour la population.

Que ce soit pour les consommateurs finaux tombant sous le pouvoir adjudicateur en matière d'approvisionnement où dans l'intérêt général d'une nutrition saine, nos produits laitiers garantissent une fraîcheur et une hygiène alimentaire sans faille, ceci depuis l'étable jusqu'à la table du consommateur, le tout en garantissant une traçabilité en matière de HACCP et une transparence commerciale.

Au sujet du bilan écologique bon nombre de réflexions ont été menées et d'importants investissements ont été faits afin de prendre en compte – dans le cadre de la nouvelle laiterie – les retombées éventuelles de la production sur l'environnement.

Rechercher des systèmes et procédures de fabrication durables les moins nuisibles pour l'environnement est un des piliers de son engagement dans le contexte d'amélioration des procédures de fabrication par rapport à l'environnement. Ne citons que ses efforts – toujours dans le contexte du bilan écologique:

- la réduction de la consommation d'énergie,
- la réduction de la consommation d'eau potable,
- la possibilité de rouler, resp. faire fonctionner leurs camions avec du biocarburant.

Ces réflexions s'étendent du bon choix des matières premières, ceci dès l'achat jusqu'à la réduction voire l'élimination des déchets, voire la possibilité de recyclage de ces déchets.

Les réflexions actuelles portent également sur le volet du transport. Les logisticiens sont penchés sur l'objectif d'une amélioration des transports envers les clients, resp. consommateurs finaux. Il en est de même – dans le contexte de la responsabilité sociale et environnementale – de veiller à une plus grande efficacité de transport des fournisseurs, ce qui revient à garantir des avantages environnementaux moyennant des chemins de transport courts.

Ces engagements fermes au niveau de la production laitière font partie intégrante des efforts d'amélioration des processus de fabrication durables.

Eu égard à ces réflexions, le fait de réduire, voire empêcher les impacts négatifs sur l'environnement doit également jouer un rôle au niveau des critères à prendre en considération lors du choix des producteurs par le pouvoir adjudicateur. Du côté des consommateurs, que se soit au niveau du client final ou du commerçant, l'aspect environnemental devient de plus en plus une question non plus de luxe mais la preuve de l'engagement social et durable de leur fournisseur voire producteur de denrées alimentaires.

En ce qui concerne la viande bovine luxembourgeoise, celle-ci est commercialisée sous différents labels, qui répondent tous au règlement grand-ducal du 18 octobre 2000 portant modalités d'application du règlement (CE) No 1760/2000 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juillet 2000 en ce qui concerne l'étiquetage de la viande bovine et des produits à base de viande bovine. Ce système d'étiquetage obligatoire a pour objet d'instaurer la transparence des conditions de production et de commercialisation de la viande bovine, notamment en matière de traçabilité. Dans ce cadre, les informations sont fournies au consommateur par un étiquetage adéquat et clair du produit qui évite ainsi de le tromper.

En ce qui concerne la viande porcine commercialisée sous le label Marque Nationale, label appartenant à l'Etat, celle-ci doit avoir été produite selon un cahier des charges défini par règlement grand-ducal. Ce cahier des charges règle les conditions de production. Ces conditions ont trait à la santé humaine (interdiction d'incorporer des antibiotiques à la ration d'aliments), au bien-être des animaux (éclairage des porcheries, élevage extensif) et à la qualité intrinsèque du produit final. Au niveau européen, la viande porcine sous label marque nationale est classée comme indication géographique protégée.

Ces trois exemples ont pour objet de démontrer que le pouvoir législatif intervient au niveau des méthodes de production, de traçabilité et de contrôle pour garantir au consommateur un produit qui répond à ses attentes.

Le législateur luxembourgeois s'exprime par l'intermédiaire d'actes importants (loi agraire, hearing au sujet du plan national pour un développement durable, hearing public concernant la politique agricole et la sécurité alimentaire) pour une agriculture productrice d'aliments sains obtenus par des méthodes de production compatibles avec des exigences élevées en matière de l'environnement naturel et du bien-être des animaux parce que notre société le veut ainsi.

Par contre, le même législateur en tant qu'intervenant direct dans la chaîne alimentaire, comme acheteur de produits alimentaires respectivement comme organisateur de restauration collective publique a jusqu'à présent uniquement considéré le facteur prix comme déterminant de l'achat de produits alimentaires.

La Chambre d'Agriculture est d'avis que l'Etat doit considérer bien d'autres facteurs au niveau de l'achat de ses fournitures alimentaires.

Il faudra dès lors intégrer des critères prévoyant l'obligation pour les décideurs de veiller à des aspects et problèmes liés à l'environnement, à la promotion du développement durable et à la responsabilité sociale des entreprises.

Si notre société exige des produits alimentaires tels que définis dans l'exemple cité ci-avant au sujet de la viande de porc et que l'Etat encourage cette production par des actes législatifs et réglementaires, peut-on concevoir que par d'autres actes législatifs, le même Etat en tant qu'acheteur se tourne vers des pièces de viande issus d'animaux qui ont peut être transité par notre pays dans des conditions très douteuses? Devant cet état de fait, le consommateur n'a-t-il pas le droit d'exiger des informations quant aux méthodes de production?

Au cas où l'Etat porte son choix uniquement en fonction du seul facteur prix tout en négligeant tout autre critère, il agit de façon hypocrite car d'une part il mène une politique de sensibilisation pour une agriculture durable et d'autre part, il se comporte de façon tout à fait contraire.

Si le consommateur en tant que contribuable est soucieux de la gestion judicieuse des deniers publics, il exprime aujourd'hui autant de souhaits quant à la qualité des produits alimentaires qu'il consomme que ce soit au niveau qualité intrinsèque du produit, qualité hygiénique et sanitaire et aspects de développement durable. Dans ce contexte, la Chambre d'Agriculture se pose également la question, si l'Etat ne doit pas revoir à la hausse le budget mis à disposition pour la restauration collective publique pour nourrir les usagers.

La Chambre d'Agriculture a formulé ces quelques réflexions pour attirer l'attention du législateur sur le fait que lors de l'achat de produits alimentaires, le consommateur favorise tel ou tel type de production et de transformation. Si pour une raison de prix, il porte son choix sur des produits de masse, il faut savoir que dans ce cas, il agit contre une agriculture proche de la nature et pour une agriculture de type industrielle.

L'Etat luxembourgeois, en s'exprimant très clairement pour une agriculture mettant en oeuvre des méthodes de production respectant les exigences de l'environnement naturel doit montrer justement l'exemple en tant qu'acheteur de produits alimentaires et favoriser ce même type de production pour lequel il mène une politique active, en tenant compte, dans le cadre de la législation sous avis, des aspects que l'on pourrait rassembler dans les termes d'une politique de consommation durable ou responsable.

*

2. ANALYSE DU TEXTE

L'analyse du présent projet de loi porte essentiellement sur le texte du livre I – Dispositions générales et nous tenons à nous concentrer sur **la procédure restreinte sans publication d'avis** et **la procédure négociée** qui font l'objet du titre III „Procédures“.

Ad Article 8:

Lecture et analyse faites de l'article 8 dudit projet de loi, le pouvoir adjudicateur pourrait passer par une procédure négociée et/ou une procédure restreinte sans publication d'avis par:

- un arrêté du ministre du ressort (administrations, services de l'Etat)
 - une décision du collège des bourgmestre et échevins (décisions pouvant être faites par les communes)
 - une décision de l'organe habilité à engager les décideurs (tout autre organe de l'Etat),
- et ceci avec effet immédiat, ou du moins après le vote de la loi en question.

Dans les hypothèses sous lesquelles un pouvoir adjudicateur peut recourir à la procédure négociée ou à la procédure restreinte sans publication d'avis, il y a lieu de tenir compte des argumentations suivantes:

En ce qui concerne le Point i: prix soustraits au jeu normal de la concurrence

Sur notre propre marché national notre industrie agroalimentaire est confrontée avec des fournisseurs étrangers ne devant pas forcément appliquer les mêmes dispositions légales, telle que:

- adaption des salaires au coût de la vie,
- augmentation des salaires minima.

Ces fournisseurs ne cherchent qu'à accroître leur part du marché au Luxembourg en appliquant des prix dumping alors que le secteur agroalimentaire national doit respecter toutes les obligations légales et administratives, ceci au point de vue du:

- droit de travail,
- droit social,
- droit fiscal et environnemental.

En ce qui concerne le Point j: sécurité du personnel engagé est directement menacée

Nul besoin de préciser les consignes et directives qui sont respectées méticuleusement au plan HACCP au sein de notre industrie laitière par exemple, voire même les investissements réalisés par

elle sur base volontaire dans la perspective d'un renforcement des critères de sécurité alimentaire dans l'intérêt d'une nutrition saine de notre population.

Cette sorte de charte des valeurs ou encore qualifiable de code déontologique de sa part relative au maintien de la santé de notre population engendre nécessairement des frais supplémentaires du simple fait de ne pas travailler, voire même de refuser de travailler avec des colorants et stabilisateurs artificiels. Il est sous-entendu qu'en employant ces ajouts ils arriveraient à produire plus économiquement.

En ce qui concerne le Point k: standardisation des matériels, services occasionnés par le déplacement, acquisition de denrées alimentaires périssables lors de séjours à l'étranger

Outre ce qui vient d'être décrit ci-dessus, il faut peut-être rappeler le fait que notre secteur agro-alimentaire a déjà fait par le passé ses preuves au niveau tant de la standardisation que de la sécurité alimentaire des produits. Rappelons à ces fins l'agrément reçu dans le passé de l'armée américaine pour la laiterie Luxlait. Non seulement la valeur nutritive de leurs produits naturels est garantie, mais en outre la faible distance de livraison garantit une fraîcheur sans pareille, sans oublier la traçabilité des produits dès les premières procédures de fabrication.

De ces réflexions se dégage une quasi-obligation pour le pouvoir adjudicateur d'intégrer les remarques, resp. propositions suivantes dans le texte légal.

Ad Article 13:

Rajouter au niveau des opérateurs à exclure, les sociétés qui – même ayant leur établissement principal à l'étranger – ont été condamnées pour non-respect et/ou violation des dispositions légales en matière:

- de droit de travail,
- droit social,
- droit fiscal,
- d'environnement.

Ad Article 18:

Lecture faite de l'article 18 dudit projet de loi, le collège des bourgmestre et échevins peut attribuer un marché à un soumissionnaire local (donc dans la commune) si:

- la valeur du marché ne dépasse pas la somme de € 20.000 (v.i. 100 au 1.1.1948) et sous condition que le prix offert par le concurrent ne dépasse pas de 5 p.c. l'offre de prix le plus bas.

La Chambre d'Agriculture propose de remplacer la limite de 5 p.c par celle de 20 p.c.

*

3. CONCLUSION

En guise de conclusion, il importe à ce qu'également le pouvoir adjudicateur luxembourgeois achète davantage de produits de notre agriculture de sorte à soutenir ainsi tous les efforts et effets décrits ci-avant, de même à assurer une réelle chance de survie aux producteurs de lait luxembourgeois.

Dans l'espoir que vous pourrez tenir compte de nos remarques et suggestions, nous vous prions de croire, Monsieur le Ministre, à l'expression de notre plus haute considération.

Le Secrétaire général,
Robert LEY

Service Central des Imprimés de l'Etat

5655/06

N° 5655⁶

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI**sur les marchés publics**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(31.3.2009)

Par dépêche du 12 décembre 2006, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, qui fut élaboré par le ministre des Travaux publics. La lettre de saisine était accompagnée du texte du projet de loi, d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, du texte des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE ainsi que du texte de deux directives rectificatives 2005/51/CE et 2005/75/CE.

Quant aux avis des chambres professionnelles compétentes, ceux de la Chambre des métiers et de la Chambre de commerce furent transmis au Conseil d'Etat par lettres des 19 septembre 2007 et 6 mars 2008 respectivement. L'avis du Syndicat des villes et communes luxembourgeoises (SYVICOL) lui fut transmis par dépêche du 2 avril 2008.

Finally, l'avis de la Chambre d'agriculture lui a été communiqué par dépêche du 22 octobre 2008 et celui du Conseil supérieur des personnes handicapées par celle du 13 novembre 2008.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi a pour objet de transposer dans le droit national quatre directives communautaires: la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux; la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ainsi que la directive 2005/51/CE de la Commission du 7 septembre 2005 qui modifie l'annexe XX de la directive 2004/17/CE et l'annexe VIII de la directive 2004/18/CE, ainsi que la directive 2005/75/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2005 rectifiant la directive 2004/18/CE.

Toutefois, les auteurs du projet de loi sous avis annoncent dès à présent que la faculté offerte par la directive 2004/18/CE en ce qui concerne l'introduction du régime des enchères électroniques et des systèmes d'acquisition dynamique, bien que retenue par le projet de loi, ne sera pas immédiatement mise en pratique par voie de règlement grand-ducal, de façon à permettre de tirer les leçons du recours de plus en plus répandu aux moyens électroniques dans les procédures que parcourt la conclusion des marchés publics.

D'un point de vue formel, le texte sous examen remplacera, après l'avoir abrogée, la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics. S'il peut paraître surprenant qu'une loi aussi récente que celle de 2003 qui a modifié de fond en comble la législation sur les marchés publics disparaisse après 6 années d'existence, le Conseil d'Etat peut néanmoins se déclarer d'accord avec cette visée. En effet, la disparition de l'ancienne loi et son remplacement intégral par une nouvelle loi maintiendront la cohérence interne de la législation sur les marchés publics; les personnes qui auront à manier et à appliquer cette législation se reporteront à un seul texte, sans être obligées de procéder à la collation fastidieuse de deux textes séparés et à leur coordination, avantage qui se fera sentir notamment du côté des petites et moyennes entreprises qui ne disposent d'ordinaire pas d'un service juridique outillé pour les guider à travers le dédale des textes légaux.

Comme le relèvent les auteurs du projet de loi sous examen, le Livre I traite des dispositions générales applicables à tous les marchés publics sauf les exceptions prévues par le Livre II à l'égard des marchés publics d'une certaine importance. Cet échafaudage logique est perturbé par le Livre III qui apporte des exceptions supplémentaires en sortant du régime commun les marchés publics concernant des pans entiers de l'économie (eau, énergie, transports et services postaux) qui se voient appliquer un dictionnaire différent de définitions et qui suivent des procédures particulières. Le Conseil d'Etat estime cependant que le plan développé par les auteurs du projet de loi préserve une ligne droite qui évite au lecteur de sombrer dans l'incompréhension complète d'une matière indigeste.

Le Conseil d'Etat relève une explication surprenante dans l'exposé des motifs¹ au sujet des visées des deux directives à transposer. En effet, il y aurait nécessité à adapter les procédures des marchés publics „aux besoins réels, ces procédures traditionnelles étant souvent jugées comme trop rigides par rapport aux réalités de l'achat public“. Les procédures traditionnelles avaient pourtant été mises en place par les autorités nationales des Etats membres dont chacune agissait dans le cadre constitutionnel qui lui était tracé et dont chacune tenait compte des intérêts divergents en jeu. Le cadre communautaire aurait-il fait disparaître par un coup de baguette magique ces contraintes et ces divergences? Les Etats n'auraient-ils pas compris, pendant les décennies voire les siècles ayant précédé les directives de 2004 dans le domaine des marchés publics, l'intérêt général qu'ils avaient à défendre et à faire prévaloir? Et enfin, si un texte légal de 2003 basé lui-même sur des directives communautaires est jugé maintenant comme faisant peser sur l'économie des „procédures traditionnelles“ „jugées comme trop rigides par rapport aux réalités“, à qui en incombe la responsabilité?

Les emprunts et les contrats d'assurance à conclure par les communes et les établissements publics, s'ils atteignent l'envergure des marchés visés par la future loi, doivent donc faire l'objet d'une procédure de marché public et sont attribués au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Puisqu'il sera difficile de déterminer dans ces matières des critères qui permettraient d'éviter l'offre proposant le prix le plus bas, lesdites entités devront changer d'habitudes. En effet, beaucoup d'entre elles ont jugé jusqu'ici qu'il était rationnel d'un point de vue économique et sage d'un point de vue politique d'entretenir des relations privilégiées avec une banque de leur choix et d'obtenir ainsi le bénéfice du régime de client bien considéré. Le Conseil d'Etat doute qu'elles gagnent au change.

Une dernière observation s'impose avant l'examen détaillé des articles. Le changement terminologique qu'apporte le projet de loi – en remplaçant les termes „soumission“ et „marché“ par celui de „procédures“ – ne doit pas, c'est ce qu'espère le Conseil d'Etat, annoncer un renforcement de la mentalité procédurière qui voit la procédure des marchés publics aboutir à une procédure judiciaire, et non pas à la conclusion d'un contrat de fourniture de matériel ou de services.

Le Conseil d'Etat rend attentif aux modifications de la loi précitée de 2003 sur les marchés publics prévues dans le contexte du projet de loi *No 6010* qui a fait l'objet de son avis émis en date de ce jour. Dans la mesure où les auteurs entendent reprendre les mesures prévues par lesdites modifications dans le contexte du présent projet de loi, le Conseil d'Etat admet qu'il sera saisi des amendements utiles.

*

¹ *Doc. parl. No 5655*, page 6, deuxième alinéa de la section „Adaptations des procédures de passation des marchés publics“.

EXAMEN DES ARTICLES

LIVRE I

Article 1er

Cet article reste inchangé par rapport à la loi de 2003, et ne suscite donc pas d'observation.

Article 2

Le seul changement qu'apporte cet article par rapport à son pendant de la loi de 2003, c'est que la définition du „pouvoir adjudicateur“ qu'il donne ne s'applique dorénavant plus au Livre III qui fournit à l'article 56 du projet sous examen une définition spécifique de cette notion dont la portée reste limitée au contexte exceptionnel du Livre III.

Article 3

Les modifications introduites au regard des Nos 1 à 5 n'appellent pas d'observation, sauf que le Conseil d'Etat suggère de donner à la définition de l'„ouvrage“ cachée maintenant dans la phrase finale du No 1.b) une place plus en vue dans un numéro spécifique (nouveau No 10).

Les Nos 6 et 7 contiennent des définitions nouvelles par rapport à la loi de 2003, en ce qu'elles se réfèrent à des processus nouvellement introduits par des directives à transposer.

Le No 8 définit les termes d'„entrepreneur“, de „fournisseur“ et de „prestataire de services“ que la loi de 2003 avait utilisés couramment sans sentir le besoin d'en fournir une définition.

Le No 9 apporte une définition nouvelle, suite aux innovations introduites par les directives à transposer.

Le No 10, de a) à d), reprend le contenu des définitions des trois tirets de l'ancien article 3, No 12, en remplaçant les termes à définir „soumission publique“ par „procédure ouverte“, „soumission restreinte“ par „procédure restreinte“, „soumission restreinte sans publication d'avis“ par „procédure restreinte sans publication d'avis“, „soumission restreinte avec publication d'avis“ par „procédure restreinte avec publication d'avis“.

Le même No 10, sous e), introduit la notion nouvelle de „dialogue compétitif“; cette définition reste malheureusement particulièrement opaque, puisqu'elle ne permet pas de résoudre la question de savoir si le „dialogue“ entre le pouvoir adjudicateur et les candidats se déroule face à face avec chaque candidat, ou face à l'ensemble de tous les candidats. Le considérant No 31 de la directive 2004/18/CE se borne à mentionner que face au „besoin des pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat“, il faut sauvegarder aussi la „concurrence entre opérateurs économiques“. Quant à savoir comment ces deux exigences seront satisfaites simultanément, la directive reste muette, et le projet de loi n'est pas plus explicite en la matière. Au deuxième alinéa du même No 10, e), le Conseil d'Etat suggère de lire „la procédure visée au premier alinéa du présent numéro ...“ au lieu de simplement „... au premier alinéa ...“.

Les Nos 12 à 14 ajoutent des définitions nouvelles à la liste. Parce que le No 12 reprend fidèlement la définition donnée par l'article 1er, No 13, de la directive 2004/17/CE, il s'enferme dans la même imprécision; définir une notion comme „moyen électronique“ grâce au recours du terme „moyen“ n'aboutit pas à une définition.

Article 4

Au quatrième alinéa, il y a lieu de lire „...concernant leurs offres ...“ au lieu de „... concernant leurs dossiers ...“ ou, pour respecter de plus près encore la définition donnée à l'article 3, No 8, troisième alinéa, „... concernant leur soumission ...“.

Article 5

En dehors de quelques adaptations terminologiques au paragraphe 1er qui reprend la substance de l'ancien article 5, les deux nouveaux paragraphes introduisent le régime des accords-cadres, tout en renvoyant à un règlement grand-ducal ultérieur auquel il appartiendra de fixer les règles que devront respecter les pouvoirs adjudicateurs qui entendent avoir recours à ce mode de conclusion d'un marché public.

Article 6

Le texte de cet article reprend celui de l'ancien article 6, avec quelques adaptations terminologiques rendues nécessaires à cause des nouvelles définitions de certaines notions.

Article 7

Le Conseil d'Etat suggère que le texte reste au plus près des définitions données par l'article 3. Il faudrait lire par conséquent à l'alinéa 1 „... lorsqu'il s'agit d'un marché public de travaux ...“ au lieu de „... d'un marché de travaux ...“.

Alors que l'alinéa 1 fixe à 125.000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948, le seuil inférieur au-dessus duquel la procédure restreinte avec publication d'avis peut être appliquée à un marché public de travaux, l'alinéa 4 de l'article sous examen fixe le seuil supérieur à partir duquel le recours à cette procédure n'est plus possible. Cette dernière fixation se fait par référence à l'article 21, dont les montants ne sont pas raccordés à la valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948. Si le seuil inférieur est adaptable moyennant application d'une formule de glissement, le même principe devrait valoir pour le seuil supérieur.

Article 8

Si cet article reproduit en substance le texte de l'ancien article 8 avec les adaptations rendues nécessaires par les changements dans la terminologie des définitions, le Conseil d'Etat relève cependant certaines formules qui devraient être précisées:

- au paragraphe 1er, a), alinéa 2, le texte introduit la notion de „opération“ qui n'est ni précisée, ni définie dans l'ensemble du texte du projet de loi;
- au paragraphe 1er, g), le texte mentionne un „projet initialement envisagé“ alors qu'il faudrait dire „projet qui a fait l'objet du marché public initialement conclu“ ou „adjugé“; dans ce même passage de texte, les „circonstances imprévues“ qui rendent nécessaire la conclusion d'un marché complémentaire laissent le champ libre à l'arbitraire du pouvoir adjudicateur – aussi le Conseil d'Etat suggère-t-il de dire „circonstances imprévisibles“, formule qui mettrait à la charge du pouvoir adjudicateur la preuve de l'imprévisibilité des circonstances supposées justifier le marché complémentaire; afin d'apporter au texte toute la clarté requise, il faudrait que soit précisé le passage „... tel qu'il y est décrit ...“ qui laisse subsister le doute quant au document visé: s'agit-il du contrat initial, ou du projet initial qui est visé?

Les marchés publics relevant du domaine de la sécurité sont couverts par le texte des lettres j) et k), ainsi que par le paragraphe 2, a) (Armée, Police, Douane). Le Conseil d'Etat croit comprendre que le volet particulièrement sensible de la sûreté intérieure et extérieure est couvert quant à lui par le paragraphe 2, d).

Article 9

L'article reproduit le texte de l'ancien article 9.

Article 10

La notion d'„entreprise générale“ fait sa première apparition au paragraphe 1er. Il faut soit la définir sous l'article 3, soit fournir la référence du texte législatif où elle a été définie. La seule tentative de définition se trouve, à la connaissance du Conseil d'Etat, à l'article 10 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics. Et encore ne s'agit-il que d'une définition indirecte.

Le texte du paragraphe 1er n'est pas suffisamment précis aux yeux du Conseil d'Etat qui recommande la formule suivante: „Les pouvoirs adjudicateurs qui acquièrent des travaux, des fournitures ou des services en recourant à une centrale d'achat qui applique l'une des procédures visées par l'article 3, No 10, sont considérés comme ayant respecté les dispositions du Livre II de la présente loi, pour autant que cette centrale d'achat les ait respectées.“

Article 11

Le Conseil d'Etat n'est pas d'accord à ce que la définition de la notion „offre économiquement la plus avantageuse“ soit simplement abandonnée à un règlement grand-ducal. Puisque cette notion est appelée à prendre une place centrale dans le fonctionnement du régime légal des marchés publics – elle

est placée dorénavant au même rang, pour ce qui est de la détermination de l'offre à retenir, que l'offre proposant le prix le plus bas – le Conseil d'Etat insiste fermement à ce qu'une définition circonstanciée de cette notion, ou l'énumération des critères quantitatifs et qualitatifs qui la circonscrivent, soit énoncée dans le texte de la loi en projet sur les marchés publics. Pour faire droit à sa demande, il suffirait que les auteurs du projet de loi sous avis intègrent dans le texte du projet de loi le texte qui figure actuellement sous l'article 88 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale du 13 décembre 1988.

Article 12

Le contenu de l'article reste essentiellement celui de l'article 12 de la loi de 2003, sauf que la durée maximale des marchés portant sur des travaux à caractéristiques particulières passe de 3 ans actuellement à 10 ans, grâce à l'insertion dans la loi générale sur les marchés publics d'un texte inscrit dans la loi du 21 décembre 2004 concernant le budget des recettes et dépenses de l'Etat pour l'exercice budgétaire 2005.

Article 13

Pour ce qui est du paragraphe 1er, le Conseil d'Etat relève à la deuxième phrase la formule „clauses pénales“. Dans le contexte où elle est utilisée, cette formule ne peut viser que des clauses conventionnelles qui instituent dès le cahier des charges et à l'encontre d'un adjudicataire fautif des „pénalités“ grâce auxquelles le pouvoir adjudicataire veut se protéger contre certains comportements qui l'empêchent d'accomplir les responsabilités qu'il assume dans l'intérêt général. Il ne peut à l'évidence pas s'agir de pénalités au sens du Code pénal, l'article 14 de la Constitution ne pouvant en effet pas être mis entre parenthèses par une loi ni, *a fortiori*, par un règlement grand-ducal.

Afin d'établir toute la clarté nécessaire, le Conseil d'Etat suggère le texte suivant: „*Un règlement grand-ducal prévoit les modalités de l'application par le pouvoir adjudicateur à l'encontre d'un adjudicataire qui ne respecte pas les clauses et conditions du marché public qu'il est chargé d'exécuter, de clauses pénales et d'astreintes.*“

Le cahier des charges régissant un marché déterminé doit indiquer la mention des pénalités susceptibles d'être prises. Elles doivent être adaptées à la nature et à l'importance du marché.“

Quant à l'exclusion, qui constitue une mesure extrême, lourde et efficace du point de vue économique, le Conseil d'Etat est d'accord avec les auteurs du projet de loi sous examen que c'est dans le dispositif de la future loi, et non pas dans un règlement grand-ducal, que les modalités d'application de cette pénalité doivent être définies.

Les détails concernant ces modalités, tels qu'exposés dans les paragraphes 3 à 8, donnent lieu aux observations qui suivent.

De l'avis du Conseil d'Etat, l'exclusion d'un opérateur économique doit pouvoir s'appliquer non seulement aux marchés publics à venir, mais aussi à deux autres hypothèses:

- celles où l'opérateur est exclu pendant l'une des étapes d'une procédure d'adjudication, et
- celles où il est exclu d'un marché qui lui a déjà été attribué.

Aussi la substance de l'article 139 du règlement grand-ducal du 30 juin 2003 mentionné ci-dessus devrait-elle être reprise dans le contexte de l'article sous examen.

Pour ce qui est des causes justificatives qui peuvent provoquer l'exclusion, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à ce que la formule „gravité des désordres causés par un opérateur économique“ soit retenue. La constatation, lors du déroulement d'une procédure de marché public ou lors de l'exécution de celui-ci, de faits ou de circonstances et l'appréciation qu'ils constituent des désordres graves ne peuvent pas être abandonnées au seul pouvoir adjudicateur. Le texte de la future loi doit impérativement expliciter les éléments qui doivent être réunis pour que l'on soit en présence d'une cause suffisante, susceptible de justifier la mise en œuvre de la pénalité de l'exclusion.

Dans ce même contexte, le Conseil d'Etat estime que les „clauses pénales“ auxquelles peut donner lieu l'exécution d'un marché public relèvent du droit administratif général.

La phrase introductive du paragraphe 4 devrait se lire: „*Cette exclusion peut être décidée s'il y a ...*“ au lieu de „*peut ... avoir lieu ...*“. Ce paragraphe ne vise de toute façon pas des incidents qui auraient eu lieu en cours de procédure ou à l'occasion de la procédure, mais des événements arrivés

ou constatés postérieurement à l'attribution du marché. Pour ce qui est du „manque de probité commerciale“, ce manque soit est suffisamment grave pour provoquer une procédure judiciaire ou une intervention du ministre de qui relèvent les autorisations de faire le commerce, soit n'entraîne pas cette intervention, hypothèse qui fait douter de la nécessité de considérer ce manque comme cause de déclenchement de l'exclusion.

Les décisions d'exclusion sont des décisions administratives, sujettes au contrôle du juge administratif. Le Conseil d'Etat est à se demander cependant si tous les délais de droit commun prévus en matière de procédure administrative contentieuse sont compatibles avec l'urgence à laquelle peut être confronté un pouvoir adjudicateur. Les délais prévus par les articles 13 et 16 de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives paraissent excessivement longs dans le contexte de l'exécution d'un marché public.

S'il n'est pas contestable que l'inscription des sanctions dans le Livre I les rend applicables à l'ensemble des marchés publics, le Conseil d'Etat préférerait les voir figurer sous le Livre IV, qui comporterait alors trois Titres (Titre I: Sanctions; Titre II: Annexes; Titre III: Clause abrogatoire).

Articles 14 à 19

Ces articles restent pratiquement inchangés par rapport à 2003 et ne donnent pas lieu à observation.

Article 20

Le paragraphe 1er maintient, en faveur du Fonds pour le logement à coût modéré, l'exemption prévue déjà dans la loi de 2003, situation extraordinaire qui avait donné lieu à une critique soutenue dans l'avis du 21 juillet 2000 du Conseil d'Etat, ainsi que dans son avis complémentaire du 8 novembre 2001 relatifs au projet de loi ayant abouti à l'adoption de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics. La prorogation de cette situation privilégiée est d'autant plus surprenante que le Gouvernement oblige sans hésiter des entités ne relevant pas du droit public à se soumettre à la législation sur les marchés publics si leurs activités sont financées majoritairement par l'Etat. Le Conseil d'Etat attire l'attention des auteurs du projet de loi sous examen sur la situation de tous les autres fonds et fonds spéciaux fonctionnant auprès de l'Etat et dont beaucoup sont engagés dans des activités complexes en matière de marchés publics sans que les complications qui résultent de l'application de la législation sur les marchés publics soient considérées comme raison suffisante pour les exempter de ce régime.

Le paragraphe 5 institue un nouveau service au sein d'un ministère. Il s'agit là d'une disposition qui n'est pas respectueuse de la séparation instituée par la Constitution entre les pouvoirs législatif et exécutif. Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à cette non-conformité à l'article 76 de la Constitution. L'arrêté royal grand-ducal du 9 juillet 1857 portant organisation du Gouvernement grand-ducal constitue de toute façon une base suffisante pour réaliser les intentions des auteurs du projet de loi sous examen.

*

LIVRE II

Article 21

Cet article définit le cadre dans lequel s'appliqueront les dispositions spécifiques du Livre II du projet de loi sous examen, dispositions qui portent sur les „marchés d'une certaine envergure“ auxquels s'appliquent des règles particulières.

En fonction des pouvoirs adjudicateurs et des types de marchés à conclure, les seuils maxima et minima dans lesquels se situent les marchés d'une certaine envergure varient. Dorénavant, la valeur est exprimée en euros, et non plus en droits de tirage spéciaux.

Sous le point a), le mot „cela“ ne donne pas satisfaction puisque, selon l'interprétation qu'on veut bien lui donner, il peut s'appliquer aussi bien à la phrase introductive de l'article sous examen qu'à la première phrase du point a). Le Conseil d'Etat suggère le texte suivant: „... à l'annexe IV; pour les pouvoirs adjudicateurs qui opèrent dans le domaine de la défense, les dispositions du Livre II ne sont applicables aux marchés publics de fournitures que s'ils portent sur des produits visés à l'annexe V;“.

Article 22

Cet article reprend en substance l'article 30 de la loi de 2003 tout en l'adaptant.

Le texte sous revue amène le Conseil d'Etat à réitérer l'observation qu'il a faite au regard de l'article 20: si en effet l'Etat et les communes sont obligés de soumettre au régime des marchés publics ceux des marchés que passe une entité de droit privé du moment que le marché à conclure est subventionné à plus de 50% par l'une des entités de droit public qui tombe dans le champ d'application du projet sous examen, c'est que l'application du régime des marchés publics ne peut pas constituer une contrainte excessive, sinon des associations fonctionnant grâce à une petite équipe de volontaires n'arriveraient pas à se conformer aux exigences de la législation sur les marchés publics. *A fortiori*, le Fonds pour le logement à coût modéré devrait être à même d'appliquer la même législation.

Article 23

Cet article très long reprend, en adaptant le texte aux principes découlant des directives à transposer, une série d'articles de la loi de 2003 (29, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 39 et 43). Il ne fixe pas seulement – comme l'indique son intitulé – les méthodes de calcul devant établir la valeur d'un marché, mais aussi des règles qui interdisent l'utilisation de subterfuges et d'artifices destinés à maintenir un marché à l'intérieur des seuils fixés au titre de la catégorie des marchés d'une certaine envergure, alors qu'il dépasse manifestement les seuils indiqués.

Article 24

Le texte de l'article sous examen a pour effet d'étendre en principe les dispositions de la loi à intervenir à tout le secteur de la défense, à l'exclusion des éléments mentionnés à l'article 296 du Traité instituant la Communauté européenne, c'est-à-dire la production et le commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre.

Ce texte est à lire conjointement avec celui de l'article 28 du projet sous examen, qui soustrait au champ d'application de la future loi les marchés publics secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité.

Les deux textes ne suscitent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 25

Le texte répète les règles établies sous l'article 10, (2) et (3), à l'égard du recours aux services d'une centrale d'achats. Il ne comporte pas d'observation.

Article 26

L'annonce dans un article spécifique des marchés publics particuliers auxquels s'applique le Livre III est inutile puisque les dispositions de ce Livre III fournissent les règles qui permettent de circonscrire les exceptions par rapport au régime normal constitué par les Livres I et II. Ce texte et cet article peuvent être supprimés.

Article 27

Du fait que le secteur des télécommunications ne fait plus partie désormais du Livre III qui porte sur les marchés publics de certains secteurs économiques limitativement énumérés, ces marchés relèvent du droit commun en matière de marchés publics, y compris les mesures de protection et ce pour des considérations de sécurité et de sûreté. Il est donc inutile de les relever spécialement et il serait plus logique de rayer simplement le texte de l'article sous examen.

Article 28

Quant au libellé de l'article sous examen, bien qu'il ne fasse que reproduire le texte de l'article 67 de la loi de 2003, le Conseil d'Etat regrette qu'il n'indique pas le ou les textes sur lesquels peut se fonder la décision de déclarer „secret“ un marché déterminé. Par ailleurs, comme les marchés relevant des secteurs „sécurité“ et „sûreté“ sont traités spécifiquement par d'autres articles, la création d'une catégorie de marchés „secrets“ – surtout si elle est régentée par une définition des plus larges qui repose sur l'interprétation de ce que peut exiger, dans une situation déterminée, la „protection des intérêts essentiels de l'Etat“ – s'éloigne très nettement des soucis de clarté et de transparence dont s'inspirent les directives à transposer.

Article 29

Cet article reproduit, avec de légers ajustements, l'article 69 de la loi de 2003. L'un de ces changements – le remplacement, sous a), du mot „ouvrage“ par celui de „projet“ – conduit à la formule „... l'exploitation en commun d'un projet par les Etats signataires ...“. L'exploitation d'un ouvrage est facile à concevoir, celle d'un projet semble impossible. Le Conseil d'Etat comprend le souci des auteurs du projet sous examen, puisque l'article 3, 1., b) fournit désormais une définition de l'„ouvrage“ qui 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“. Il suggère de lire ce passage comme suit: „... *l'exploitation en commun de l'objet du marché public*“.

Enfin, il est recommandé de lire sous a): „... *avec un ou plusieurs pays tiers* ...“ au lieu de „Etat non membre de la Communauté européenne“, et sous b) „*ou d'un pays tiers*“ au lieu de „ou d'un Etat non membre de la Communauté européenne;“.

Article 30

Le texte sous examen instaure une série d'exceptions, c'est-à-dire de marchés publics qui ne sont pas éligibles pour l'application du régime des „marchés d'une certaine envergure“. Ces marchés publics restent donc soumis à l'emprise du Livre I; il serait dès lors plus rationnel d'inclure les dispositions visées sous le Chapitre III du Livre II.

Le Conseil d'Etat ne discute pas de l'opportunité d'inscrire sur la liste des marchés d'une certaine envergure l'une ou l'autre des catégories énumérées par l'article 30. A l'évidence, les motifs qui justifient l'inscription sur la liste sont des plus variés, passant de l'application d'un régime préférentiel (le point b) „qui tend“ à protéger la fabrication de programmes de radiodiffusion) à l'impossibilité (les services d'arbitrage et de conciliation visés par le point c)).

Article 31

Le texte exclut de la catégorie des „marchés d'une certaine envergure“ ceux qui fonctionnent sur base d'une concession de services. La disposition sous examen ne soustrait pas ces marchés à toute considération de concurrence, puisque la définition donnée par l'article 3, point 4, précise que les contrats de concession de services doivent présenter les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services. C'est donc la procédure qui mène au choix du concessionnaire qui doit être entourée des garanties de transparence et de publicité, et non pas le contrat précis qui porte sur l'objet de la concession.

Article 32

Le Conseil d'Etat ne trouve pas d'application possible de cette disposition à la situation interne du Grand-Duché, surtout que les auteurs du projet de loi omettent de fournir la moindre explication à l'endroit de cet article. L'article pourrait donc être éliminé du projet de loi.

Article 33

Le Conseil d'Etat se déclare d'accord avec la disposition qui accorde aux ateliers protégés une situation à part. Il estime cependant qu'il faudrait faire un pas de plus en évitant de faire jouer la concurrence entre les ateliers protégés. Chacune de ces institutions se trouve dans une situation particulière, s'occupe d'un groupe spécifique de personnes handicapées et sera donc toujours défavorisée sur le marché ouvert par rapport à d'autres ateliers qui, momentanément ou institutionnellement, peuvent présenter une offre plus avantageuse pour l'adjudicateur. Le Conseil d'Etat donnerait sa préférence à un régime permettant aux pouvoirs adjudicateurs de traiter librement, pour les marchés publics qu'il leur destine, avec tel atelier qu'il choisit en fonction des besoins propres des institutions.

Articles 34 à 36

Sans observation.

Intitulé du Titre II

L'intitulé du Titre II („Procédures“), qui ne pourrait pas être plus court, laisse cependant planer un doute sur sa signification. Alors que sous le régime de la loi de 2003, le terme de „procédures“ visait l'ensemble de règles législatives et réglementaires que devaient parcourir étape par étape certains

marchés publics, l'utilisation du même terme à l'article 3, No 10, du projet de loi sous examen ne vise plus une suite d'étapes obligatoires, mais les marchés publics eux-mêmes. La question se pose donc de savoir s'il ne faut pas intituler le Titre II „*Conditions de recours aux différents types de marchés publics*“.

Article 37

Le paragraphe 1er reprend textuellement (sauf les ajustements terminologiques requis à la suite de la redéfinition de certaines des notions utilisées) l'article 44 de la loi de 2003. Le Conseil d'Etat suggère d'adapter le passage „... en règle générale ...“ qui n'est ni suffisamment affirmatif au point de ne pas admettre d'exception, ni suffisamment précis pour indiquer le cadre dans lequel des exceptions seraient admises au principe. Or, manifestement, des exceptions sont à prévoir – elles vont être explicitées aux articles qui suivent dans le Chapitre I, et dans les Chapitres II à VI du Titre II, de même que dans le Titre III. S'il était dans l'intention des auteurs du projet de loi sous examen de rendre possibles et d'annoncer ces exceptions, il vaudrait mieux lire: „*Les marchés publics de travaux, de fournitures et de services visés au présent Livre sont passés par les pouvoirs adjudicateurs soit par procédure ouverte, soit par procédure restreinte.*“

Le paragraphe 1er rend le principe général applicable aux marchés publics de travaux qui en étaient exclus ou dispensés sous le régime de la loi de 2003.

Le paragraphe 2 est superflu, puisqu'il n'a qu'un effet d'annonce des exceptions qui seront explicitées dans les articles 39, 40 et 41. Il peut donc être supprimé sans problème. S'il était maintenu, le Conseil d'Etat demande que la terminologie des deux alinéas qui forment le paragraphe 2 soit harmonisée. En effet, alors que l'alinéa 1 spécifie que certaines exceptions au principe posé par le paragraphe 1er sont possibles „Dans les cas et circonstances spécifiques expressément prévues (*sic*) aux articles ...“, l'alinéa 2 varie ce passage en mettant „Dans les circonstances particulières expressément prévues ...“.

Quant au paragraphe 3 du projet (qui deviendrait le paragraphe 2 si le Conseil d'Etat était suivi dans l'observation qui précède), il faudrait le lire comme suit: „*Les règles ... sont déterminées ...*“ au lieu de „... sont à déterminer ...“.

Article 38

Ce texte reprend en substance, tout en l'adaptant, l'ancien article 45. Le Conseil d'Etat suggère de lire la première phrase comme suit: „*Le recours à la procédure négociée et au dialogue compétitif est autorisé sous condition qu'il soit précédé d'une décision motivée*

- *du ministre du ressort, si le marché public est de la compétence d'organes, administrations ou services de l'Etat;*
- *du collège des bourgmestre et échevins, si le marché est de la compétence d'une commune;*
- *de l'organe habilité à engager le pouvoir adjudicateur, pour tout autre pouvoir adjudicateur.*“

Article 39

Bien que le paragraphe 1er repose essentiellement sur l'article 46 de la loi de 2003, certaines formules méritent d'être réexaminées.

Afin de la clarifier et de lui donner une force contraignante sans ambiguïté, la première phrase devrait se lire comme suit: „*Par exception à l'article 37, alinéa 1er, les pouvoirs adjudicateurs, sous condition d'avoir publié un avis de marché et d'avoir sélectionné les candidats selon les critères de sélection qualitatifs fixés par voie de règlement grand-ducal, sont autorisés à recourir, pour les marchés publics visés à l'article 37, paragraphe 1er, à la procédure du marché négocié s'ils se trouvent dans l'une des situations suivantes: ...*“

Pour ce qui est du texte sous a), le texte du commentaire de l'article, d'une part, est ambigu et, d'autre part, ne concorde pas avec celui du projet de loi. Il n'est en effet pas clair si l'alinéa 2 n'autorise le recours au marché négocié après publication d'un avis de marché que si toutes les offres présentées initialement sont irrégulières ou inacceptables, ou si certaines de ces offres ou la plupart d'entre elles sont irrégulières ou inacceptables. De l'avis du Conseil d'Etat, si une seule des offres présentées est régulière et acceptable, elle devrait entraîner la poursuite de la procédure en recourant au marché négocié en vue de la conclusion du marché avec l'auteur de cette offre. En outre, il est difficilement compréhensible comment le pouvoir adjudicateur serait obligé d'inclure dans la procédure négociée

„tous les soumissionnaires et les seuls soumissionnaires“ qui ont donné satisfaction aux critères de sélection qualitatifs et qui ont remis une offre régulière. Ou bien il est obligé de les inclure tous dans la nouvelle procédure (même ceux qui ont remis une offre irrégulière ou inacceptable lors de la première procédure), ou bien il est obligé d'inclure seulement ceux qui ont remis une offre régulière et acceptable. Ceci soulève de nouveau le problème évoqué à l'ingrès du présent alinéa – la présence d'un seul soumissionnaire qui a remis lors de la procédure initiale une offre régulière et acceptable. Le Conseil d'Etat estime que le texte suivant rend mieux les intentions des auteurs du projet de loi: „... *inclut dans la procédure négociée tous les soumissionnaires qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte ou du dialogue compétitif antérieur, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation du marché;*“

Sous c), la mention „... telles que la conception d'ouvrages ...“ est inutile. La définition du „marché public de travaux“ donnée par l'article 3, 1., b), vise aussi la conception de travaux (mais seulement si la conception des travaux de bâtiment ou de génie civil constitue l'objet du marché conjointement avec l'exécution de ces mêmes travaux). Si la définition est trop restrictive, les auteurs du projet de loi devraient en revoir le contenu de façon à couvrir toutes les hypothèses qu'ils envisagent. Par ailleurs, l'illustration de la notion des „prestations intellectuelles“ dans le domaine des marchés portant sur des prestations de service, par la seule „conception d'ouvrage“ qui tient du domaine de l'exécution de travaux, est source d'imprécision et d'interprétation. Aussi le Conseil d'Etat demande-t-il que ce passage soit précisé.

Article 40

Au paragraphe 2 sous b), le terme „... une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées ...“ se prête à toutes les interprétations, et doit donc être précisé faute de quoi il constituera le point de départ de recours juridictionnels faciles à prévoir – et à prévenir.

La même observation vaut pour la formule „... à des conditions particulièrement avantageuses ...“ du paragraphe 2, sous d).

Au paragraphe 3, il faudrait lire: „... *fait suite à un concours obéissant aux règles fixées par voie de règlement grand-ducal*“.

Au paragraphe 4, sous a), premier tiret, la notion de „... sans inconvénient majeur ...“ n'est pas précise et risque de donner lieu à des recours devant les juridictions.

Article 41

Le Conseil d'Etat suggère de lire le premier alinéa comme suit: „... *conformément à des modalités précisées par voie de règlement grand-ducal*“.

Article 42

Le Conseil d'Etat suggère de lire le paragraphe 1er comme suit: „*Un règlement grand-ducal établit les règles concernant l'organisation des concours ayant pour objet l'offre de prestations de services ...*“; il suggère aussi de compléter la liste des définitions de l'article 3 par celle du „*concours*“.

Quant au paragraphe 2, sous a), les idées des auteurs du projet de loi ne sont pas claires: s'agit-il d'interdire des limitations de participation à des concours qui élimineraient des personnes issues de certaines parties du territoire d'un Etat, ou d'interdire à certaines personnes de prendre part à certains marchés concernant des parties du territoire d'un Etat?

Article 43

Sans observation.

Article 44

Etant donné que les articles 43 et 44 règlent le champ d'application des dispositions du chapitre III du Titre II du Livre II de la future loi, il vaudrait mieux les insérer à la place du premier et du deuxième articles de ce chapitre, et d'ajuster en conséquence la numérotation des articles 42 et 43 du projet sous avis.

A l'article 44, alinéa 3, il y a lieu de placer entre guillemets le terme „seuil“, pour rester en ligne avec le passage parallèle de l'alinéa 2.

Article 45

Sans observation.

Article 46

Le texte de l'article, alinéa 2, („... sauf dans des cas exceptionnels ...“) laisse à désirer précisément parce qu'il ne fournit aucun critère objectif qui permettrait de déterminer si l'on se trouve ou non en présence d'une situation constituant un cas exceptionnel.

Article 47

Le Conseil d'Etat suggère de lire: „...*sont déterminés*...“ au lieu de „sont à déterminer“.

Article 48

Le texte de l'alinéa 1 serait plus facile à lire s'il disait: „*Le présent chapitre s'applique à tout contrat de concession de travaux publics dont le montant égale ou dépasse 6.242.000 euros*“.

Article 49

L'alinéa serait plus facile à lire s'il disait: „*Les dispositions de l'article qui précède ...*“.

Article 50

L'observation qui précède vaut également pour le commencement de l'alinéa 1 de l'article sous examen.

Article 51

Si les intentions des auteurs du projet de loi sous examen sont claires (il s'agit d'étendre le champ d'application de la législation sur les marchés publics à des acteurs économiques qui ne sont pas compris dans la définition des pouvoirs adjudicateurs telle qu'elle est fournie par l'article 2 du projet de loi), le texte proposé pourrait être plus précis. Le Conseil d'Etat suggère la formule suivante: „... *l'acte par lequel ce droit est octroyé oblige l'entité concernée de respecter, dans les marchés de fournitures qu'elle passe avec des tiers dans le cadre de cette activité, de ne pas discriminer les soumissionnaires en raison de leur nationalité.*“

Article 52

Sans observation.

Article 53

Le Conseil d'Etat suggère de compléter le passage final de cet article de la façon suivante: „... *visant à choisir, selon des modalités et des critères à fixer dans le même règlement grand-ducal, l'entrepreneur ...*“.

Article 54

Sans observation.

*

LIVRE III

Le Livre III du projet de loi sous examen règle la situation faite aux marchés publics dans certains secteurs spécifiques (eau, énergie, transports, services postaux). Le secteur des services postaux y est nouvellement inscrit, alors que celui des télécommunications tombe dorénavant sous la portée des règles du Livre I applicables en principe à tous les marchés publics.

Intitulés des Titres I et II

Les intitulés des Titres I et II prêtent à confusion, puisqu'ils indiquent tous les deux qu'ils portent sur des définitions, le premier sur des définitions en relation avec le champ d'application vu essentiellement sous l'angle des types de marchés publics, et le second vu sous l'angle des entités adjudicatrices et des activités visées. De l'avis du Conseil d'Etat, il serait préférable de prévoir un seul article consacré aux définitions et d'y regrouper toutes les définitions utilisées par la suite dans les articles faisant partie du Livre III. Cette façon de faire aurait le léger désavantage que le lecteur devrait passer à travers toutes les définitions énumérées pour trouver celle qui l'intéresse et qu'il serait obligé de se constituer une image des marchés publics visés, des acteurs pris en considération et des activités réglées. Ce désavantage serait compensé par le fait que le lecteur saurait qu'il ne trouvera pas une nouvelle fois sous un autre article des définitions nécessaires à la compréhension du texte.

Articles 55 et 56

Le Conseil d'Etat suggère de donner à l'article 55 le même début qu'à l'article 56 actuel, et de lire: „Aux fins du présent Livre, on entend par: ...“.

Il ne répète pas les observations auxquelles ont donné lieu les définitions des articles 2 et 3, dans la mesure où certaines des définitions données par les articles 55 et 56 sous examen sont identiques à celles fournies précédemment aux articles 2 et 3.

Il relève une différence inexplicée par rapport aux définitions de l'article 3 qui utilise systématiquement les termes de „marchés publics“ alors que les articles 55 et 56 parlent tout aussi systématiquement de „marchés“. L'utilisation d'une terminologie unifiée dans tout le texte de la future loi faciliterait la compréhension et préviendrait des interprétations divergentes, donc des litiges. Cette dernière observation vaut particulièrement pour les divergences terminologiques en apparence anodines entre les définitions données aux articles 2 et 3, et celles données aux articles 55 et 56. La définition du „marché public“ dans l'article 3 et celle du „marché de fournitures, de travaux et de services“ dans l'article 55 en est un bon exemple.

L'intitulé du Chapitre II du Titre II „Les activités“ mériterait d'être précisé en „Dispositions relatives aux activités des secteurs visés par le Livre III“.

Article 57

Le Conseil d'Etat suggère de lire l'intitulé de l'article „Energie: gaz, chaleur et électricité“, afin d'établir ainsi le rapport avec les secteurs visés par le Livre III.

Quant au texte du paragraphe 1er, a), repris textuellement de la directive 2004/17/CE, il n'est pas compréhensible. En effet, qu'est-ce à dire que „la mise à disposition ... de réseaux fixes destinés à fournir un service au public“, sinon la livraison de gaz ou de chaleur par le truchement d'un pipe-line et de tuyauteries? Tenter de comprendre la signification du texte en appliquant le bon sens aboutit cependant à une impasse puisque la fourniture de service doit se pratiquer notamment „dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution“ de gaz ou de chaleur. Or, ce qui est visé comme prestation de service doit se situer à l'intérieur du cadre tracé par l'exigence de la mise à disposition ou l'exploitation „de réseaux fixes“. Même si le législateur luxembourgeois est tenu par la directive qu'il s'agit de transposer, rien ne s'oppose à ce qu'il apporte un peu de clarté dans un texte opaque. Puisque le commentaire de l'article n'est pas plus clair que le texte lui-même, le Conseil d'Etat ne se voit pas en mesure de faire une proposition de texte alternative.

Un texte d'une teneur pratiquement identique se retrouve sous le paragraphe 3 pour l'électricité, et au paragraphe 4 pour l'eau – les observations faites à l'alinéa qui précède leur sont donc aussi applicables.

Enfin, le paragraphe 1er établit un lien entre les dispositions du Livre III et des „activités“ alors qu'il institue en fait un lien avec des marchés publics conclus dans certains secteurs économiques dans

la mesure où ces marchés relèvent d'activités spécifiquement définies des pouvoirs adjudicateurs. Le Conseil d'Etat suggère d'écrire ce passage comme suit: „*En ce qui concerne le gaz et l'eau, le présent Livre s'applique aux marchés publics conclus en relation avec*

a) ...

b) ...“

Le paragraphe 2 devrait se lire par conséquent: „*Si une entité adjudicatrice autre que les pouvoirs adjudicateurs est engagée dans l'alimentation en gaz ou en chaleur des réseaux qui fournissent un service au public, les marchés publics qu'elle conclut en relation avec ces activités ne sont pas soumis à la règle définie par le paragraphe 1er qui précède, lorsque:*

a) ...

b) ...“

Les mêmes observations valent pour le paragraphe 3.

Article 58

Les observations faites à l'égard de l'article 56 valent aussi pour le texte de l'article 58.

Etant donné que les paragraphes 1er et 2 énumèrent les activités (ou, dans la conception du Conseil d'Etat, des marchés publics relevant de certaines activités) qui tombent sous la portée de l'article sous examen, il vaut mieux réunir toutes ces activités (ou tous ces marchés) sous un seul paragraphe. Cette façon de procéder aurait l'avantage de ne pas donner l'impression que les activités liées au traitement des eaux usées sont cachées un peu honteusement à la fin du paragraphe 2 comme s'il s'agissait d'activités inavouables. Le texte du nouveau paragraphe 1er se lirait donc comme suit: „*Le présent Livre s'applique aux pouvoirs adjudicateurs qui déclenchent une procédure devant aboutir à l'attribution d'un marché public ou à un concours ayant la même finalité si le marché public ou le concours porte sur:*

a) ...

b) ...

c) *des projets de génie hydraulique...*

d) *l'évacuation ou le traitement des eaux usées.*“

Articles 59 et 60

Les observations faites sous les articles 56 et 57 s'appliquent, compte tenu des ajustements de terminologie qui s'imposent en raison des matières différentes visées, également aux deux articles sous examen.

Article 61

Sans observation.

Article 62

Dans la mesure où la liste fournie par l'Annexe VI de la future loi „n'est pas exhaustive“ et qu'elle est donc susceptible d'être complétée, le Conseil d'Etat insiste pour que les compléments à apporter le soient impérieusement par une loi. Il demande donc que la précision suivante soit apportée par la dernière phrase de l'article sous examen: „*Les modifications que la loi fera subir à cette annexe sont à communiquer à la Commission européenne.*“

Article 63

Le Conseil d'Etat relève que le texte de cet article s'insère dans la logique qu'il a préconisée sous ses observations concernant les article 57 et suivants, en ce qui concerne la distinction à opérer entre marchés publics et activités des pouvoirs adjudicateurs.

Article 64

Sans observation, puisque le texte est identique à l'alinéa 1 de l'article 4 du projet de loi sous avis.

Article 65

Sans observation.

Article 66

Le Conseil d'Etat préférerait voir reformulé le paragraphe 1er comme suit: „*Un accord-cadre constitue un marché au sens de l'article 55, point 1, et doit être attribué conformément aux dispositions déterminées par voie de règlement grand-ducal.*“

Le paragraphe 2 de l'article sous examen et le texte de l'article 86, point i), parce qu'ils renvoient le lecteur de l'un vers l'autre, deviennent incompréhensibles. Si une entité adjudicatrice peut recourir aux procédures ouverte, restreinte ou négociée pour attribuer un marché public fondé sur un accord-cadre respectant les dispositions du Livre III (art. 66), il est difficile de saisir la plus-value de l'article 86, i), qui autorise les entités adjudicatrices à recourir à une procédure sans mise en concurrence préalable (c'est-à-dire sans passer par l'une des procédures restreinte, ouverte et négociée) si les marchés à passer sont fondés sur un accord-cadre respectueux des conditions de l'article 66, paragraphe 2.

Quant au paragraphe 3, il est inutile parce que les accords-cadres passés sans être conformes aux règles du Livre III ne sont pas à considérer comme marché public répondant à la définition de l'article 55, 1., a). L'attribution de travaux, de fournitures ou de prestations de service selon des règles qui ne concorderaient pas avec celles applicables aux marchés publics ne deviendra pas un marché public valide pour peu que les formes d'attribution retenues soient celles des procédures ouverte, restreinte ou négociée.

Le texte du paragraphe 4 est ambigu, dans la mesure où il autorise la lecture selon laquelle les entités adjudicatrices seraient autorisées à recourir à un accord-cadre dans le but d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence, tant que ce recours ne se ferait pas de façon abusive. Or, il semble que les auteurs du projet de loi veuillent plutôt dire que la conclusion d'un accord-cadre destiné à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence constitue en soi déjà un abus qu'il s'agit d'interdire. La formule suivante devrait répondre à leurs intentions: „*Il est interdit aux entités adjudicatrices de recourir à la conclusion d'un accord-cadre dans le but d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.*“ Le non-respect de cette disposition ouvrira dès lors la possibilité d'un recours devant les juridictions compétentes.

Article 67

Le Conseil d'Etat propose d'écrire le passage final de cet article comme suit: „... *sont déterminées par voie de règlement grand-ducal.*“

Article 68

Le texte de cet article atteindra son but sans l'ajout de la mention „A moins qu'ils ne soient exclus en vertu des exclusions prévues aux articles 71 à 78 ou conformément à l'article 81 concernant la poursuite de l'activité en question“, puisqu'il va de soi qu'un marché expressément exclu du champ d'application du Livre III ne pourra y entrer sous prétexte que son volume rentre dans le cadre dont le seuil inférieur est fixé par l'article 68.

Article 69

Sans observation, puisque l'article reprend essentiellement les dispositions de l'article 23.

Articles 70 à 78

Les mesures de non-applicabilité prononcées par le texte de ces articles signifient donc que les marchés visés relèvent tout simplement du régime normal en matière de marchés publics. Ces articles n'appellent pas d'observation particulière de la part du Conseil d'Etat.

Article 79

Comme la mesure prévue par le texte de l'article 79 constitue le pendant de l'article 33, le Conseil d'Etat réitère à son égard les observations qu'il a présentées à l'endroit de l'article 33.

Article 80

Au sujet du paragraphe 2, le Conseil d'Etat relève que l'article 55, paragraphe 7, ne fournit pas une liste d'hypothèses, mais la définition de ce qu'est une centrale d'achat, de sorte que le bout de phrase „... dans les hypothèses visées à l'article 55, point 7 ...“ devra être supprimé.

Article 81

Le Conseil d'Etat constate que les auteurs du projet de loi donnent dans le contexte de l'article sous examen au terme „marché“ une signification différente que pour le reste du contenu du projet de loi. En effet, ne sont pas visés spécifiquement les marchés publics ni même les différentes „procédures“, mais le fait que, pour certains travaux, fournitures et services, la concurrence entre fournisseurs et prestataires doit exister effectivement et que la personne qui se trouve à la recherche d'une contrepartie capable de livrer ou de fournir les travaux, fournitures ou services trouve facilement les contreparties susceptibles d'intervenir. Afin de garantir la cohésion rédactionnelle de l'ensemble du projet de loi, il est important que les termes utilisés gardent la même signification à travers l'ensemble du texte. Exceptionnellement, l'utilisation d'un terme dans une signification secondaire ou différente de la signification principale est concevable, mais sous condition que la portée de cette signification soit clairement précisée, notamment par une définition et la mention des articles spécifiques pour lesquels la signification normale est remplacée par la signification spécifique.

Ainsi, le paragraphe 1er propose dans la version actuelle la formule suivante: „Les marchés destinés à permettre la prestation d'une activité ... ne sont pas soumis au présent livre si l'activité est exposée directement à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité.“ L'utilisation dans une même phrase du même terme „marché“ sous deux significations différentes ne contribue pas à la lecture facile du texte, et risque de constituer la source d'interprétations divergentes qui constitueront à leur tour la base de recours devant les juridictions.

Le texte du paragraphe 2 se limite à reprendre le texte communautaire au lieu de proposer les règles qui, dans le droit interne luxembourgeois, constitueront les normes exécutant et appliquant les règles édictées par les directives qu'il s'agit de transposer. La formule „... pour déterminer si une activité est directement exposée à la concurrence, il faut se fonder sur des critères qui soient conformes aux dispositions du Traité instituant la Communauté européenne ...“, bien que puisée littéralement dans l'article 10, 1., de la directive 2004/17/CE, n'a pas sa place dans la loi de transposition qui devrait précisément indiquer les critères retenus du côté luxembourgeois en vue de déterminer si une activité est directement exposée à la concurrence ou non, critères dont la fidélité par rapport aux directives à transposer est sujette au contrôle de la Commission et, éventuellement, de la Cour de Justice des Communautés européennes. L'injonction „il faut se fonder“ s'adresse au législateur luxembourgeois qui ne peut pas se faciliter la tâche en abandonnant à tout pouvoir adjudicateur d'apprécier sous sa responsabilité si, et dans quelle mesure, il respecte les dispositions des directives transposées.

Le même problème se retrouve au paragraphe 3. L'Annexe VII de la future loi luxembourgeoise n'est en effet pas une disposition communautaire. L'utilisation de la formule „... si les dispositions de la législation communautaire mentionnées à l'annexe VII ont été mises en œuvre et appliquées“ constitue en fait un appel à transposer les directives au lieu d'être leur transposition dans le système normatif luxembourgeois.

Dans le paragraphe 3 encore, la formule „... il doit être démontré que l'accès au marché en cause est libre ...“ est imparfaite, puisque le texte de transposition d'une directive communautaire ne peut pas abandonner au public ou aux opérateurs économiques une charge qui est de la compétence propre du législateur.

Le même flottement en matière de transposition des directives communautaires se révèle à l'égard du paragraphe 4, alinéa final. La formule „... lorsque le libre accès à un marché donné est supposé se fonder sur ...“ doit absolument être remplacée par un texte indiquant la personne ou l'entité ayant le droit ou l'obligation d'apprécier si le fondement de l'interprétation du texte auquel se réfère le projet de loi est ou n'est pas correct et qui sera responsable du contenu de l'argumentation qui est supposée étayer cette interprétation.

Le paragraphe 6 montre à quel niveau de complication est arrivé l'interaction du droit communautaire avec le droit national. Il est en effet surprenant de voir le législateur luxembourgeois prétendre imposer à la Commission européenne des règles procédurales et de fonctionnement, alors qu'en réalité la future loi de transposition ne fait que reprendre, probablement pour bien informer le public intéressé des possibilités de recours et d'intervention, des règles qui trouvent parfaitement leur place dans une directive communautaire, mais qui devraient être éliminées du texte de transposition. Les personnes physiques et morales qui sont exposées directement à l'application du droit communautaire n'ont pas besoin de ce rappel dans une loi luxembourgeoise.

En raison de la façon complètement inappropriée dont les auteurs du projet de loi sous examen procèdent à la transposition du texte de la directive communautaire dans le droit national luxembourgeois, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à l'ensemble du texte de l'article 81.

Articles 82 à 84

Sans observation.

Article 85

Le paragraphe 1er est soit à rayer, soit à modifier puisque la formule „... appliquent les procédures qui sont adaptées aux fins du présent livre“ semble laisser à l'appréciation des entités adjudicatrices l'interprétation de ce qui est compatible avec les directives à transposer, alors que c'est le législateur luxembourgeois qui doit tracer le cadre national conforme aux exigences communautaires. L'abandon du paragraphe 1er se justifie encore dans la mesure où le paragraphe 2 apporte des précisions sur le point de savoir quelles procédures sont supposées „adaptées“ dans le contexte du Livre III.

En raison de l'inadaptation du texte proposé par le projet de loi sous avis, par rapport à une transposition correcte, le Conseil d'Etat réitère à l'égard du texte de l'article 85 l'opposition formelle qu'il a exprimée à l'endroit de l'article 81.

Articles 86 à 89

Dans la mesure où ces textes constituent le pendant des articles 40 à 46 du projet de loi sous examen, les observations faites par le Conseil d'Etat à l'endroit des articles 40 à 46 restent pertinentes pour les articles sous examen.

Articles 90 à 92

Sans observation.

Annexes

Les Annexes faisant partie intégrante de la loi en projet de donnent pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 31 mars 2009.

Pour le Secrétaire général,

L'Attaché,

Yves MARCHI

Le Président,

Alain MEYER

5655/00A

N° 5655^A

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI

sur les marchés publics

* * *

CORRIGENDUM

(31.3.2009)

Dans le document parlementaire 5655 il y a lieu de lire à la page 1: (*Dépôt le: 19.12.2006*)

Service Central des Imprimés de l'Etat

5655/07

N° 5655⁷

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI

sur les marchés publics

* * *

**AMENDEMENTS ADOPTES PAR LA COMMISSION
DES TRAVAUX PUBLICS****DEPECHE DU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES
AU PRESIDENT DU CONSEIL D'ETAT**

(16.4.2009)

Monsieur le Président,

J'ai l'honneur de vous saisir ci-après de deux amendements au projet de loi sous objet, arrêtés par la Commission des Travaux publics à l'occasion de sa réunion du 16 avril 2009, suite à son examen détaillé du projet de loi et de l'avis du Conseil d'Etat.

Ces amendements se présentent comme suit:

Amendement 1

L'article 11 du projet de loi est modifié comme suit:

„Art. 11. (1) Les marchés à conclure par procédure ouverte ou restreinte sont attribués par décision motivée au soumissionnaire ayant présenté soit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, soit l'offre régulière au prix le plus bas. Est considérée comme offre régulière toute offre qui après évaluation faite est formellement et techniquement conforme, et qui remplit les critères de sélection qualitatifs qui peuvent être prévus par les cahiers spéciaux des charges.

(2) Lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, divers critères liés à l'objet du marché public en question sont pris en considération. Ces critères peuvent être entre autres la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, l'aspect social, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

(3) Le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges la pondération relative qu'il confère à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié.

Lorsque, d'après l'avis du pouvoir adjudicateur, la pondération n'est pas possible pour des raisons démontrables, il indique dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges, l'ordre décroissant d'importance des critères.

(4) Dans le cadre des marchés publics de services, l'application de dispositions légales, réglementaires ou administratives n'est pas affectée par les dispositions des paragraphes (1) à (3).“

Commentaire de l'amendement:

La Commission des Travaux Publics se rallie à l'observation faite par le Conseil d'Etat et n'abandonne pas la définition de l'offre économiquement la plus avantageuse au règlement grand-ducal

d'exécution. Comme le texte de l'article 89 du règlement grand-ducal modifié du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics ne correspond plus aux exigences de la directive 2004/18/CE et que la notion de l'offre économiquement la plus avantageuse telle que proposée par cette directive figure aux articles 88 et 89 du projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi sur les marchés publics, il convient d'inclure les précisions relatives à l'offre économiquement la plus avantageuse reprises par ce projet de texte dans le projet de loi sur les marchés publics.

Il échet de remarquer que tous les critères d'attribution figurant dans l'article 89 du règlement du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi sur les marchés publics sont simplement repris, y inclus l'aspect social et les caractéristiques environnementales.

Il est cependant désormais permis, si une pondération des critères n'est pas possible, d'indiquer les critères d'attribution dans l'ordre décroissant. Ceci constitue cependant une situation exceptionnelle et il faut que le pouvoir adjudicateur, en cas de réclamation, puisse démontrer pour quelle raison il n'a pas pris recours à la pondération, qui est le mode d'évaluation le plus transparent.

Finalement le paragraphe (4) prévoit encore que les dispositions relatives à l'attribution des marchés publics n'ont pas vocation à réduire à néant des dispositions législatives, réglementaires ou administratives relatives à la rémunération de certains services, tels qu'à titre d'exemple les services d'architecte ou d'ingénieur.

Les considérants numéros 46 et 47 de la directive 2004/18/CE commentent les dispositions relatives à l'offre économiquement la plus avantageuse comme suit:

„L'attribution du marché doit être effectuée sur la base de critères objectifs qui assurent le respect des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement et qui garantissent l'appréciation des offres dans des conditions de concurrence effective. Par conséquent, il convient de n'admettre que l'application de deux critères d'attribution, à savoir celui du „prix le plus bas“ et celui de „l'offre économiquement la plus avantageuse“.

Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement lors de l'attribution des marchés, il convient de prévoir l'obligation – consacrée par la jurisprudence – d'assurer la transparence nécessaire pour permettre à tout soumissionnaire d'être raisonnablement informé des critères et des modalités qui seront appliqués pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Il incombe dès lors aux pouvoirs adjudicateurs d'indiquer les critères d'attribution ainsi que la pondération relative donnée à chacun de ces critères, et ce en temps utile, par le biais de l'avis de marché, sinon par le cahier spécial des charges, afin que les soumissionnaires en aient connaissance pour établir leurs offres.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à l'indication de la pondération des critères d'attribution dans les cas dûment justifiés et motivés, qu'ils doivent être en mesure de motiver, lorsque cette pondération ne peut pas être établie au préalable, notamment en raison de la complexité du marché. Dans ces cas, ils doivent indiquer l'ordre d'importance décroissant de ces critères.

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs choisissent d'attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, ils évaluent les offres afin de déterminer celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix. Pour ce faire, ils déterminent les critères économiques et qualitatifs qui, dans leur ensemble, doivent permettre de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse pour le pouvoir adjudicateur. La détermination de ces critères est fonction de l'objet du marché dans la mesure où ceux-ci doivent permettre d'évaluer le niveau de performance présenté par chaque offre par rapport à l'objet du marché, tel que défini dans les spécifications techniques, ainsi que de mesurer le rapport qualité/prix de chaque offre.

Afin de garantir l'égalité de traitement, les critères d'attribution devraient permettre de comparer les offres et de les évaluer de manière objective. Si ces conditions sont remplies, des critères d'attribution économiques et qualitatifs, comme ceux ayant trait à la satisfaction d'exigences environnementales, peuvent permettre au pouvoir adjudicateur de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, tels qu'exprimés dans les spécifications du marché. C'est dans ces mêmes conditions qu'un pouvoir adjudicateur peut utiliser des critères visant à la satisfaction d'exigences sociales répondant notamment aux besoins – définis dans les spécifications du marché – propres à des catégories de population particulièrement défavorisées auxquelles appartient les bénéficiaires ou utilisateurs des travaux, fournitures, services faisant l'objet du marché.

Dans le cadre des marchés publics de services, les critères d'attribution ne doivent pas affecter l'application de dispositions nationales relatives à la rémunération de certains services, tels que, par exemple, les prestations des architectes, des ingénieurs ...“.

Amendement 2

L'article 13 du projet de loi est modifié comme suit:

„Art. 13. (1) Un règlement grand-ducal prévoit les modalités de l'application par le pouvoir adjudicateur à l'encontre d'un adjudicataire qui ne respecte pas les clauses et conditions du marché public qu'il est chargé d'exécuter, de clauses pénales et d'astreintes.

Le cahier des charges régissant un marché déterminé doit indiquer la mention des pénalités susceptibles d'être prises. Elles doivent être adaptées à la nature et à l'importance du marché. L'amende ne peut pas dépasser vingt pour cent du total de l'offre.

(2) Les cahiers des charges peuvent prévoir des primes d'achèvement avant terme pour les marchés publics.

(3) Le pouvoir adjudicateur peut exclure un opérateur économique temporairement de la participation à ses marchés publics pendant une durée ne dépassant pas deux ans si une irrégularité a été commise dans le cadre d'une procédure d'adjudication d'un marché public ou lors de son exécution.

Le pouvoir adjudicateur peut également résilier le marché aux torts de l'adjudicataire.

(4) L'exclusion et la **résiliation** peuvent être décidées s'il y a:

- a) manquement aux conditions du marché adjugé ou pour non-respect des délais impartis;
- b) faute grave dans l'exécution des marchés;
- c) manque de probité commerciale.

(5) L'exclusion et la **résiliation** ne peuvent avoir lieu qu'après une mise en demeure précisant clairement les intentions du pouvoir adjudicateur. Un délai d'au moins huit jours doit être accordé à l'opérateur économique pour présenter ses observations.

(6) La décision d'exclusion et **la décision de la résiliation** doivent être motivées et elles doivent être précédées de la consultation de la Commission des soumissions.

(7) Les contestations auxquelles donnent lieu les décisions relatives à l'exclusion sont de la compétence du Tribunal administratif, statuant comme juge du fond.

(8) Les décisions d'exclusion et **les décisions de résiliation** prises sont notifiées à l'opérateur économique visé, aux services publics intéressés et à la Commission des Soumissions.“

Commentaire de l'amendement:

La Commission des Travaux Publics se rallie à plusieurs observations faites par le Conseil d'Etat. Ainsi le texte proposé par le Conseil d'Etat pour le paragraphe (1) est-il retenu.

En ce qui concerne le paragraphe (3), la formule „gravité des désordres causés par un opérateur économique“ ayant fait l'objet d'une opposition formelle ne figure plus dans l'actuel amendement.

Il est également tenu compte de la remarque du Conseil d'Etat que l'exclusion d'un opérateur économique s'applique non seulement aux marchés publics à venir, mais également à ceux où l'opérateur est exclu pendant l'une des étapes d'une procédure d'adjudication. A cette fin il est précisé dans le paragraphe (3) que le pouvoir adjudicateur peut être exclu si une irrégularité a été commise dans le cadre d'une procédure *d'adjudication* d'un marché public.

En ce qui concerne l'observation faite quant à la possibilité d'exclure un opérateur économique d'un marché qui lui a été attribué, la Commission des Travaux Publics retient qu'il convient, comme demandé par le Conseil d'Etat, de reprendre la substance de l'article 139 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics dans l'article 13. Ainsi la sanction de la résiliation est-elle désormais également prévue au niveau de la loi. La procédure pour pouvoir prononcer la sanction de la résiliation est identique à celle de l'exclusion.

Or, c'est précisément la résiliation qui a pour conséquence qu'un opérateur économique se voit privé de l'exécution d'un marché qui lui avait été attribué.

Il est encore précisé dans le paragraphe (3) qu'un pouvoir adjudicateur ne peut exclure un opérateur économique que des seuls marchés publics qui relèvent de sa compétence.

En ce qui concerne le paragraphe (4), il est tenu compte de l'observation faite par le Conseil d'Etat relative à la phrase introductive.

Il est cependant à remarquer que le concept de manque de probité commerciale vise à la fois des incidents qui peuvent avoir lieu à l'occasion de la procédure d'attribution du marché public et lors de l'exécution du marché public, de sorte que le projet de texte prévoit à la fois des hypothèses d'exclusion et de résiliation pour la procédure d'adjudication et la phase d'exécution du marché.

Finalement, il y a encore lieu de noter que la décision de l'exclusion constitue une décision administrative, sujette au contrôle du juge administratif, mais que le contentieux de la résiliation relève du champ de compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, alors qu'il est de jurisprudence constante que l'exécution du marché public se fait sur base d'un contrat de droit civil.

*

Copie de la présente est envoyée pour information au Ministre des Travaux publics et à la Secrétaire d'Etat aux Relations avec le Parlement.

Tout en vous sachant gré de bien vouloir faire aviser les amendements ci-dessus dans un délai permettant à la Chambre des Députés d'adopter encore début mai le projet de loi sous objet, je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma considération très distinguée.

Le Président de la Chambre des Députés,
Lucien WEILER

5655/08

N° 5655⁸

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI**sur les marchés publics**

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
<i>Amendements gouvernementaux</i>	
1) Dépêche de la Secrétaire d'Etat aux Relations avec le Parlement au Président de la Chambre des Députés (16.4.2009)	1
2) Texte des amendements	1
3) Exposé des motifs et commentaire des articles	3

*

**DEPECHE DE LA SECRETAIRE D'ETAT AUX RELATIONS
AVEC LE PARLEMENT AU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES**

(16.4.2009)

Monsieur le Président,

A la demande du Ministre des Travaux Publics, j'ai l'honneur de vous saisir d'amendements gouvernementaux au projet de loi sous rubrique.

A cet effet, je joins en annexe le texte des amendements avec un commentaire ainsi qu'un exposé des motifs.

En outre, Monsieur le Ministre aimerait souligner le caractère urgent que revêt le projet de loi en question pour le Gouvernement, étant donné que la Commission européenne a émis un avis pour non-transposition dans les délais impartis.

Veillez agréer, Monsieur le Président, l'assurance de ma haute considération.

*La Secrétaire d'Etat aux Relations
avec le Parlement,*

Octavie MODERT

*

TEXTE DES AMENDEMENTS

Les amendements au projet de loi sur les marchés publics s'imposent pour plusieurs raisons.

Comme le projet de texte initial a été élaboré en 2006, il ne tient pas encore compte des mesures que le Gouvernement entend prendre pour lutter contre les effets de la crise actuelle. Le Conseil d'Etat a par ailleurs été saisi de ces projets de texte dans le cadre de la modification de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics, et s'est prononcé à ce sujet en date du 31 mars 2009.

En outre, il convient d'actualiser pour les besoins de l'Armée, les dispositions relatives à la possibilité de pouvoir procéder par voie de procédure négociée et procédure restreinte sans publication d'avis.

Finalement, comme le Conseil d'Etat vient de rendre son avis relatif au projet de loi sous rubrique, il convient d'amender l'article 81 de ce projet de loi pour la raison que le Conseil d'Etat a formulé une opposition formelle quant à cet article.

Articles amendés:

Article 8 (1) k)

Le deuxième tiret de l'article 8 (1) k) est à libeller comme suit:

„pour les besoins d'une standardisation des matériels et équipements“

de sorte le point k) de l'article 8 (1) se lit comme suit:

Il peut être recouru soit à la procédure restreinte sans publication d'avis, soit à la procédure négociée dans les cas suivants:

...

k) pour les marchés de l'Armée:

- si le secret militaire l'exige;
- pour les besoins d'une standardisation des matériels et équipements;
- 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.

...

Article 8 (2) a)

(2) II peut être recouru à la procédure négociée dans les cas suivants:

- a) pour des marchés à conclure pour les pouvoirs adjudicateurs compétents **pour l'Armée**, la Police Grand-Ducale, l'Administration des Douanes et Accises et pour les services de secours, pour des besoins de standardisation des équipements et du matériel d'intervention ainsi que des effets personnels de protection et de sécurité des membres d'unité d'intervention.

Article 8 (3)

Il peut être recouru soit à la procédure restreinte sans publication d'avis, soit à la procédure négociée lorsque le montant total du marché se situe entre le seuil fixé suivant le paragraphe (1) point a) par voie de règlement grand-ducal et quatorze mille euros hors TVA, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948, sous condition que le pouvoir adjudicateur, dans l'hypothèse d'une procédure restreinte sans publication d'avis, invite au moins trois candidats à soumissionner, et dans l'hypothèse d'une procédure négociée, admet au moins trois candidats aux négociations, à condition chaque fois qu'il y ait un nombre suffisant de candidats appropriés.

Article 20 (4)

Des règlements grand-ducaux peuvent instituer des cahiers spéciaux des charges standardisés. Ces cahiers spéciaux des charges sont publiés par voie électronique.

Article 81

(1) Les marchés destinés à permettre la prestation d'une activité visée aux articles 57 à 61 ne sont pas soumis au présent livre, si l'activité prestée est directement exposée à la concurrence et que l'accès à cette activité n'est pas limité.

(2) Si le ministre ayant dans ses attributions les Travaux publics estime que le paragraphe 1er est applicable à une activité donnée, il en informe la Commission européenne et lui communique tous les faits pertinents, et notamment toute loi, règlement, disposition administrative ou accord concernant la conformité aux conditions énoncées au paragraphe 1er.

(3) Les entités adjudicatrices peuvent demander à la Commission européenne d'établir l'applicabilité du paragraphe 1er à une activité donnée. Dans ce cas, la Commission européenne en informe immédiatement le ministre ayant dans ses attributions les Travaux publics.

Ce ministre informe la Commission européenne de tous les faits pertinents, et notamment de toute loi, règlement, disposition administrative ou accord concernant la conformité aux conditions énoncées au paragraphe 1er.

(4) Les demandes visées aux paragraphes (2) et (3) se font conformément aux dispositions de la décision de la Commission européenne du 7 janvier 2005 relative aux modalités d'application de la procédure prévue à l'article 30 de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

(5) La Commission européenne peut aussi décider, de sa propre initiative, d'entamer la procédure d'adoption d'une décision établissant l'applicabilité du paragraphe 1er à une activité donnée. Dans ce cas, la Commission européenne informe immédiatement le ministre ayant dans ses attributions les Travaux publics.

*

EXPOSE DES MOTIFS ET COMMENTAIRE DES ARTICLES

Article 8 (1) k)

Par rapport au libellé proposé initialement, il est proposé de supprimer les termes „de campagne“.

Cette modification se justifie du fait que le recours à la procédure négociée ou à la procédure restreinte sans publication d'avis présente indéniablement une facilité pour le commettant et constitue une procédure d'exception dérogeant au principe général de la procédure ouverte (encore appelée soumission publique).

Lorsqu'il s'agit de choisir de l'équipement militaire, l'Armée luxembourgeoise s'inspire souvent de l'équipement en service auprès d'autres armées étrangères qui ont déjà fait leurs preuves. Pendant et après la phase de développement, ces équipements sont soumis à des contrôles de qualité rigoureux et leur aptitude à l'emploi militaire est certifiée par des bureaux d'études expérimentés et agréés.

Comme l'Armée luxembourgeoise manque de ressources matérielles et humaines et ne dispose pas d'un service de développement et d'étude pour effectuer des prospections élaborées suivies de tests technico-scientifiques, elle se voit contrainte de recourir soit aux spécifications techniques des fabricants, soit aux cahiers des charges établis par d'autres armées étrangères.

Dans le cas d'une procédure ouverte, dans le pire des cas, un produit qui ne convient pas totalement aux exigences des militaires devra être utilisé. Une telle situation est d'autant plus préjudiciable si l'équipement militaire convoité est parallèlement en service auprès d'une armée internationale. Disposant d'une modeste chaîne logistique dans le domaine du réapprovisionnement vers les théâtres d'engagement, le critère de standardisation des divers équipements et matériels, et non pas seulement des uniques équipements et matériels de campagne, constitue un précieux avantage pour l'armée.

Article 8 (2) a)

L'ajout „pour l'Armée“ se justifie alors que dans le cadre d'une catastrophe quelconque où l'intérêt national exigerait la réquisition de l'armée et qu'elle serait amenée à effectuer des missions en coopération avec les administrations énumérées au point (2) a), une standardisation des équipements et du matériel d'intervention, ainsi que des effets personnels de protection, d'équipement et de sécurité des membres des unités opérationnelles constituerait une plus-value indéniable pour l'ensemble de ces administrations. Une telle standardisation se fait par la procédure négociée.

Article 8 (3)

L'article 8 du projet de loi sur les marchés publics énumère limitativement les hypothèses dans lesquelles il peut être recouru à la procédure restreinte sans publication d'avis ou à la procédure négociée. Il s'agit d'un côté des marchés de très faible envergure, dont le seuil n'excède pas huit mille euros hors TVA, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948, et d'un autre côté des marchés à conclure dans des contextes particuliers, tels, à titre d'exemple, des marchés nécessaires en raison d'un événement imprévisible, des marchés réalisés à la fin de recherche ou d'expérimentation, des marchés hautement techniques ou scientifiques, des marchés complémentaires, ou encore des marchés à passer par des entités telles la Police Grand-Ducale ou l'Armée.

Il convient de noter que le seuil précité de huit mille euros hors TVA, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948 mis en application par voie de règlement grand-ducal, et fixé à 55.000.– euros, se trouve donc dans la marge de manoeuvre laissée par le seuil de huit mille euros hors TVA, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948.

Vu les besoins des différents pouvoirs adjudicateurs de pouvoir réagir rapidement et efficacement dans le cadre des missions de service public leur confiées, les obligeant de recourir souvent à des marchés publics, et en vue d'accélérer les projets d'investissement, il est prévu d'autoriser la procédure négociée et la procédure restreinte sans publication d'avis pour des marchés publics dont le montant total HTVA se situe entre 55.000.– euros, non indexés, et 14.000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948 (ce qui revient à 103.650 euros non indexés), sous condition de respecter certaines règles de procédure simplifiées par rapport à la procédure ouverte. Comme le seuil de 55.000.– euros, non indexé, est prévu par règlement grand-ducal, le montant de 55.000.– euros ne peut pas être précisé dans le projet de loi, et est uniquement indiqué par un renvoi à l'article 8 (1) a) de la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent donc désormais recourir à la procédure négociée ou à la procédure restreinte sans publication d'avis, sans devoir motiver particulièrement le recours à cette procédure, pour des marchés publics, allant jusqu'à 14.000 euros valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948.

Pour les marchés publics ne dépassant actuellement pas le seuil de 55.000 euros non indexés, prévu par règlement grand-ducal, aucune formalité particulière n'est requise (En effet, ni la loi ni le règlement d'exécution ne prévoient une formalité particulière); pour les marchés se situant entre 55.000 euros et 14.000 euros valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948 (donc 103.650 euros non indexés), au moins trois candidats doivent être contactés, soit pour soumissionner, soit pour entamer des négociations.

Au cours des négociations, les pouvoirs adjudicateurs doivent assurer l'égalité de traitement de tous les candidats, et il est interdit de donner, de manière discriminatoire, des informations susceptibles d'avantager certains d'entre eux.

En ce qui concerne la procédure restreinte sans publication d'avis, la procédure à suivre après que des soumissionnaires ont été invités, est identique à la procédure ouverte (soumission publique), de sorte que la transparence sera respectée.

Il est à noter que les pouvoirs adjudicateurs, en vue de repérer des candidats potentiels, ont la possibilité de procéder à un appel d'offres sous forme simplifiée.

Il s'agit de la publication d'un avis faisant part de l'intention du pouvoir adjudicateur de passer tel ou tel marché avec mention des coordonnées du pouvoir adjudicateur. Cette publication se fera sur le portail électronique des marchés publics auprès du Ministère des Travaux Publics, de sorte qu'un maximum d'entreprises pourront prendre connaissance de ces opportunités. Le portail des marchés publics est le site internet où sont actuellement publiés de manière centralisée tous les avis d'adjudication des différents pouvoirs adjudicateurs du Grand-Duché.

Les entreprises intéressées peuvent ensuite contacter le pouvoir adjudicateur afin d'obtenir les informations nécessaires en vue de la suite de la procédure.

Il est encore précisé que dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur ne repère pas trois candidats appropriés, il peut être fait exception au principe de demander des offres auprès de trois candidats.

Article 20 (4)

L'article 20 paragraphe (4) du projet de loi sur les marchés publics prévoit que des règlements grand-ducaux peuvent instituer des cahiers spéciaux des charges standardisés. Actuellement, le règlement grand-ducal du 8 juillet 2003 portant institution de cahiers des charges standardisés en matière de marchés publics institue des cahiers spéciaux des charges standardisés pour 30 corps de métiers dans le secteur de la construction. Ces documents volumineux ont été publiés sous forme d'annexe au Mémorial A.

Il s'est cependant avéré depuis lors que ces cahiers spéciaux des charges devraient être révisés régulièrement afin de tenir compte de l'évolution des différentes technologies et normes. Ces cahiers spéciaux ont été initialement élaborés par le CRTI-B (Centre de Ressources des Technologies de l'Information pour les Bâtiments) et sont régulièrement retravaillés par le CRTI-B, de sorte qu'une publication de ces cahiers spéciaux actualisés s'impose.

Afin de pouvoir donner la possibilité de s'adapter rapidement aux évolutions, il est proposé de prévoir à l'avenir par voie de règlement grand-ducal que le Ministre ayant dans ses attributions les Travaux publics pourra déclarer d'obligation générale lesdits cahiers spéciaux des charges et que ces documents standardisés et très techniques seront publiés par voie électronique sur le portail électronique des marchés publics auprès du Ministère des Travaux publics. De cette manière, les différents acteurs, à savoir les administrations, architectes et entrepreneurs pourront consulter par voie électronique les cahiers spéciaux des charges actualisés et les insérer de manière pratique dans les dossiers de soumission.

Il est à remarquer que l'article 112 de la Constitution dispose qu'„*Aucune loi, aucun règlement d'administration générale ou communale n'est obligatoire qu'après avoir été publié dans la forme déterminée par la loi.*“. Par la présente modification de l'article 20, le projet de loi sur les marchés publics prévoit expressément que les cahiers standardisés en matière de marchés publics sont publiés par voie électronique.

Article 81

Cet article vise à transposer l'article 30 de la directive 2007/17/CE. Conformément au paragraphe (1) des activités peuvent être exemptées de l'application des dispositions du livre III, et donc des exigences de procédure, si ces activités sont directement exposées à la concurrence et qu'il n'y a pas de limitation à l'accès de cette activité. Cette exemption est cependant subordonnée à une procédure de demande d'exemption.

L'initiative de cette exemption peut venir du ministre ayant dans ses attributions les travaux publics, de l'entité adjudicatrice elle-même ou encore de la Commission européenne elle-même.

Il faut dans le cadre de cette initiative qu'il soit démontré que l'activité en question est directement exposée à la concurrence.

Le ministre ayant dans ses attributions les travaux publics ou l'entité adjudicatrice doit faire la demande d'exemption conformément aux dispositions de la décision de la Commission européenne du 7 janvier 2005 relative aux modalités d'application de la procédure prévue à l'article 30 de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Cette décision a été publiée au Journal officiel de l'Union européenne le 11 janvier 2005 et explique en détail quels renseignements doivent être fournis à la Commission européenne afin que celle-ci puisse adopter une telle décision d'exemption.

La Commission européenne peut également de sa propre initiative prendre la décision d'exemption.

Service Central des Imprimés de l'Etat

5655/09

N° 5655⁹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI**sur les marchés publics**

* * *

AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(28.4.2009)

I. AMENDEMENTS PARLEMENTAIRES

Par dépêche du 16 avril 2009, le Président de la Chambre des députés a saisi le Conseil d'Etat de deux amendements que la commission des Travaux publics propose d'apporter au projet de loi mentionné sous rubrique. Le texte des amendements était accompagné d'un commentaire.

Les deux amendements constituent une réponse à des observations faites dans l'avis du Conseil d'Etat du 31 mars 2009 relatif au même projet de loi.

Amendement 1

Le texte proposé par la commission des Travaux publics a pour objet de compléter substantiellement le texte de l'article 1er du projet de loi auquel l'avis du Conseil d'Etat du 31 mars 2009 avait reproché d'abandonner à un règlement grand-ducal la définition de la notion „offre économiquement la plus avantageuse“. L'une des innovations que la loi en projet doit apporter au régime ordinaire des marchés publics, c'est que le choix du pouvoir adjudicateur se fera dorénavant, à la guise de ce pouvoir, soit selon le critère du prix le plus bas – critère objectif facile à vérifier, soit selon le critère (nouvellement défini) de l'offre économiquement la plus avantageuse – critère qualitatif qui irait à l'encontre du vœu de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement des opérateurs économiques mis en avant par les deux directives communautaires qu'il s'agit de transposer, s'il n'était pas entouré des barrières nécessaires contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur. Comme le Gouvernement est le principal pouvoir adjudicateur du pays, mais aussi la cheville ouvrière du pouvoir exécutif, il serait inopportun de lui abandonner la définition du critère et l'application de celui-ci.

Le texte proposé par la commission compétente de la Chambre des députés reprend la suggestion du Conseil d'Etat visant à ancrer dans le texte de la loi à venir l'essence de l'article 89 du règlement grand-ducal modifié du 7 juillet 2003. Ledit article fournit les précisions requises sur les critères à appliquer pour déterminer laquelle des offres présentées est à considérer comme constituant celle qui est économiquement la plus avantageuse.

Le texte de l'amendement prévoit en outre la possibilité pour le pouvoir adjudicateur – mais uniquement à titre d'exception – de ne pas indiquer dès la rédaction de l'avis de marché ou du cahier spécial des charges la pondération exacte des critères selon lesquels se déterminera l'offre économiquement la plus avantageuse, mais d'indiquer dans les documents mentionnés l'importance en ordre décroissant des critères retenus.

Le Conseil d'Etat peut en principe se déclarer d'accord avec l'approche retenue par l'amendement.

Le texte même de l'amendement donne lieu aux observations suivantes:

Le Conseil d'Etat suggère de rédiger le début du paragraphe 2 comme suit:

„Lorsque l'attribution doit se faire selon le principe de l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, ...“

L'insertion, dans le même paragraphe, des mots „entre autres“ est superflue. Puisque la commission des Travaux publics exprime le souhait de retenir entre les mains du législateur le pouvoir de déterminer les critères qui permettront de définir l'offre économiquement la plus avantageuse, il serait aberrant d'ouvrir la liste de ces critères et de permettre soit au pouvoir exécutif, soit à tout pouvoir adjudicateur, de la compléter à son gré, selon les besoins du moment ou la nature d'un marché public déterminé. Aussi le Conseil d'Etat propose-t-il d'écrire la suite de la première phrase du paragraphe 2 comme suit:

„... les critères suivants liés à l'objet du marché public en question sont pris en considération: la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, l'aspect social, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

Le pouvoir adjudicateur est libre de n'appliquer, pour un marché public déterminé, qu'une partie des critères énumérés à l'alinéa qui précède.“

Le Conseil d'Etat relève que le texte „... dont l'écart maximal doit être *approprié*“ du deuxième alinéa du paragraphe 3 doit être précisé dans la loi même, sinon dans le règlement grand-ducal qui exécutera la loi en projet.

Il propose de constituer le troisième alinéa du paragraphe 3 en paragraphe 4 pour bien relever que ce passage de texte constitue une exception par rapport à la règle générale énoncée au paragraphe 3. Le paragraphe 4 actuel deviendrait alors le paragraphe 5.

Amendement 2

Le texte proposé répond aux critiques et à l'opposition formelle exprimés par le Conseil d'Etat dans son avis du 31 mars 2009 au sujet de l'article 13 du projet de loi. La version amendée de l'article 13 prend les précautions exigées par le Conseil d'Etat: indication, dans la loi, des éléments justifiant l'exclusion temporaire d'un opérateur économique des marchés publics organisés par un pouvoir adjudicateur; distinction entre les hypothèses de résiliation d'un marché précis et d'exclusion des marchés à venir.

Le texte proposé par la commission des Travaux publics permet au Conseil d'Etat de renoncer à son opposition formelle.

Toutefois, le texte de l'amendement donne lieu aux observations de détail suivantes:

Le texte du paragraphe 3, alinéa 2, est à préciser afin qu'il en ressorte clairement si les peines de la résiliation (d'un marché précis) et de l'exclusion (de l'ensemble des marchés à venir pendant la période retenue par le pouvoir adjudicateur) peuvent être cumulées ou non. Le Conseil d'Etat estime qu'elles doivent pouvoir se cumuler, et propose le texte suivant pour l'ensemble du paragraphe 3:

„(3) Si l'une des irrégularités énumérées au paragraphe (4) du présent article a été commise par un opérateur économique, le pouvoir adjudicateur peut prendre à son égard, même cumulativement, les sanctions suivantes:

- l'exclusion temporaire de la participation aux marchés publics organisés par le pouvoir adjudicateur, pendant une durée ne pouvant pas dépasser deux ans;
- la résiliation aux torts de l'adjudicataire du marché public à l'occasion duquel l'irrégularité a été commise.“

Le lien entre le paragraphe 3 (exclusion ou résiliation sous condition qu'il y ait eu irrégularité) et le paragraphe 4 (énumération des cas de figure qui constituent des irrégularités) serait plus évident et plus ferme, si le texte du paragraphe 4 s'écrivait comme suit:

„(4) Constitue une irrégularité au sens du paragraphe (3) ci-dessus:

- a) ...
- b) ...
- c) ...“

Au paragraphe 5, le Conseil d'Etat suggère d'ajouter *in fine* le mot „écrites“, afin d'éviter qu'un entretien, par exemple téléphonique, plus ou moins impromptu, avec une personne plus ou moins autorisée et compétente, puisse être interprété comme constituant valablement les observations de l'opérateur sanctionné.

*

II. AMENDEMENTS GOUVERNEMENTAUX

Par dépêche du 16 avril 2009, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a également saisi le Conseil d'Etat d'une série d'amendements, élaborés par le ministre des Travaux publics, accompagnés d'un exposé des motifs et commentaire des articles.

Ces amendements poursuivent trois objectifs: il s'agit d'abord d'apporter au texte initial du projet de loi certains changements dans le but de mieux tenir compte des intérêts de l'Armée et, ensuite, d'y intégrer les textes qui figurent dans le projet de loi portant modification de l'article 8 et de l'article 20 de la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics¹; finalement, la modification proposée de l'article 81 répond à une opposition formelle formulée par le Conseil d'Etat dans son avis du 31 mars 2009.

Pour ce qui est des amendements des articles 8 et 20, le texte des amendements présentés ne diverge en rien des textes avisés le 31 mars dernier; le Conseil d'Etat se dispense de se prononcer une nouvelle fois.

Pour ce qui est de la question du régime légal applicable aux marchés d'un volume financier de faible envergure, elle a trouvé sa solution dans le règlement grand-ducal du 18 mars 2009 portant modification des articles 103, 156 et 161 du règlement grand-ducal portant exécution de la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988. En vertu de l'article 3 du règlement mentionné ci-dessus, les marchés d'une valeur inférieure à 55.000 euros peuvent être passés soit par soumission restreinte sans publication d'avis, soit par marché négocié.

Finalement, le Conseil d'Etat relève que les auteurs des amendements ont omis d'apporter une précision importante, du point de vue formel: puisque le texte du projet de loi faisant l'objet du document parlementaire *No 6010* est intégré par le truchement des amendements dans le corps de la future loi sur les marchés publics, faut-il considérer que le projet de loi *No 6010* est devenu sans objet?

Amendements concernant l'article 8, (1) k) et (2) a)

Ces deux amendements sont destinés à permettre à l'Armée de recourir à des procédures allégées d'attribution des marchés portant sur du matériel et des équipements, essentiellement dans le souci de rendre possible l'acquisition de matériel qui a fait ses preuves auprès de l'Armée d'un pays allié. Ce souci est encore patent lorsqu'il s'agit de faciliter des missions communes Armée/Police/Douanes. Le Conseil d'Etat marque son accord avec les amendements sous avis.

Amendement concernant l'article 8(3)

Le texte proposé ne suscite pas d'autre observation que celle faite sous les considérations introductives du point II du présent avis.

Amendement concernant l'article 20(4)

Cet amendement est issu du projet de loi *No 6010*, et ne fera donc plus l'objet d'un nouvel avis du Conseil d'Etat.

Amendement concernant l'article 81

Le texte sous avis présente une nouvelle formulation des principes ayant figuré à l'article 81 initial, qui avait le défaut de reprendre simplement le texte de la directive au lieu de le transposer dans la législation nationale. Le texte amendé répond aux critiques exprimées dans l'avis du 31 mars 2009 du Conseil d'Etat qui se voit donc en mesure de renoncer à l'opposition formelle qu'il y avait formulée. Il constate toutefois que le texte du paragraphe 5 accorde à la Commission européenne une autorisation dont celle-ci n'a pas besoin, et qu'elle lui impose une obligation, ce qui n'est pas respectueux des ordres législatifs différents dans lesquels évoluent la Commission et les Etats membres. Etant donné que le droit communautaire prime de toute façon le droit national luxembourgeois, le texte du paragraphe 5 peut être supprimé sans problème.

¹ Doc. parl. *No 6010*.

Le Conseil d'Etat relève finalement que l'article 85 du projet de loi initial, qui a fait l'objet d'une opposition formelle dans l'avis du 31 mars 2009, est maintenu dans sa forme originaire. Il se voit obligé de maintenir dès lors son opposition formelle.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 28 avril 2009.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Alain MEYER

5655/11

N° 5655¹¹**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI**sur les marchés publics**

* * *

AVIS COMPLEMENTAIRE DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(29.4.2009)

L'objectif des présents amendements au projet de loi No 5655 est d'une part de tenir compte des observations formulées par le Conseil d'Etat dans son avis du 31 mars 2009 sur le projet de loi No 5655 sur les marchés publics et d'autre part de reprendre également les modifications engendrées par le projet de loi No 6010 tel que déposé le 9 mars 2009 portant sur l'article 8 et l'article 20 paragraphe (2) alinéa 2 de la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics. Les auteurs entendent en effet reprendre les mesures prévues par les modifications proposées au projet de loi No 6010 dans le contexte du projet de loi No 5655. En outre il est prévu d'actualiser, pour les besoins de l'Armée, les dispositions relatives à la possibilité de pouvoir procéder par voie de procédure négociée et procédure restreinte sans publication d'avis.

La Chambre de Commerce note également que des amendements au projet de loi No 5655 adoptés par la Commission des Travaux Publics de la Chambre des Députés en date du 16 avril 2009 sont à leur tour soumis pour avis au Conseil d'Etat.

La Chambre de Commerce accueille favorablement les amendements gouvernementaux sous avis, bien qu'elle regrette quelque peu la précipitation de dernière minute avec laquelle cette réforme des marchés publics voit le jour à l'heure actuelle, ce qui ne permettra probablement pas de faire oeuvre législative complète et sans ambiguïté, telle que préconisée en tout point par le Conseil d'Etat et par la Chambre de Commerce dans son avis rendu le 18 février 2008 sur le projet de loi No 5655. Mais la Chambre de Commerce comprend le souci des autorités de transposer finalement en droit national les 4 directives communautaires en matière de marchés publics, afin de se conformer au droit communautaire, ce qui est l'objectif principal du projet de loi No 5655.

Les amendements ont essentiellement pour but de tenir compte des critiques fondamentales voire des oppositions formelles soulevées récemment par le Conseil d'Etat dans son avis du 31 mars 2009 à propos du projet de loi No 5655. Il en est ainsi des modifications portant notamment sur l'article 81.

La Chambre de Commerce se doit néanmoins de noter qu'apparemment les amendements gouvernementaux sous avis, et même les amendements parlementaires du 16 avril 2009 que la Chambre de Commerce n'entend pas aviser mais a néanmoins consulté avec intérêt, ne tiennent pas entièrement compte des remarques fondamentales faites par le Conseil d'Etat dans son avis du 31 mars 2009. Il en est ainsi pour les observations de la Haute Corporation à propos de l'article 85 notamment, où il aurait été possible de supprimer le premier paragraphe de cette disposition et reprendre les mêmes formulations que celles suggérées pour l'article 81 dans le cadre des amendements sous avis, afin de rencontrer l'argumentation du Conseil d'Etat de la régularité de la transposition des dispositions communautaires en droit national.

Tenant compte des objectifs principaux de la réforme des marchés publics à poursuivre par le projet de loi No 5655 et dans la mesure où la Chambre de Commerce estime que l'ensemble de ces mesures garantiront une certaine flexibilité et une simplification des procédures dans le cadre de la réglementation des marchés publics à l'avenir, indispensables à la réalisation d'une politique d'investissement efficace envisagée par le Gouvernement ou d'autres collectivités territoriales ou entités assimilées et

nécessaire à l'heure actuelle, eu égard à la crise économique et les difficultés auxquelles sont confrontés les acteurs économiques, la Chambre de Commerce peut se rallier aux amendements sous avis.

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce est en mesure d'approuver les amendements gouvernementaux au projet de loi No 5655.

5655/10

N° 5655¹⁰**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI**sur les marchés publics**

* * *

RAPPORT DE LA COMMISSION DES TRAVAUX PUBLICS

(30.4.2009)

La Commission se compose de: M. Lucien CLEMENT, Président-Rapporteur; Mmes Sylvie ANDRICH-DUVAL, Anne BRASSEUR, MM. Fernand DIEDERICH, Fernand ETGEN, Ali KAES, Mme Viviane LOSCHETTER, MM. Robert MEHLEN, Marcel SAUBER, Jos SCHEUER et Roland SCHREINER, Membres.

*

I. ANTECEDENTS

En date du 19 décembre 2006, Monsieur le Ministre des Travaux Publics a déposé le projet de loi sous rubrique à la Chambre des Députés.

Le texte était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

L'avis de la Chambre des Métiers est parvenu à la Chambre des Députés le 28 août 2007.

Lors de sa réunion du 17 décembre 2007, la Commission des Travaux publics a désigné son Président, M. Lucien Clement, comme rapporteur.

En date du 18 février 2008, la Chambre de Commerce a rendu son avis sur le projet sous revue.

L'avis du Syndicat des Villes et Communes Luxembourgeoises date du 25 février 2008.

Le Conseil Supérieur des Personnes Handicapées s'est prononcé quant au projet de loi sous rubrique le 22 septembre 2008 et la Chambre d'Agriculture a rendu son avis le 24 septembre 2008.

Le Conseil d'Etat a rendu son avis en date du 31 mars 2009.

Lors des réunions du 15 et du 16 avril 2009 la Commission parlementaire a examiné le projet de loi, les avis du Conseil d'Etat ainsi que les avis des Chambres professionnelles et les autres avis rendus.

Par dépêche du 16 avril 2009, le Président de la Chambre des Députés a transmis au Président du Conseil d'Etat les amendements adoptés par la Commission des Travaux publics.

En date du 28 avril 2009, le Conseil d'Etat a rendu un avis complémentaire.

Lors de la réunion du 30 avril 2009, la Commission parlementaire a examiné l'avis complémentaire du Conseil d'Etat et a adopté le présent rapport.

*

II. CONSIDERATIONS GENERALES**A. Situation légale et réglementaire actuelle**

La loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics actuellement est divisée en trois livres. Alors que le livre I regroupe les dispositions générales applicables en matière de marchés publics, les livres II et III transposent en droit national les directives européennes applicables en matière de marchés

publics. Cette loi est entrée en vigueur le 1er septembre 2003 et forme une version coordonnée et modernisée de la législation sur les marchés publics datant du 4 avril 1974.

Le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics présente cette même subdivision en trois livres et contient les règles d'exécution correspondantes. Ainsi le livre I contient les dispositions générales applicables à tous les marchés publics, dont notamment le cahier général des charges applicable à tous les pouvoirs adjudicateurs, tandis que les livres II et III contiennent les règles d'exécution prévues par les directives afférentes précitées.

Il y a lieu de préciser que les dispositions des livres II et III n'ont vocation qu'à s'appliquer pour les marchés publics dépassant un certain seuil fixé par les directives y afférentes.

Comme entre-temps de nouvelles directives en matière de marchés publics ont été adoptées, la législation nationale doit être adaptée aux nouvelles exigences communautaires. Il s'agit de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Cette directive est transposée par les livres II du projet de loi sous rubrique et le projet de règlement grand-ducal d'exécution. La directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux est transposée par les livres III de ces mêmes projets de loi et de règlement grand-ducal.

Le projet de loi sous rubrique, de même que le projet de règlement d'exécution gardent la même structure que les textes de 2003. Ceci garantit la lisibilité et la meilleure cohérence possible pour les administrés, qui utilisent actuellement quotidiennement les textes de 2003. La loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics sera abrogée par le présent projet de loi.

B. Lignes directrices

A l'instar de la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics, les dispositions purement nationales se retrouvent dans le livre I du projet de loi. Quelques modifications ponctuelles ont dû être apportées au texte de loi du 30 juin 2003, ce notamment en raison des dispositions des directives qui intéressent tous les marchés, et de la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle et des juridictions administratives.

Les grands principes établis par la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics restent naturellement en vigueur. Il s'agit des principes relatifs à la transparence des procédures, l'égalité de traitement des participants, le recours à la concurrence, la gestion judicieuse des deniers publics, la prise en compte des aspects environnementaux et la promotion du développement durable.

En sus il convient de mentionner les principes directeurs des nouvelles directives en matière de marchés publics, que le projet de loi sous rubrique vise à transposer.

Les textes communautaires ont été simplifiés et clarifiés de sorte que les marchés publics sont désormais régis par deux directives. Cette simplification se répercute évidemment sur le projet de loi sous rubrique.

Les procédures de passation des marchés publics ont été modernisées et adaptées aux besoins de plus en plus variés des pouvoirs adjudicateurs. Ainsi la procédure du dialogue compétitif et les accords-cadres sont-ils deux nouvelles procédures par lesquelles des marchés publics peuvent être attribués.

En plus, les directives définissent comment les pouvoirs adjudicateurs peuvent contribuer à la protection de l'environnement et à la promotion du développement durable tout en leur garantissant la possibilité d'obtenir pour leurs marchés le meilleur rapport qualité/prix. La dimension sociale dans les marchés publics est également renforcée.

Une autre priorité est l'importance donnée à la technologie électronique. En effet, l'évolution des technologies de l'information a révolutionné les attentes et les pratiques de ces dernières années. Les nouvelles directives comprennent des adaptations importantes à la technologie électronique tout en veillant à maintenir en place les procédures existantes.

Toutes ces améliorations et précisions contenues dans les deux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE sont transposées par le présent projet de loi et le projet de règlement d'exécution.

Finalement le projet de loi sous rubrique tient encore compte du fait que le Gouvernement a décidé d'adopter un plan de relance de l'économie visant à maintenir à un niveau élevé les investissements publics.

C. Nouveautés saillantes

a. *Procédure restreinte et procédure négociée*

Dans l'esprit d'accélérer et de simplifier l'investissement public dans le cadre du plan de relance de la conjoncture, l'article 8 paragraphe (3) prévoit que les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à la procédure négociée ou à la procédure restreinte sans publication d'avis, sans devoir motiver particulièrement le recours à cette procédure, pour des marchés publics, allant jusqu'à 14.000 euros valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948.

Il convient de remarquer qu'en application de l'article 8 paragraphe (1) a) du projet de loi, il peut être recouru à la procédure négociée ou à la procédure restreinte sans publication d'avis dans l'hypothèse d'un marché de très faible envergure, dont le seuil n'excède pas huit mille euros hors TVA, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948.

Le seuil actualisé en application de cette disposition est fixé par voie de règlement grand-ducal, et s'élève actuellement, en vertu du règlement grand-ducal du 18 mars 2009 portant modification des articles 103, 156 et 161 du règlement grand-ducal portant exécution de la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics à 55.000 euros. Ce seuil sera par ailleurs maintenu par le projet de règlement portant exécution du présent projet de loi.

Afin que cette procédure négociée ou procédure restreinte sans publication d'avis puisse également être appliquée à des marchés plus importants, le présent article introduit une procédure applicable aux marchés dont l'envergure se situe entre le seuil prévu dans l'article 8 paragraphe (1) a), donc fixé par le règlement grand-ducal susmentionné à 55.000 euros et 14.000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948 (ce qui revient à 103.650 euros non indexés), sous condition de solliciter trois offres.

Pour les marchés publics ne dépassant actuellement pas le seuil de 55.000 euros non indexés, aucune formalité particulière n'est requise; pour les marchés se situant entre 55.000 euros et 14.000 euros valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948 (donc 103.650 euros non indexés), au moins trois candidats doivent être contactés, soit pour soumissionner, soit pour entamer des négociations.

La possibilité de recourir à ces procédures simplifiées permettra aux divers pouvoirs adjudicateurs de pouvoir accélérer les investissements dans le plan de relance général développé par le Gouvernement. Les procédures sont assouplies pour des marchés d'une certaine importance, mais les procédures comportant publicité demeurent évidemment obligatoires pour les marchés dépassant le seuil actualisé de 103.650 euros. Pour les marchés en dessous de ce seuil, ces procédures restent toujours possibles, mais ne sont pas obligatoires.

b. *Les modes d'attribution du marché*

Le pouvoir adjudicateur a le choix en ce qui concerne le mode d'attribution d'un marché; il peut soit choisir l'offre au prix le plus bas, soit l'offre économiquement la plus avantageuse.

Le projet de loi cite plusieurs critères qui peuvent être utilisés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Ces critères doivent être pondérés sauf en cas d'impossibilité pour des raisons démontrables. Sont notamment prévus comme critères les caractéristiques environnementales et l'aspect social.

c. *L'exclusion de la participation aux procédures des marchés publics et la résiliation d'un marché public*

La Cour Constitutionnelle a jugé que l'exclusion même à temps de la participation aux marchés publics est une peine au sens de l'article 14 et doit être établie par une loi.

L'article 13 du projet de loi prévoit précisément des dispositions relatives à l'exclusion de la participation aux marchés publics, de même que des dispositions relatives à la résiliation d'un marché public. Ont été prévus dans cet article les motifs qui peuvent mener à la résiliation et à l'exclusion. La durée maximale de l'exclusion a été fixée à 2 ans.

Il est constant que les marchés dont un opérateur économique sera exclu ne seront que ceux du pouvoir adjudicateur prononçant l'exclusion. De même la consultation de la Commission des Soumissions demeure obligatoire.

Un recours en réformation auprès du Tribunal administratif est ouvert contre la décision d'exclusion.

d. Prise en compte de la technologie électronique

Les directives mettent les moyens électroniques sur un pied d'égalité avec les moyens classiques de communication. Les moyens électroniques dans les procédures des marchés publics permettent d'élargir la concurrence et d'améliorer l'efficacité des procédures par un gain de temps notable.

Les dispositions y relatives sont transposées par le projet de loi sous rubrique et le projet de règlement d'exécution.

Les pouvoirs adjudicateurs sont incités à faire un plus grand usage des moyens électroniques.

En pratique, un portail des marchés publics a été mis en place au département des travaux publics qui permet de faire la publication des avis publics relatifs aux marchés publics de façon électronique. Il s'agit d'un portail électronique qui assure la publication des avis pour tous les pouvoirs adjudicateurs existant au Grand-Duché et visés par la présente loi.

Actuellement, l'informatisation des procédures des marchés publics jusqu'à la remise des offres est en cours et tient compte de toutes les dispositions y afférentes contenues dans le présent projet de loi.

e. Adaptation des procédures de passation des marchés publics

o Le dialogue compétitif

Le dialogue compétitif constitue une procédure particulière qui a des traits en commun aussi bien avec la procédure restreinte avec publication d'avis qu'avec la procédure négociée avec publication d'un avis de marché. Le dialogue compétitif se distingue principalement de la procédure restreinte du fait que des négociations concernant tous les aspects du marché sont autorisées et de la procédure négociée par le fait que, pour l'essentiel, les négociations sont concentrées à une phase particulière dans le déroulement de la procédure.

L'intérêt de prévoir la procédure du dialogue compétitif est que les pouvoirs adjudicateurs qui réalisent des projets particulièrement complexes peuvent être dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques ou de solutions financières ou juridiques. Cette situation peut notamment se présenter pour la réalisation d'infrastructures de transport intégrées, la réalisation de grands réseaux informatiques ou la réalisation de projets comportant un financement complexe, dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance.

Il s'agit d'une procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché.

o L'accord-cadre

L'accord-cadre constitue une procédure où le pouvoir adjudicateur suit une des procédures classiques d'attribution du marché et attribue dans une première phase le marché sur base de critères objectifs tels que la qualité, le prix, la quantité ou la valeur technique.

Le pouvoir adjudicateur ne choisit cependant pas nécessairement une seule offre. Au terme de cette première phase, il peut attribuer le marché soit à un seul opérateur économique ou à plusieurs opérateurs qui s'engagent à respecter tout au long de l'accord-cadre les conditions y fixées. Dans cette hypothèse, il y a une remise en concurrence entre les opérateurs retenus après la première phase. Ils peuvent soit simplement maintenir leur offre, soit l'améliorer.

o Les centrales d'achat

Le projet de loi prévoit que plusieurs pouvoirs adjudicateurs peuvent se regrouper afin de centraliser leurs achats. Ces centrales doivent évidemment respecter les règles des procédures des marchés publics telles que prévues par le présent projet de loi.

f. Nouveautés dans le livre III

Le livre III contient les dispositions spécifiques aux marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Ce livre vise à transposer en droit national les dispositions de la directive 2004/17/CE.

Le secteur des télécommunications ne tombe plus dans le champ d'application du livre III alors qu'un cadre législatif a été adopté au niveau communautaire afin d'introduire dans ce secteur une concurrence effective, en droit et en fait. En conséquence, il n'a plus été estimé nécessaire de réglementer les acquisitions de tels services de télécommunications par une directive.

Les activités des secteurs postaux entrent dorénavant dans le champ d'application du livre III.

Les procédures prévues dans le livre III dénotent une plus grande flexibilité.

g. Terminologie

Finalement la terminologie de la législation nationale est adaptée à celle utilisée par les directives, de telle sorte qu'on utilisera désormais les termes „procédure ouverte“ au lieu de „soumission publique“, „procédure restreinte“ au lieu de „soumission restreinte“. La procédure du „marché négocié“ sera désormais désignée comme „procédure négociée“.

D. Analyse des avis

a. Avis de la Chambre des Métiers et de la Chambre de Commerce

La Chambre des Métiers et la Chambre de Commerce félicitent les auteurs du projet de loi pour l'approche formelle choisie de remplacer l'intégralité de la loi tout en gardant la même structure ainsi que pour la cohérence terminologique et la lisibilité du texte sous rubrique. Tout en approuvant, d'une manière générale, les mesures envisagées et tout en saluant plus particulièrement le recours renforcé aux technologies électroniques dans le cadre des marchés publics et l'introduction de nouveaux modes de passation tels que les accords-cadres ou encore les centrales d'achat, elles émettent, néanmoins, un certain nombre de critiques ponctuelles.

Ainsi, les deux chambres expriment des réticences en ce qui concerne les procédures d'exception remettant en cause le cumul de la décision de motivation et de la décision d'attribution et s'opposant au doublement du seuil en dessous duquel la saisine de la Commission des soumissions dans le cadre d'une procédure négociée n'est pas obligatoire.

La Chambre de Commerce se montre également réservée concernant le relèvement du seuil pour les marchés complémentaires.

Quant à la Chambre des Métiers, elle ne se déclare d'accord avec l'utilisation de la procédure du dialogue compétitif que si cette dernière reste exceptionnelle et ne s'impose que dans un cadre strict. Elle met encore en garde contre une utilisation intempestive et irréfléchie des partenariats publics-privés et propose dans ce contexte d'utiliser ou du moins de s'inspirer de la méthode éprouvée à l'époque de la construction du complexe „Geesseknäpchen“.

b. Avis du Syndicat des Villes et Communes Luxembourgeoises (SYVICOL)

Le Syvicol „salue les différents concepts innovants devant garantir au secteur communal une plus grande flexibilité en matière de passation de marchés et augmentant sensiblement la marge de manœuvre des pouvoirs publics.“. Il mentionne notamment l'introduction des accords-cadres et du dialogue compétitif qui ouvre notamment la porte à la mise en œuvre du partenariat public-privé pour réaliser des grands projets d'investissement comportant un financement complexe et structuré. De même la possibilité du recours à des centrales d'achat est accueillie favorablement.

En ce qui concerne la clause préférentielle en faveur d'un soumissionnaire local, la Commission parlementaire, suite aux explications de Monsieur le Ministre, a pris note que le seuil d'application est augmenté par le présent projet de loi de 12.500 euros à 20.000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948, mais qu'il ne convient pas d'étendre encore le champ d'application de cette clause, afin d'éviter d'éventuels abus au principe de non-discrimination des concurrents.

En conclusion, le Syvicol accueille favorablement le présent projet de loi.

c. Avis du Conseil Supérieur des Personnes Handicapées (CSPH)

Le Conseil Supérieur des Personnes Handicapées prend note que *„l'importance de la protection de l'environnement et du développement durable sont bien repris dans le texte principal, tandis que les possibilités de prise en compte de critères sociaux respectivement de critères d'accessibilité sont plutôt mentionnées dans le projet de règlement d'exécution.*

Le Conseil Supérieur des Personnes Handicapées aurait souhaité retrouver dans le projet de loi, respectivement le projet de règlement grand-ducal, une référence à la législation relative à l'accessibilité des lieux ouverts au public“.

En conclusion, le CSPH conclut que *„le projet de loi sur les marchés publics aurait pu constituer un pas beaucoup plus conséquent vers la mise en place d'infrastructures et de services qui tiennent compte de la diversité croissante des citoyens“.*

La Commission Parlementaire précise que par amendement parlementaire, l'énumération des critères pouvant servir à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, a été insérée dans l'article 11 du projet de loi sur les marchés publics, et parmi ces critères figure précisément l'aspect social.

Quant aux critères d'accessibilité pour personnes handicapées, ils trouvent leur place dans le projet de règlement d'exécution, alors qu'il s'agit de spécifications au niveau technique qui sont toutes réglées au niveau réglementaire.

Le CSPN approuve finalement l'introduction de la possibilité de réserver le droit de participation aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés, et ce non seulement pour les marchés dépassant le seuil prévu par les directives et encourage les pouvoirs adjudicateurs d'y avoir recours pour autant que possible.

d. Avis de la Chambre d'Agriculture

Dans son avis, la Chambre d'Agriculture met en exergue le rôle important joué par l'Etat dans le cadre des services de restauration collective dans la mesure *„qu'il s'adresse à des catégories de la population qui sont très sensibles à une alimentation saine et équilibrée, notamment les jeunes dans les écoles, les malades dans les hôpitaux et les personnes âgées dans les maisons de retraite“.*

En plus la Chambre d'Agriculture estime *„que pour les consommateurs dont est question, l'Etat doit garantir la qualité de l'information qui leur est due, leur donner confiance dans la qualité des produits et choisir pour eux en toute connaissance de cause. L'Etat en tant qu'acheteur des produits alimentaires constitue ainsi un maillon de la chaîne alimentaire et doit porter sa responsabilité comme les autres intervenants“.*

Finalement, la Chambre d'Agriculture est d'avis *„qu'il faudra dès lors intégrer des critères prévoyant l'obligation pour les décideurs de veiller à des aspects et problèmes liés à l'environnement, à la promotion du développement durable et à la responsabilité sociale des entreprises“.*

En intégrant par voie d'amendement parlementaire les critères pouvant servir à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse dans le projet de loi sous rubrique, il est tenu compte des considérations de la Chambre d'Agriculture dans la mesure que ces critères servent à inciter les pouvoirs adjudicateurs responsables pour la commande publique de ne pas utiliser le prix comme unique critère d'adjudication. Parmi ces critères figurent l'aspect environnemental et l'aspect social. En ayant recours à ces critères, la demande publique peut davantage tenir compte des attentes des consommateurs, telles les personnes fréquentant la restauration publique.

Le projet de règlement d'exécution détermine les spécifications techniques qui peuvent être utilisées dans les marchés publics, et prévoit notamment la possibilité des éco-labels.

En ce qui concerne l'observation faite relative à l'article 13, il y a lieu de remarquer que la violation des dispositions légales en matière de droit de travail, droit social, droit fiscal ou encore droit de l'environnement est englobée dans le concept de manque de probité commerciale ou encore faute grave dans l'exécution des marchés. En effet, il est impossible de prévoir d'une manière exhaustive toutes les irrégularités pouvant subvenir dans le cadre d'un marché public.

En ce qui concerne l'article 18 relatif à la clause préférentielle en faveur d'un soumissionnaire local, la Commission estime qu'il ne convient pas d'augmenter le pourcentage de 5 pour cent à 20 pour cent, alors qu'un tel pourcentage risque d'être interprété comme discriminatoire pour les entreprises situées dans des communes limitrophes.

e. Avis du Conseil d'Etat

Observations générales

Le Conseil approuve que la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics est abrogée pour la raison que „la disparition de l'ancienne loi et son remplacement intégral par une nouvelle loi maintiendront la cohérence interne de la législation sur les marchés publics“.

Il estime que „le plan développé par les auteurs du projet de loi préserve une ligne droite qui évite au lecteur de sombrer dans l'incompréhension complète d'une matière indigeste“, „même si l'échafaudage logique est perturbé par le Livre III qui apporte des exceptions supplémentaires en sortant du régime commun des pans entiers de l'économie, comme les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports ou encore des services postaux“.

La Haute Corporation fait part de son étonnement qu'il „y aurait nécessité à adapter les procédures des marchés publics aux besoins réels“, „ces procédures traditionnelles étant souvent jugées comme trop rigides par rapport aux réalités de l'achat public“ et se demande à qui incombe la responsabilité que les „procédures traditionnelles“ actuellement applicables doivent être jugées comme trop rigides par rapport aux réalités, alors que le texte de 2003 se base également sur des directives communautaires datant des années 1990.

Le Conseil d'Etat remarque que „les emprunts et les contrats d'assurance à conclure par les communes et les établissements publics, s'ils atteignent l'envergure des marchés visés par la future loi, doivent donc faire l'objet d'une procédure de marché public et doivent donc être attribués au soumissionnaire qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse“.

Finalement la Haute Corporation espère que le changement terminologique „qu'apporte le projet de loi – en remplaçant les termes „soumission“ et „marché“ par celui de „procédures“ – ne doit pas annoncer un renforcement de la mentalité procédurière qui voit la procédure des marchés publics aboutir à une procédure judiciaire, et non pas à la conclusion d'un contrat de fourniture de matériel ou de services“.

Observations ponctuelles

La Haute Corporation a formulé des observations quant à différents articles, et toutes ces observations ont été discutées au sein de la Commission parlementaire.

La Commission parlementaire s'est ralliée à plusieurs observations et recommandations faites par le Conseil d'Etat, mais n'a pas pu les suivre toutes alors qu'il fut estimé indiqué à plusieurs reprises de se tenir au texte des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE afin de garantir une transposition conforme.

Quant aux quatre oppositions formelles formulées par la Haute Corporation, il en fut tenu compte dans la mesure que deux fois l'alinéa, voire le paragraphe qui a fait l'objet de ces oppositions, ont été rayés. Il s'agit du paragraphe (5) de l'article 20 et du paragraphe (1) de l'article 85. L'article 81 a été reformulé par voie d'amendement gouvernemental et l'article 13 a été modifié par voie d'amendement parlementaire.

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat précise qu'en ce qui concerne les amendements gouvernementaux des articles 8 et 20, le texte des amendements présentés ne diverge en rien des textes avisés le 31 mars dernier et que la Haute Corporation se dispense de se prononcer une nouvelle fois.

Le Conseil d'Etat prend note dans cet avis que la question du régime légal applicable aux marchés d'un volume financier de faible envergure a trouvé sa solution dans le règlement grand-ducal portant exécution de la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10 de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988. En effet, l'article 3 de ce règlement mentionne que les marchés d'une valeur inférieure à 55.000 euros peuvent être passés soit par soumission restreinte, soit par marché négocié.

Quant à la question soulevée quant aux suites qui sont réservées au projet de loi No 6010, la Commission des Travaux publics remarque qu'il est devenu sans objet et qu'il ne sera pas soumis au vote par la Chambre des Députés.

f. Les Chambres professionnelles face aux nouveautés en matière de marchés publics dans le cadre du plan de relance de l'économie

Afin de tenir à un niveau élevé les investissements publics, le Gouvernement a décidé d'adopter un plan de relance de l'économie. Il fut initialement prévu de modifier la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics, plus concrètement en étendant la possibilité de recourir à la procédure négociée ou à la procédure restreinte pour des marchés se situant entre 55.000 euros et 14.000 euros valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948 (donc 103.650 euros non indexés) et en prévoyant la possibilité de publier les cahiers spéciaux des charges par voie électronique. Ces deux modifications ont fait l'objet d'un projet de loi intitulé „*projet de loi portant modification de l'article 8 et de l'article 20 de la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics*“, et portant le numéro de document parlementaire 6010.

Plusieurs chambres professionnelles se sont exprimées quant à ce projet de loi No 6010, dont le texte est également repris, en tenant compte de la modification de la terminologie, dans le projet de loi sous rubrique, dans les articles 8 paragraphe (3) et 20 paragraphe (4).

Ainsi, la Chambre des Fonctionnaires et Employées publics se contente de prendre note de l'ensemble des projets de loi déposés dans le cadre du „plan de conjoncture“, la Chambre des Métiers ainsi que la Chambre de Commerce ont rédigé des avis sur certains des projets.

La Chambre de Commerce salue le projet de loi No 6010 et en particulier toutes les mesures qui s'inscrivent dans le cadre d'une simplification administrative.

La Chambre des Métiers approuve le projet de loi No 6010 tout en constatant que face à l'effondrement dramatique „de la demande privée en matière de logements, tant en volume qu'au niveau des prix, le secteur public tarde à réagir pour mettre sur le marché les projets d'investissements publics annoncés“ et lance un appel à ce que le flux des appels d'offre démarre au plus vite.

La Chambre des Salariés marque son accord avec le projet de loi sous rubrique. Elle estime cependant que les modifications envisagées devraient être limitées dans le temps et faire l'objet d'une évaluation dans un délai raisonnable.

E. Commentaire des articles

Le texte qui a été retenu par la Commission des Travaux Publics tient dans une large mesure compte des avis du Conseil d'Etat. En ce qui concerne les Livres II et III, la Commission a cependant opté à plusieurs reprises de se tenir au texte des directives européennes au lieu de suivre l'avis du Conseil d'Etat, afin de garantir que les dispositions des directives soient transposées correctement.

Ont été analysés seulement les articles pour lesquels le Conseil d'Etat a fait des commentaires ou des propositions d'amélioration de texte. Pour le surplus, il est renvoyé au commentaire des articles.

Article 3:

Le Conseil d'Etat avait suggéré de donner à la définition de l'„ouvrage“ „cachée“ maintenant dans la phrase finale du No 1.b) une place plus en vue dans un numéro spécifique (nouveau No 10).

La Commission des Travaux Publics constate que le terme „ouvrage“, qui figure actuellement dans la définition de „marchés publics de travaux“, a un lien avec cette dernière, alors que le terme d'ouvrage est à lire en relation avec le terme d'ouvrage et qu'en suivant la suggestion du Conseil d'Etat, il figurera entre deux termes avec lesquels il n'a aucun lien.

Elle constate d'ailleurs que les auteurs du projet de loi ont repris exactement le texte de la directive.

La Commission des Travaux Publics décide ainsi de ne pas suivre la proposition du Conseil d'Etat de peur de ne pas suivre la logique de la directive et ainsi de ne pas transposer correctement cette dernière.

Le Conseil d'Etat avait en outre proposé de lire „la proposition visée au premier alinéa du présent numéro“ au lieu de simplement „au premier alinéa“. La Commission des Travaux publics décide de suivre cette proposition.

Article 4:

La Commission des Travaux Publics décide de suivre le Conseil d'Etat dans sa première proposition et de remplacer les termes „... concernant leurs offres ...“ par les termes „... concernant leurs dossiers ...“.

Article 7:

La Commission des Travaux Publics se rallie à l'avis du Conseil d'Etat et décide de remplacer à l'alinéa 1 les termes „... d'un marché public de travaux ...“ par les termes „... lorsqu'il s'agit d'un marché des public de travaux ...“ conformément à l'avis du Conseil d'Etat.

Néanmoins la Commission des Travaux Publics ne saurait se rallier à l'avis du Conseil pour l'introduction d'une formule de glissement du seuil supérieur étant donné que l'article 21 ne fait que transposer le seuil d'application de la directive 2004/18/CE qui n'est adaptable à l'évolution de l'indice des prix à la consommation.

Article 8:

La Commission des Travaux Publics se rallie à l'avis du Conseil d'Etat concernant les formules à préciser et décide en conséquence:

- de retirer la notion d'opération du paragraphe 1er, a), alinéa 2
- de remplacer au paragraphe 1er, g):

„projet initialement envisagé“ par „projet qui a fait l'objet du marché initialement conclu“; et „circonstances imprévues“ par „circonstances imprévisibles“.

Monsieur le Ministre des Travaux Publics a présenté dans le cadre de cet article trois amendements gouvernementaux. Le premier amendement consiste à étendre dans l'article 8 (1) k) la possibilité de recourir à la procédure négociée ou à la procédure restreinte sans publication d'avis pour les marchés de l'Armée pour des besoins d'une standardisation des matériels et équipements. La limitation aux seul „matériel et équipement de campagne“ n'est partant plus prévue dans le projet de loi. Le deuxième amendement prévoit dans le paragraphe (2) a) également la possibilité pour l'armée de recourir à la procédure négociée pour des besoins de standardisation des équipements et du matériel d'intervention ainsi que des effets personnels de protection et de sécurité des membres d'intervention. A l'instar du Conseil d'Etat dans son avis complémentaire, la Commission des Travaux Publics n'a pas d'objection à ces amendements.

Finalement en ce qui concerne le troisième amendement gouvernemental, Monsieur le Ministre des Travaux Publics a précisé qu'il y a lieu de tenir compte de la modification de l'article 8 telle que proposée par le projet de loi portant modification de l'article 8 et de l'article 20 de la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics (avis du Conseil d'Etat du 31 mars 2009 No 48.378; doc. parl: 6010) et d'introduire par conséquent un nouveau paragraphe 3 qui reprend exactement le texte du projet de loi et dispose:

„(3) Il peut être recouru soit à la procédure restreinte sans publication d'avis, soit à la procédure négociée lorsque le montant total du marché se situe entre le seuil fixé suivant le paragraphe (1) point a) par voie de règlement grand-ducal et quatorze mille euros hors TVA, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948, sous condition que le pouvoir adjudicateur, dans l'hypothèse d'une procédure restreinte sans publication d'avis, invite au moins trois candidats à soumissionner, et dans l'hypothèse d'une procédure négociée, admet au moins trois candidats aux négociations, à condition chaque fois qu'il y ait un nombre suffisant de candidats appropriés.“

Monsieur le Ministre des Travaux Publics explique encore que le seuil inférieur d'application de cet article est actuellement fixé par le règlement grand-ducal du 18 mars 2009 portant exécution de la loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10 de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 à 55.000 euros.

La Commission des Travaux Publics, de même que le Conseil d'Etat dans son avis complémentaire, se déclare d'accord avec une telle insertion.

Article 10:

Monsieur le Ministre des Travaux Publics explique que le terme „entreprise générale“ figurait déjà dans la loi du 30 mars 2003 sur les marchés publics, qu'il n'y a eu jusqu'à ce jour aucun problème avec cette notion, connue depuis plusieurs décennies dans le milieu du bâtiment et que l'élaboration d'une telle définition globale et répondant aux divers cas de figure pose problème, le Conseil d'Etat n'ayant d'ailleurs fait aucune proposition.

La Commission des Travaux Publics décide qu'il n'est pas opportun d'introduire une telle définition dans le projet de loi.

La Commission des Travaux Publics approuve le nouveau texte proposé par le Conseil d'Etat pour le paragraphe (3).

Article 11:

Dans son avis du 31 mars, le Conseil d'Etat n'était pas d'accord à ce que la définition de la notion „économiquement la plus avantageuse soit abandonnée à un règlement grand-ducal et suggère que les auteurs du projet de loi sous avis intègrent dans le texte du projet de loi le texte figurant à l'actuel article 88 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003.

Suite aux explications de Monsieur le Ministre, la Commission des Travaux Publics estime qu'il est préférable de faire référence au texte du nouveau règlement grand-ducal, qui est actuellement soumis à l'avis du Conseil d'Etat dont l'objet est de transposer communément avec l'actuel projet de loi les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE et qui règle en détail le concept de l'offre économiquement la plus avantageuse.

La Commission des Travaux Publics est d'accord de modifier cet article par voie d'amendement parlementaire, mais estime qu'il n'est pas souhaitable de faire figurer les termes „*par exemple*“ dans le texte de loi et propose de remplacer ces termes par „*entre autres*“ au deuxième paragraphe.

Le Conseil d'Etat a rendu un avis complémentaire quant à cet amendement parlementaire, et la Commission des Travaux Publics se rallie aux observations faites par le Conseil d'Etat et approuve le texte proposé pour le paragraphe (2).

En ce qui concerne la remarque formulée par la Haute Corporation que le passage de texte au deuxième alinéa du paragraphe (3) „... dont l'écart maximal doit être approprié“ devrait être précisé, Monsieur le Ministre des Travaux Publics explique qu'il sera tenu compte de cette remarque dans le projet de règlement grand-ducal qui sera amendé afin de préciser cette disposition. La Commission des Travaux Publics prend note de cette explication et se déclare d'accord que cette disposition soit clarifiée par voie de règlement grand-ducal.

Elle tient également compte de la remarque du Conseil d'Etat de constituer le troisième alinéa du paragraphe (3) en paragraphe (4).

Article 13:

La Commission des Travaux Publics approuve la suggestion de texte faite par le Conseil d'Etat pour le 1er paragraphe dans son avis du 31 mars 2009.

Dans cet avis, le Conseil d'Etat estime que l'exclusion d'un opérateur économique doit pouvoir s'appliquer non seulement aux marchés publics à venir mais aussi à deux autres hypothèses:

- celles où l'opérateur est exclu pendant l'une des étapes d'une procédure d'adjudication, et
- celles où il est exclu d'un marché qui lui a déjà été attribué.

Monsieur le Ministre des Travaux Publics estime que les sanctions relatives à ces deux hypothèses sont couvertes par l'exclusion de la participation aux marchés publics et par la résiliation du contrat conclu avec les adjudicataires.

Suite aux explications de Monsieur le Ministre des Travaux Publics, les membres de la Commission des Travaux Publics sont d'avis qu'il y a lieu de traiter l'exclusion et la résiliation au même niveau et proposent à cet effet un deuxième amendement parlementaire afin d'introduire la résiliation dans le projet de loi.

Afin d'éviter l'opposition formelle du Conseil d'Etat relative à la formule „gravité des désordres causés par un opérateur économique“, la Commission des Travaux Publics accepte de remplacer également le texte du paragraphe 3.

Dans son avis complémentaire, la Haute Corporation constate qu'elle peut renoncer à son opposition formelle, mais formule plusieurs observations qui tendent à clarifier l'application des peines de la résiliation et de l'exclusion.

La Commission des Travaux Publics se déclare d'accord avec les propositions de texte formulées pour les paragraphes (3), (4) et (5).

Cependant, elle estime également que cet article trouve sa place à cet endroit du projet de loi.

Article 20:

La Commission des Travaux Publics décide de ne pas modifier la législation actuellement en vigueur et de maintenir l'exception pour le Fonds de Logement.

Monsieur le Ministre présente encore un amendement gouvernemental au paragraphe (4) qui est complété par la phrase „Ces cahiers spéciaux des charges sont publiés par voie électronique“.

La Commission, à l’instar de la Haute Corporation dans son avis complémentaire se déclare d’accord avec cette insertion qui introduit, comme mode de publication d’une norme interne, la voie électronique, par opposition à la forme traditionnelle du Mémorial, ou pour le moins, d’une publication sous forme écrite ou imprimée. Cette mesure permettra dorénavant une standardisation et actualisation simplifiées des cahiers spéciaux des charges, qui seront à l’avenir, publiés auprès du ministère des Travaux publics.

Quant au paragraphe 5, la Commission se rallie à la position du Conseil d’Etat et décide qu’il y a lieu de supprimer ce paragraphe.

LIVRE II

Article 21:

La Commission se rallie à la position du Conseil d’Etat et accepte sa proposition de texte.

Articles 26 et 27:

La Commission des Travaux Publics est d’avis que ces articles sont utiles pour l’utilisateur quotidien et décide de ne pas les supprimer. En plus il s’agit de dispositions reprises de la directive 2004/18/CE.

Article 28:

M. le Ministre des Travaux Publics estime que la notion même de „secret“ implique que son existence ne saurait être divulguée par une description des marchés pouvant être qualifiés comme „secrets“ et explique que d’ailleurs le texte de cet article a été repris de la directive 2004/18/CE.

La Commission se rallie à l’avis de Monsieur le Ministre.

Article 29:

La Commission des Travaux Publics décide d’accepter toutes les modifications de texte proposées par le Conseil d’Etat.

Article 30:

La Commission des Travaux est d’avis qu’il est préférable de laisser cet article dans le Chapitre IV du Livre III qui traite des marchés exclus, et de ne pas suivre la proposition du Conseil d’Etat d’inclure les dispositions de cet article dans le Chapitre III du Livre II.

Article 32:

A l’instar des articles 26 et 27, la Commission estime qu’il s’agit de dispositions qui sont utiles pour l’utilisateur quotidien dans la mesure qu’ils fournissent des informations quant au champ d’application du livre II. Ces informations sont par ailleurs reprises de la directive 2004/18/CE.

Article 33:

M. le Ministre des Travaux Publics explique que cet article reprend le texte de la directive 2004/18 et que les propositions faites par le Conseil vont au-delà de ce qui est prévu par la directive et risquent d’être contraires à cette directive.

Les membres de la Commission des Travaux Publics décident de ne pas modifier le texte de cet article.

Intitulé du Titre II

La Commission des Travaux Publics est d’accord de suivre les propositions du Conseil d’Etat.

Article 37:

La Commission des Travaux Publics décide de suivre toutes les suggestions du Conseil d’Etat pour cet article.

Article 38:

Monsieur le Ministre des Travaux Publics explique que l'article 39 requiert actuellement que le maître de l'ouvrage motive le recours à la procédure négociée et au dialogue compétitif et que la formulation proposée par le Conseil d'Etat requiert une procédure en deux étapes.

La Commission des Travaux Publics décide, dans l'intérêt de la simplification administrative, de garder l'article 39 dans sa formulation première. Il s'agit de la même procédure que celle prévue dans le livre I à l'article 9.

Article 39:

La Commission des Travaux Publics décide de suivre la première proposition de texte du Conseil d'Etat pour le premier paragraphe.

Quant au texte sous a), M. le Ministre des Travaux Publics explique que la première procédure peut uniquement être annulée et remise en concurrence par la procédure négociée uniquement si toutes les offres sont irrégulières ou inacceptables. En effet si une seule ou plusieurs offres, mais pas toutes les offres, sont irrégulières ou inacceptables, il faut écarter ces offres et adjuger le marché à une offre régulière et acceptable remise, bien que ce ne soit pas forcément l'offre au prix le plus bas ou l'offre économiquement la plus avantageuse de toutes les offres remises. Monsieur le Ministre explique également que cet article reprend exactement le texte de la directive.

La Commission des Travaux Publics se déclare d'accord pour garder le texte initialement prévu.

Quant au texte sous c), M. le Ministre des Travaux Publics explique que cet alinéa reprend la formulation de l'article 30 c) de la directive et que la formulation „telles que la conception d'ouvrages“, même si elle n'est pas juridiquement nécessaire, est une formule importante pour les architectes et les ingénieurs, alors qu'elle fait ranger leur profession définitivement parmi les prestations intellectuelles au sens de la loi sur les marchés publics. Il s'agit en effet d'une précision dans l'article 30 c) de la directive 2004/18/CE par rapport à l'article 11 (1) c) directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services qui ne faisait pas référence aux prestations de conception d'ouvrage.

La Commission des Travaux Publics est d'accord de garder cette mention dans le texte de loi.

Article 40:

M. le Ministre des Travaux Publics précise que les paragraphes 2 b), 2 d) et 4 a) reprennent exactement le texte de la directive.

La Commission des Travaux Publics décide, afin que ces paragraphes ne puissent donner lieu à une interprétation différente de ce qui est prévu par la directive, de garder le texte.

Elle décide de suivre la proposition de texte du Conseil d'Etat pour le paragraphe 3.

Article 41:

La Commission des Travaux Publics se rallie à la position du Conseil d'Etat et est d'accord avec sa proposition de texte.

Article 42:

La Commission des Travaux Publics se rallie à la position du Conseil d'Etat pour le premier paragraphe et décide de suivre sa proposition de texte pour ce paragraphe.

Elle n'estime pas indiqué de prévoir au niveau du projet de loi une définition pour la notion de concours, car un projet de règlement grand-ducal prévoyant toutes les règles applicables aux concours est en voie d'élaboration.

M. le Ministre des Travaux Publics explique que le paragraphe (2) a) reprend exactement le texte de la directive, et qu'on ne saurait interdire à un ressortissant d'un Etat membre ou d'une partie d'un Etat membre déterminé la participation à un concours.

La Commission des Travaux Publics est d'accord de maintenir le texte initial.

Article 44:

M. le Ministre explique que si la Commission des Travaux Publics décide de suivre les propositions du Conseil d'Etat pour déplacer les articles 43 et 44, elle rompt la logique entre les articles 44 et 45. En effet, l'article 45 a également trait aux délimitations du champ d'application.

La Commission des Travaux Publics décide de ne pas suivre les propositions du Conseil d'Etat pour ces articles.

Elle décide néanmoins de placer, conformément à l'avis du Conseil d'Etat, le terme „*seuil*“, figurant à l'article 44, alinéa 3, entre guillemets.

Article 46:

M. le Ministre des Travaux Publics explique que cet article reprend exactement le 4ème alinéa du deuxième paragraphe de l'article 32 de la directive.

Article 47:

La Commission des Travaux Publics se rallie à la position du Conseil d'Etat et est d'accord avec sa proposition de texte.

Article 48:

La Commission des Travaux Publics se rallie à la position du Conseil d'Etat et décide de suivre sa proposition de texte.

Articles 49 et 50:

La Commission des Travaux Publics se rallie à la position du Conseil d'Etat quant à ces deux articles et décide d'inclure sa proposition dans le texte du projet de loi. En ce qui concerne l'article 49, il convient partant d'introduire le texte „*Les dispositions de l'article qui précède ...*“, tandis qu'à l'article 50, il convient, afin de tenir compte de la remarque du Conseil d'Etat, visant à faciliter la lecture, d'introduire le texte „*Les dispositions de l'article 48 ...*“.

Article 51:

La Commission des Travaux Publics décide d'inclure la proposition du Conseil d'Etat dans le texte du projet de loi.

Article 53:

La Commission des Travaux Publics décide de suivre les suggestions du Conseil d'Etat.

LIVRE III

Intitulé des Titres I et II

Le Conseil d'Etat avait suggéré qu'il serait préférable de prévoir un seul article consacré aux définitions et d'y regrouper toutes les définitions utilisées par la suite dans les articles faisant partie du Livre III.

M. le Ministre des Travaux Publics explique que les définitions de l'article 55 visent le champ d'application, alors que celles de l'article 56 ont trait aux entités et activités visées et que cette façon de procéder a été reprise de la directive 2004/17/CE.

Les membres de la commission des travaux publics décident de garder deux articles séparés.

Articles 55 et 56:

La Commission des Travaux Publics approuve la proposition de texte faite par le Conseil d'Etat pour les débuts des articles 55 et 56. En ce qui concerne l'observation faite en ce qui concerne l'emploi des termes „*marchés publics*“ dans les définitions aux articles 2 et 3 et du terme „*marché*“ au lieu de „*marché public*“ dans les articles 55 et 56, la Commission remarque que le projet de loi suit le vocabulaire employé dans les directives et que le livre III ne s'applique pas uniquement à des entités de droit public.

Articles 57 et 58:

M. le Ministre des Travaux Publics explique que cet article et son commentaire reprennent le texte très technique de la directive et des considérants de celle-ci, et que le projet de texte en tant qu'avant-projet de loi avait été vérifié par les services compétents du Ministère de l'Economie et du Ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire.

La Commission des Travaux Publics est d'avis qu'il n'est pas souhaitable de modifier le texte du projet de loi, car une telle modification risque de donner un sens différent de ce qui est prévu par la directive.

La Commission se rallie à l'avis du Conseil d'Etat en ce qui concerne l'intitulé du Chapitre II du Titre II, mais ne se rallie pas à l'avis de la Haute Corporation en ce qui concerne l'intitulé de l'article 57 dans la mesure qu'elle estime que le terme „énergie“ peut encore englober d'autres sources d'énergie et que partant l'emploi de ce terme avant l'énumération des sources du gaz, chaleur, électricité risque de prêter sujet à confusion.

Articles 59 et 60:

La Commission, à l'instar du contenu des articles 57 et 58, estime qu'il n'est pas souhaitable de modifier le texte du projet de loi, car il s'agit d'une transposition de la directive 2004/18/CE.

Article 62:

Les membres de la Commission des Travaux Publics décident d'adopter la proposition de texte faite par le Conseil d'Etat.

Article 63:

Pour les raisons déjà évoquées à l'article 57 du projet de loi, la Commission des Travaux Publics décide de ne pas modifier le texte du projet de loi.

Article 66:

La Commission des Travaux Publics approuve la formulation pour les paragraphes 1er et 4 ainsi que la suppression du paragraphe 3 proposées par le Conseil d'Etat. De même elle se rallie à l'avis de la Haute Corporation et décide de rayer le paragraphe (3).

Elle ne saurait par contre ne pas partager l'avis du Conseil d'Etat pour le deuxième paragraphe, afin de garantir une transposition conforme de la directive 2004/17/CE, ce deuxième paragraphe prévoyant la façon dont un marché fondé sur un accord-cadre sera conclu.

Article 67:

La Commission des Travaux Publics décide de suivre les suggestions du Conseil d'Etat.

Article 68:

La Commission des Travaux Publics se rallie à la position du Conseil d'Etat et décide de rayer la mention „A moins qu'ils ne soient exclus en vertu des exclusions prévues aux articles 71 à 78 ou conformément à l'article 81 concernant la poursuite de l'activité en question“.

Article 79:

Les membres de la Commission des Travaux Publics décident de ne pas modifier le texte pour les raisons expliquées par M. le Ministre des Travaux Publics à l'occasion de l'analyse de l'article 33.

Article 80:

La Commission des Travaux Publics approuve la suggestion du Conseil d'Etat de supprimer le bout de phrase „... dans les hypothèses visées à l'article 55, point 7 ...“ pour les raisons expliquées par ce dernier.

Article 81:

Dans son avis du 31 mars 2009, le Conseil d'Etat s'est opposé formellement à l'ensemble du texte de l'article pour la raison que les auteurs du projet de loi ont transposé le texte de la directive de façon complètement inappropriée.

Suite à cette opposition formelle, le gouvernement a adopté un amendement gouvernemental, qui trouve l'accord du Conseil d'Etat, à l'exception du paragraphe (5).

Les membres de la Commission des Travaux Publics sont d'accord avec le nouveau texte de l'article 81 proposé par l'amendement gouvernemental et se rallient à l'avis du Conseil d'Etat et décident

de supprimer le paragraphe (5) de cet article alors que la Commission européenne n'a pas besoin qu'une norme nationale lui accorde une autorisation.

Article 85:

La Commission des Travaux Publics se rallie à l'avis du Conseil d'Etat, de même qu'à l'avis complémentaire de la Haute Corporation, et décide de rayer le paragraphe 1er faisant l'objet d'une opposition formelle du Conseil d'Etat.

Articles 86 à 89:

La Commission des Travaux Publics renvoie à ce qu'elle a décidé pour les articles 40 à 46, à savoir de reprendre la terminologie proposée par le Conseil d'Etat dans ses articles, mais de ne pas modifier l'agencement de ces articles.

*

Compte tenu de ce qui précède, la Commission des Travaux publics invite la Chambre des Députés à adopter le projet de loi sous objet dans la teneur qui suit:

*

TEXTE PROPOSE PAR LA COMMISSION

PROJET DE LOI sur les marchés publics

DISPOSITIONS GENERALES

Champ d'application et définitions

Champ d'application

Art. 1er. Sans préjudice des dispositions spécifiques prévues aux Livres II et III, les dispositions du présent Livre s'appliquent à tous les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs publics.

Définitions

Art. 2. Par „pouvoir adjudicateur“, on entend au sens des dispositions des Livres I et II:

- 1) les organes, administrations et services de l'Etat;
- 2) les collectivités territoriales;
- 3) les organismes de droit public entendus comme tout organisme
 - créé pour satisfaire spécifiquement aux 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 sont désignés par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public;
- 4) les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités territoriales ou de ces organismes de droit public.

Art. 3. Aux fins des Livres I et II, les définitions figurant au présent article s'appliquent:

1. a) Les „marchés publics“ sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un ou plusieurs opérateurs économiques et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur et ayant comme objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation d'un service.

- b) Les „marchés publics de travaux“ sont des marchés publics ayant comme objet soit l’exécution, soit conjointement l’exécution et la conception des travaux de bâtiment ou de génie civil relatifs à une des activités visées à l’annexe I ou d’un ouvrage, soit la réalisation par quelque moyen que ce soit d’un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. 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.
- c) Les „marchés publics de fournitures“ sont des marchés publics autres que ceux visés au point b) ayant pour objet l’achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente avec ou sans option d’achat, de produits.
- Un marché public ayant pour objet la fourniture de produits et, à titre accessoire, les travaux de pose et d’installation est considéré comme „marché public de fournitures“.
- d) Les „marchés publics de services“ sont des marchés publics autres que les marchés publics de travaux ou de fournitures portant sur une prestation de services, mentionnés à l’annexe II.
- Un marché public ayant pour objet à la fois des produits et des services visés à l’annexe II est considéré comme un „marché public de services“ lorsque la valeur des services en question dépasse celle des produits incorporés dans le marché.
- Un marché public ayant pour objet des services visés à l’annexe II et ne comportant des activités visées à l’annexe I qu’à titre accessoire par rapport à l’objet principal du marché est considéré comme un marché public de services.
2. L’„avis de marché“ est l’avis par lequel le pouvoir adjudicateur annonce au public son intention de recourir à une procédure prévue par la présente loi en vue de conclure un marché public.
3. La „concession de travaux publics“ est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu’un marché public de travaux, 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.
4. La „concession de services“ est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu’un marché public de services, à l’exception du fait que la contrepartie de la prestation de services consiste soit uniquement dans le droit d’exploiter le service, soit dans ce droit assorti d’un prix.
5. Un „accord-cadre“ est un accord entre un et plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d’établir les termes régissant les marchés à passer au cours d’une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et le cas échéant, les quantités envisagées.
6. Un „système d’acquisition dynamique“ est un processus d’acquisition entièrement électronique pour des achats d’usage courant, dont les caractéristiques généralement disponibles sur le marché satisfont aux besoins du pouvoir adjudicateur, limité dans le temps et ouvert pendant toute sa durée à tout opérateur économique satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre indicative conforme au cahier des charges.
7. Une „enchère électronique“ est un processus itératif selon un dispositif électronique de présentation de nouveaux prix, revus à la baisse, ou de nouvelles valeurs portant sur certains éléments des offres, qui intervient après une première évaluation complète des offres, permettant que leur classement puisse être effectué sur base d’un traitement automatique. Par conséquent, certains marchés de services et de travaux portant sur des prestations intellectuelles, comme la conception d’ouvrage, ne peuvent pas faire l’objet d’enchères électroniques.
8. Les termes „entrepreneur“, „fournisseur“ et „prestataire de services“ désignent toute personne physique ou morale ou entité publique ou groupement de ces personnes ou organismes qui offre, respectivement, la réalisation de travaux ou d’ouvrages, des produits ou des services sur le marché.
- Le terme „opérateur économique“ couvre à la fois les notions d’entrepreneur, fournisseur et prestataire de services.
- L’opérateur économique qui a présenté une offre est désigné par le mot „soumissionnaire“, l’offre que l’opérateur économique présente est désignée par le mot „soumission“. Celui qui a sollicité une invitation à participer à une procédure restreinte ou négociée ou à un dialogue compétitif est désigné par le terme „candidat“.
9. Une „centrale d’achat“ est un pouvoir adjudicateur qui:
- acquiert des fournitures ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs, ou

- passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs.
10. a) Les „procédures ouvertes“ sont les procédures dans lesquelles tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre.
- b) Les „procédures restreintes“ sont au sens des Livres II et III les procédures auxquelles tout opérateur économique peut demander à participer et dans lesquelles seuls les opérateurs économiques invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre.
- c) Les „procédures restreintes avec publication d’avis“ sont au sens du Livre Ier les procédures auxquelles tout opérateur économique peut demander à participer et dans lesquelles seuls les opérateurs économiques invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre.
- d) Les „procédures restreintes sans publication d’avis“ sont au sens du Livre I les procédures dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs s’adressent à un nombre limité d’entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de leur choix pour présenter une offre.
- e) Le „dialogue compétitif“ est une procédure, à laquelle tout opérateur économique peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats sélectionnés seront invités à remettre une offre.
- Aux fins du recours à la procédure visée au premier alinéa du présent numéro, un marché public est considéré comme „particulièrement complexe“ lorsque le pouvoir adjudicateur:
- n’est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs conformément aux règles spécifiques concernant le cahier des charges et les documents du marché déterminées par voie de règlement grand-ducal
 - ou
 - n’est objectivement pas en mesure d’établir le montage juridique ou financier d’un projet.
- f) Les „procédures négociées“ sont les procédures dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d’entre eux.
- g) Les „concours“ sont les procédures 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.
11. Les termes „écrit(e)“ ou „par écrit“ désignent tout ensemble de mots ou de chiffres qui peut être lu, reproduit, puis communiqué. Cet ensemble peut inclure des informations transmises et stockées par des moyens électroniques.
12. Un „moyen électronique“ est un moyen utilisant des équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et utilisant la diffusion, l’acheminement et la réception par fils, par radio, par moyens optiques ou par d’autres moyens électromagnétiques.
13. Le „Vocabulaire commun pour les marchés publics“ (Commun Procurement Vocabulary, CPV), désigne la nomenclature de référence applicable aux marchés publics adoptée par le règlement (CE) No 2195/2002, tout en assurant la correspondance avec les autres nomenclatures existantes. En cas de différences d’interprétation en ce qui concerne le champ d’application de la présente loi, à la suite d’éventuelles divergences entre la nomenclature CPV et la nomenclature NACE visée à l’annexe I ou entre la nomenclature CPV et la nomenclature CPC (version provisoire) visée à l’annexe II, la nomenclature NACE ou la nomenclature CPC priment respectivement.
14. Aux fins de l’article 27, de l’article 45, point b), et de l’article 49, point a), on entend par:
- a) „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;
 - b) „point de terminaison du réseau“, 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;

- c) „services publics de télécommunications“, les services de télécommunications dont les Etats membres de la Communauté européenne ont spécifiquement confié l’offre, notamment à une ou plusieurs entités de télécommunications;
- d) „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.

Principes

Art. 4. Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d’égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence.

Ils veillent à ce que, lors de la passation des marchés publics, il soit tenu compte des aspects et des problèmes liés à l’environnement et à la promotion du développement durable.

Les conditions y relatives et l’importance à attribuer à ces conditions sont spécifiées dans les cahiers spéciaux des charges.

Les pouvoirs adjudicateurs informent dans les meilleurs délais les opérateurs économiques des décisions prises concernant leurs offres remis dans le cadre d’une procédure de marchés publics.

L’utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics est réglée par voie de règlement grand-ducal.

Procédures

Art. 5. (1) Les procédures applicables en matière de passation de marchés publics sont:

- la procédure ouverte,
- la procédure restreinte, avec ou sans publication d’avis,
- la procédure négociée.

(2) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent conclure des accords-cadres. Aux fins de la conclusion d’un accord-cadre, les pouvoirs adjudicateurs suivent les règles déterminées par voie de règlement grand-ducal dans toutes les phases jusqu’à l’attribution des marchés fondés sur cet accord-cadre. Le choix des parties à l’accord-cadre se fait par application des modes d’attribution prévus à l’article 11.

(3) La durée d’un accord-cadre ne peut pas dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par l’objet du contrat-cadre.

Procédure ouverte

Art. 6. Sans préjudice des dispositions spécifiques prévues aux Livres II et III, les pouvoirs adjudicateurs, en règle générale, passent leurs contrats de travaux, de fournitures et de services par la procédure ouverte. Ils ne peuvent déroger à la règle générale que dans les cas énumérés à l’article 7 en recourant à la procédure restreinte avec publication d’avis et dans les cas énumérés à l’article 8 en recourant soit à la procédure restreinte sans publication d’avis soit à la procédure négociée.

Procédure restreinte avec publication d’avis

Art. 7. Il peut être recouru à la procédure restreinte avec publication d’avis lorsqu’il s’agit d’un marché public de travaux dont, suivant un devis, le montant estimé dépasse la somme de 125.000 euros, valeur cent de l’indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948.

En cas de réalisation d’un ouvrage par entreprise générale, ce seuil est de 625.000 euros, valeur cent de l’indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948.

Les montants ci-avant sont à considérer TVA non comprise.

Ces seuils ne sont applicables que pour des travaux relatifs à un ouvrage dont le montant estimé ne dépasse pas les seuils fixés à l’article 21.

***Procédure restreinte sans publication d'avis
et procédure négociée***

Art. 8. (1) Il peut être recouru soit à la procédure restreinte sans publication d'avis, soit à la procédure négociée 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 8.000 euros hors TVA, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948.

S'il s'agit de dépenses à engager au cours d'une même année et pour un même objet 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 opérateur économique;

- b) en présence d'offres non conformes ou inacceptables à la suite du recours à une procédure ouverte ou à une procédure restreinte avec publication d'avis ou lorsque aucune offre n'a été déposée, pour autant que la passation du contrat soit urgente; sinon l'exception est applicable sous les mêmes conditions, mais après une seconde procédure ouverte ou une seconde procédure 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 opérateur économique déterminé;
- f) dans la mesure du strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles ne permet pas de respecter les délais exigés par les autres procédures. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs;
- g) pour les travaux ou services complémentaires qui ne figurent pas dans le projet qui a fait l'objet du marché initialement conclu ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite de circonstances imprévisibles, à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui exécute cet ouvrage ou ce service:
- lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs,
 - ou
 - lorsque ces travaux ou services, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.
- Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires ne doit pas dépasser 50 pour cent du montant du marché initial;
- 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 les prix sont en fait soustraits au jeu normal de la concurrence ou s'il s'agit de services rémunérés suivant un barème officiel;
- j) pour les marchés de la Police Grand-Ducale:
- pour les prestations occasionnées par le déplacement et le séjour de personnel policier à l'étranger dans le cadre des missions policières;
 - lorsque la sécurité du personnel engagé est directement menacée;
 - pour les fournitures d'effets d'habillement et d'équipement militaire destinés à être revendus au cadre;

- k) pour les marchés de l'Armée:
- si le secret militaire l'exige;
 - pour les besoins d'une standardisation des matériels et équipements;
 - 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.

(2) Il peut être recouru à la procédure négociée dans les cas suivants:

- a) pour les marchés à conclure par les pouvoirs adjudicateurs compétents pour l'Armée, la Police Grand-Ducale, l'Administration des Douanes et Accises et pour les services de secours, pour des besoins de standardisation des équipements et du matériel d'intervention ainsi que des effets personnels de protection et de sécurité des membres des unités d'intervention;
- b) pour les marchés publics de services, lorsque le marché considéré fait suite à un concours dont les règles sont à instituer par voie de règlement grand-ducal;
- c) 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 les marchés ainsi que pour les achats de fournitures dans des conditions particulièrement avantageuses soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités soit auprès de curateurs ou liquidateurs, d'une faillite ou d'un concordat judiciaire;
- d) pour les marchés qui servent à la mise en œuvre de moyens techniques particuliers et confidentiels de recherche, d'investigation et de sécurisation lorsque la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige.

(3) Il peut être recouru soit à la procédure restreinte sans publication d'avis, soit à la procédure négociée lorsque le montant total du marché se situe entre le seuil fixé suivant le paragraphe (1) point a) par voie de règlement grand-ducal et quatorze mille euros hors TVA, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948, sous condition que le pouvoir adjudicateur, dans l'hypothèse d'une procédure restreinte sans publication d'avis, invite au moins trois candidats à soumissionner, et dans l'hypothèse d'une procédure négociée, admet au moins trois candidats aux négociations, à condition chaque fois qu'il y ait un nombre suffisant de candidats appropriés.

Art. 9. Sauf dans le cas visé à l'article 8, paragraphe 1er, point a), le recours à la procédure restreinte sans publication d'avis ou à la procédure négociée est motivé:

- pour les pouvoirs adjudicateurs relevant des organes, administrations et services de l'Etat, par un arrêté du ministre du ressort,
- pour les pouvoirs adjudicateurs relevant des communes, par une décision du collège des bourgmestre et échevins,
- pour les autres pouvoirs adjudicateurs, par une décision de l'organe habilité à engager lesdits pouvoirs adjudicateurs.

Modes de passation des marchés publics

Art. 10. (1) Les marchés publics peuvent être conclus, soit par entreprise générale, globale ou partielle, soit par professions ou par lots. Le recours à la sous-traitance est autorisé suivant les conditions déterminées par voie de règlement grand-ducal.

(2) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à des centrales d'achat pour acquérir des travaux, fournitures ou services.

(3) Les pouvoirs adjudicateurs qui acquièrent des travaux, des fournitures ou des services en recourant à une centrale d'achat qui applique l'une des procédures visées par l'article 3 point 10) sont

considérés comme ayant respecté les dispositions du Livre II, pour autant que cette centrale d'achat les ait respectées.

Mode d'attribution des marchés publics

Art. 11. (1) Les marchés à conclure par procédure ouverte ou restreinte sont attribués par décision motivée au soumissionnaire ayant présenté soit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, soit l'offre régulière au prix le plus bas. Est considérée comme offre régulière toute offre qui après évaluation faite est formellement et techniquement conforme, et qui remplit les critères de sélection qualitatifs qui peuvent être prévus par les cahiers spéciaux des charges.

(2) Lorsque l'attribution doit se faire selon le principe de l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, les critères suivants liés à l'objet du marché public en question sont pris en considération: la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, l'aspect social, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

Le pouvoir adjudicateur est libre de n'appliquer, pour un marché public déterminé, qu'une partie des critères énumérés à l'alinéa qui précède.

(3) Le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges la pondération relative qu'il confère à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié.

(4) Lorsque, d'après l'avis du pouvoir adjudicateur, la pondération n'est pas possible pour des raisons démontrables, il indique dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges, l'ordre décroissant d'importance des critères.

(5) Dans le cadre des marchés publics de services, l'application de dispositions légales, réglementaires ou administratives n'est pas affectée par les dispositions des paragraphes (1) à (4).

Durée des marchés publics

Art. 12. 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 crédit-bail et de location-vente;
- 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 ils sont conclus. Dans ce cas la durée doit être adaptée à la nature du marché pour soit tenir compte de la durée de réalisation effective des travaux, fournitures ou services, soit optimiser les conditions économiques de réalisation du marché. Toutefois la durée de ces marchés ne peut pas dépasser 10 exercices, y non compris celui au cours duquel les marchés ont été conclus;
- c) lorsqu'il s'agit de travaux, fournitures ou services de très grande envergure dont le montant estimé, TVA comprise, dépasse le montant prévu à l'article 80 de la loi du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat.

Dans ce cas la loi spéciale doit faire mention de la dérogation à la durée prévue au point b);

- d) lorsqu'il s'agit de concessions de travaux publics et de concessions de services.

Sanctions et primes

Art. 13. (1) Un règlement grand-ducal prévoit les modalités de l'application par le pouvoir adjudicateur à l'encontre d'un adjudicataire qui ne respecte pas les clauses et conditions du marché public qu'il est chargé d'exécuter, de clauses pénales et d'astreintes.

Le cahier des charges régissant un marché déterminé doit indiquer la mention des pénalités susceptibles d'être prises. Elles doivent être adaptées à la nature et à l'importance du marché. L'amende ne peut pas dépasser vingt pour cent du total de l'offre.

(2) Les cahiers des charges peuvent prévoir des primes d'achèvement avant terme pour les marchés publics.

(3) Si l'une des irrégularités énumérées au paragraphe (4) du présent article a été commise par un opérateur économique, le pouvoir adjudicateur peut prendre à son égard, même cumulativement, les sanctions suivantes:

- l'exclusion temporaire de la participation aux marchés publics organisés par le pouvoir adjudicateur, pendant une durée ne pouvant dépasser deux ans;
- la résiliation aux torts de l'adjudicataire du marché public à l'occasion duquel l'irrégularité a été commise.

(4) Constitue une irrégularité au sens du paragraphe (3) ci-dessus:

- a) manquement aux conditions du marché adjugé ou pour non-respect des délais impartis;
- b) faute grave dans l'exécution des marchés;
- c) manque de probité commerciale.

(5) L'exclusion et la résiliation ne peuvent avoir lieu qu'après une mise en demeure précisant clairement les intentions du pouvoir adjudicateur. Un délai d'au moins huit jours doit être accordé à l'opérateur économique pour présenter ses observations écrites.

(6) La décision d'exclusion et la décision de la résiliation doivent être motivées et elles doivent être précédées de la consultation de la Commission des soumissions.

(7) Les contestations auxquelles donnent lieu les décisions relatives à l'exclusion sont de la compétence du Tribunal administratif, statuant comme juge du fond.

(8) Les décisions d'exclusion et les décisions de résiliation prises sont notifiées à l'opérateur économique visé, aux services publics intéressés et à la Commission des Soumissions.

Avances et acomptes

Art. 14. Pour les marchés publics, aucun acompte à un opérateur économique 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.

Décomptes

Art. 15. (1) Pour tous les marchés publics un décompte final doit être établi.

Pour toute adjudication dont la valeur, hors TVA dépasse 20.000 euros valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948, le pouvoir adjudicateur établit, après la réception de la totalité du marché, un décompte final, comportant comparaison du devis établi en vue de la procédure d'adjudication et comparaison, par corps de métiers, du prix adjugé et du coût final de la totalité du marché, marchés supplémentaires compris.

(2) En cas de dépassement du devis ou du prix convenu, les hausses légales sont à indiquer séparément.

- (3) Une justification est à fournir pour tous les dépassements excédant les hausses légales.

Commission des soumissions

Art. 16. (1) Il est institué auprès du ministre ayant dans ses attributions les Travaux publics une Commission des soumissions.

(2) Cette commission a pour mission:

- de veiller à ce que les dispositions légales, réglementaires et contractuelles en matière de marchés publics soient strictement observées par les pouvoirs adjudicateurs ainsi que par les adjudicataires;
- d'instruire les réclamations;
- d'assumer toute mission consultative relative aux marchés publics;
- de donner son avis à tout pouvoir adjudicateur qui le demande relativement aux marchés publics à conclure ou conclus;
- d'exécuter les tâches spécifiques lui confiées par la présente loi et ses règlements d'exécution.

(3) Si un pouvoir adjudicateur se propose de recourir, pour un marché estimé, hors TVA, à plus de 50.000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948, à une procédure restreinte sans publication d'avis ou à une procédure négociée, il doit au préalable solliciter l'avis de la Commission des soumissions.

(4) Les membres de la commission sont nommés par arrêté du Gouvernement en conseil.

(5) La commission est assistée d'un service administratif.

(6) Les indemnités des membres ainsi que du personnel administratif sont fixées par règlement grand-ducal.

(7) La composition de la commission, son mode de fonctionnement ainsi que celui du service administratif lui joint sont déterminés par règlement grand-ducal.

Dispositions particulières concernant les marchés publics conclus par les pouvoirs adjudicateurs relevant de l'Etat ou des entités assimilées

Décomptes pour ouvrages importants

Art. 17. Pour tous les marchés publics relevant de l'Etat, relatifs à un ouvrage dont le coût dépasse le montant prévu à l'article 80 de la loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat, le décompte établi suivant les dispositions de l'article 15 est transmis au ministre ayant dans ses attributions le Budget, ainsi qu'à la Chambre des députés dans un délai ne dépassant pas un an à compter de la réception de la totalité de l'ouvrage. Une justification est à fournir pour tous les dépassements excédant les hausses légales. Ce décompte est contrôlé par la Cour des comptes et soumis à la Chambre des députés avec les observations éventuelles de la Cour des comptes.

Dispositions particulières concernant les marchés publics des pouvoirs adjudicateurs relevant des communes ou des entités assimilées

Clause préférentielle en faveur d'un soumissionnaire local

Art. 18. Par dérogation aux dispositions prévues à l'article 11, respectivement le collègue des bourgmestre et échevins ou l'organe habilité à engager l'établissement public placé sous la surveillance des communes, peut, lorsque le montant total, hors TVA, du marché à conclure n'excède pas 20.000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948, attribuer le marché à un concurrent résidant dans la commune, 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 ou celui de l'offre au prix le plus bas.

Suspension et annulation

Art. 19. (1) Le Grand-Duc peut annuler un marché conclu en violation de la présente loi ou de ses règlements d'exécution ou s'il est contraire à l'intérêt général.

L'arrêté d'annulation doit être motivé et indiquer les moyens légaux ou les éléments d'intérêt général qui sont en cause et qu'il s'agit de protéger.

(2) Le ministre de l'Intérieur peut, dans un délai de 8 jours de la communication du dossier, suspendre un marché conclu en violation de la présente loi ou de ses règlements d'exécution ou s'il est contraire à l'intérêt général.

Les motifs de la suspension sont communiqués à l'autorité concernée dans les 5 jours de la suspension.

L'arrêté portant annulation du marché par le Grand-Duc doit intervenir dans les 40 jours à partir de la communication du dossier au ministre de l'Intérieur. Si l'annulation n'intervient pas dans ce délai, la suspension est levée.

Règles d'exemption et d'exécution

Art. 20. (1) Les dispositions du Livre I ne s'appliquent pas aux appels à la concurrence à opérer par le Fonds pour le logement à coût modéré pour la réalisation de logements.

(2) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

L'avis de marché fait mention de la présente disposition.

(3) Les mesures d'exécution du présent Livre sont définies par un règlement grand-ducal instituant un cahier général des charges fixant les clauses et conditions générales des marchés publics à conclure par les pouvoirs adjudicateurs.

(4) Des règlements grand-ducaux peuvent instituer des cahiers spéciaux des charges standardisés. Ces cahiers spéciaux des charges sont publiés par voie électronique.

*

DISPOSITIONS PARTICULIERES RELATIVES AUX MARCHES PUBLICS D'UNE CERTAINE ENVERGURE

Champ d'application

Seuils

Art. 21. Le présent Livre s'applique aux marchés publics qui ne sont pas exclus en vertu des exceptions prévues aux articles 24 à 32 et dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure aux seuils suivants:

- a) 162.000 euros pour les marchés publics de fournitures et de services, autres que ceux visés au point b), troisième tiret, passés par les pouvoirs adjudicateurs qui sont des autorités gouvernementales centrales reprises à l'annexe IV; pour les pouvoirs adjudicateurs qui opèrent dans le domaine de la défense, les dispositions du Livre II ne sont pas applicables aux marchés publics de fournitures que s'ils portent sur des produits visés à l'annexe V;
- b) 249.000 euros:
 - pour les marchés publics de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs autres que ceux visés à l'annexe IV,
 - pour les marchés publics de fournitures passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'annexe IV qui opèrent dans le domaine de la défense lorsque ces marchés concernent des produits non visés par l'annexe V,

- pour les marchés publics de services passés par un pouvoir adjudicateur ayant pour objet des services de la catégorie 8 de l'annexe II A, des services de télécommunications de la catégorie 5 dont les positions dans le CPV sont l'équivalent des numéros de référence CPC 7524, 7525 et 7526 ou des services figurant à l'annexe II B;
- c) 6.242.000 EUR, pour les marchés publics de travaux.

Art. 22. Le présent Livre s'applique à la passation:

- a) des marchés subventionnés directement à plus de 50% par des pouvoirs adjudicateurs et dont la valeur estimée, hors TVA, égale ou dépasse 6.242.000 euros:
- lorsque ces marchés concernent les activités de génie civil au sens de l'annexe I,
 - lorsque ces marchés 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;
- b) des marchés de services subventionnés directement à plus de 50% par des pouvoirs adjudicateurs et dont la valeur estimée, hors TVA, égale ou dépasse 249.000 euros lorsque ces marchés sont en liaison avec un marché de travaux au sens du point a).

Les pouvoirs adjudicateurs qui octroient ces subventions veillent à faire respecter les dispositions du présent Livre lorsque ces marchés sont passés par une ou plusieurs entités autres qu'eux-mêmes et sont tenus de respecter le présent Livre lorsqu'ils passent eux-mêmes ces marchés au nom et pour le compte de ces autres entités.

Méthodes de calcul

Art. 23. (1) Le calcul de la valeur estimée d'un marché public est fondé sur le montant total payable, hors TVA, estimé par le pouvoir adjudicateur. Ce calcul tient compte du montant total estimé, y compris toute forme d'option éventuelle et les reconductions du contrat éventuelles.

Si le pouvoir adjudicateur prévoit des primes ou des paiements au profit des candidats ou soumissionnaires, il en tient compte pour calculer la valeur estimée du marché.

(2) Cette estimation doit valoir au moment de l'envoi de l'avis de marché, tel que prévu dans les dispositions relatives à la publication déterminées par règlement grand-ducal, ou dans les cas où un tel avis n'est pas requis, au moment où le pouvoir adjudicateur engage la procédure d'attribution du marché.

(3) Aucun projet d'ouvrage ni aucun projet d'achat visant à obtenir une certaine quantité de fournitures ou de services ne peut être scindé en vue de le soustraire à l'application de la présente loi.

(4) Pour les marchés publics de travaux, le calcul de la valeur estimée prend en compte le montant des travaux ainsi que la valeur totale estimée des fournitures nécessaires à l'exécution des travaux et mises à la disposition de l'entrepreneur par les pouvoirs adjudicateurs.

- (5) a) Lorsqu'un ouvrage envisagé ou un projet d'achat de services peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur globale estimée de la totalité de ces lots est prise en compte.

Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le seuil prévu à l'article 21, le présent Livre s'applique à la passation de chaque lot.

Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à cette application pour des lots dont la valeur estimée hors TVA est inférieure à 80.000 euros et pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20% de la valeur cumulée de la totalité des lots;

- b) lorsqu'un projet visant à obtenir des fournitures homogènes peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur estimée de la totalité de ces lots est prise en compte pour l'application de l'article 21 points a) et b) de la présente loi.

Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le seuil prévu à l'article 21, le présent Livre s'applique à la passation de chaque lot.

Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à cette application pour des lots dont la valeur estimée hors TVA est inférieure à 80.000 EUR et pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20% de la valeur cumulée de la totalité des lots.

(6) Pour les marchés publics de fournitures ayant pour objet le crédit-bail, la location ou la location-vente de produits, la valeur à prendre comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché est la suivante:

- a) dans l'hypothèse de marchés publics 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;
- b) dans l'hypothèse de marchés publics ayant une durée indéterminée ou dans le cas où la détermination de leur durée ne peut être définie, la valeur mensuelle multipliée par quarante-huit.

(7) Lorsqu'il s'agit de marchés publics de fournitures ou de services présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée, est prise comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché:

- a) soit la valeur réelle globale des contrats successifs analogues passés au cours des douze mois précédents 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;
- b) 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.

Le choix de la méthode pour le calcul de la valeur estimée d'un marché public ne peut être effectué avec l'intention de la soustraire à l'application du présent Livre.

(8) Pour les marchés publics de services, la valeur à prendre comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché est, le cas échéant, la suivante:

- a) pour les types de services suivants:
 - 1°: services d'assurance: la prime payable et les autres modes de rémunération;
 - 2°: services bancaires et autres services financiers: les honoraires, commissions, intérêts et autres modes de rémunération;
 - 3°: marchés impliquant la conception: honoraires, commissions payables et autres modes de rémunération.
- b) pour les marchés de services n'indiquant pas un prix total:
 - 1°: 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 estimée pour toute leur durée;
 - 2°: dans l'hypothèse de marchés ayant une durée indéterminée ou supérieure à quarante-huit mois: la valeur mensuelle multipliée par quarante-huit.

(9) Pour les accords-cadres et pour les systèmes d'acquisition dynamiques, la valeur à prendre en considération est la valeur maximale estimée hors TVA de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique.

Situations spécifiques

Art. 24. Le présent Livre s'applique aux marchés publics passés par des pouvoirs adjudicateurs dans le domaine de la défense, sous réserve de l'article 296 du Traité instituant la Communauté européenne.

Art. 25. (1) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à des centrales d'achat pour acquérir des travaux, fournitures ou services.

(2) Les pouvoirs adjudicateurs qui acquièrent des travaux, des fournitures ou des services en recourant à une centrale d'achat dans les hypothèses visées à l'article 3 point 10) sont considérés comme ayant respecté le présent Livre, pour autant que cette centrale d'achat l'ait respecté.

Marchés exclus

Art. 26. *Marchés passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux*

Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés publics qui, dans le cadre du Livre III, sont passés par des pouvoirs adjudicateurs exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 57 à 61 et sont passés pour ces activités, ni aux marchés publics exclus du champ d'application du Livre III en vertu de son article 59, paragraphe 2 et de ses articles 73, 80 et 83.

Art. 27. *Exclusions spécifiques dans le domaine des télécommunications*

Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés publics qui ont principalement pour objet de permettre aux pouvoirs adjudicateurs la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de télécommunications.

Art. 28. *Marchés secrets ou exigeant des mesures particulières de sécurité*

Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés publics lorsqu'ils sont déclarés secrets 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 l'Etat l'exige.

Art. 29. *Marchés passés en vertu de règles internationales*

Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés publics régis par des règles de procédure différentes et passés en vertu:

- a) d'un accord international conclu, en conformité avec le Traité instituant la Communauté européenne, avec 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 de l'objet du marché public par les Etats signataires; tout accord sera communiqué à la Commission européenne;
- b) d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un Etat membre ou d'un pays tiers;
- c) de la procédure spécifique d'une organisation internationale.

Art. 30. *Exclusions spécifiques*

Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés publics de services:

- a) ayant 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 au présent Livre;
- b) concernant l'achat, le développement, la production ou la coproduction des programmes destinés à la diffusion par des organismes de radiodiffusion et concernant les temps de diffusion;
- c) concernant les services d'arbitrage et de conciliation;
- d) concernant des services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs, et des services fournis par des banques centrales;
- e) concernant les contrats d'emploi;
- f) concernant 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.

Art. 31. *Concessions de services*

Sans préjudice de l'application des dispositions prévues à l'article 51, le présent Livre ne s'applique pas aux concessions de services définies à l'article 3 point 4).

Art. 32. *Marchés de services attribués sur base d'un droit exclusif*

Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés publics de services attribués par un pouvoir adjudicateur à un autre pouvoir adjudicateur ou à une association de pouvoirs adjudicateurs sur la base

d'un droit exclusif dont ceux-ci bénéficient en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité instituant la Communauté européenne.

Marchés réservés

Art. 33. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

L'avis de marché fait mention de la présente disposition.

Régimes applicables aux marchés de services

Art. 34. Les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe II A sont passés conformément aux dispositions définies par un règlement grand-ducal qui institue un cahier général des charges applicable aux marchés d'une certaine envergure.

Art. 35. La passation des marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe II B est soumise seulement aux règles communes dans le domaine technique et à l'obligation de l'information de passation du marché définies par un règlement grand-ducal qui institue un cahier général des charges applicable aux marchés d'une certaine envergure.

Art. 36. Les marchés qui ont pour objet à la fois des services figurant à l'annexe II A et des services figurant à l'annexe II B sont passés conformément aux dispositions de l'article 34 lorsque la valeur des services figurant à l'annexe II A dépasse celle des services figurant à l'annexe II B. Dans les autres cas, le marché est passé conformément à l'article 35.

Conditions de recours aux différents types de marchés publics

Procédure ouverte et procédure restreinte

Art. 37. (1) Les marchés publics de travaux, de fournitures et de services visés au présent Livre sont passés par les pouvoirs adjudicateurs soit par procédure ouverte, soit par procédure restreinte.

(2) Les règles relatives au déroulement des procédures sont déterminées par voie de règlement grand-ducal.

Marchés négociés et dialogue compétitif

Art. 38. Le recours aux procédures négociées et au dialogue compétitif est motivé:

- pour les pouvoirs adjudicateurs relevant des organes, administrations et services de l'Etat, par un arrêté du ministre du ressort,
- pour les pouvoirs adjudicateurs relevant des communes, par une décision du collège des bourgmestre et échevins,
- pour les autres pouvoirs adjudicateurs, par une décision de l'organe habilité à engager lesdits pouvoirs adjudicateurs.

Marchés négociés avec publication d'un avis de marché

Art. 39. (1) Par exception à l'article 37, alinéa 1er, les pouvoirs adjudicateurs, sous condition d'avoir publié un avis de marché et d'avoir sélectionné les candidats selon les critères de sélection qualitatifs fixés par voie de règlement grand-ducal, sont autorisés à recourir, pour les marchés publics visés à l'article 37, paragraphe 1er, à la procédure négociée s'ils se trouvent dans l'une des situations suivantes:

- a) en présence d'offres irrégulières ou en cas de dépôt d'offres inacceptables soumises en réponse à une procédure ouverte ou restreinte ou à un dialogue compétitif, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent ne pas publier un avis de marché s'ils incluent dans la procédure négociée tous les soumissionnaires et les seuls soumissionnaires qui satisfont aux critères visés aux critères de sélection qualitative déterminés par voie de règlement grand-ducal et qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte ou du dialogue compétitif antérieur, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation;

- b) dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix;
- c) dans le domaine des services, notamment au sens de la catégorie 6 de l'annexe II A, et pour des prestations intellectuelles, telles que la conception d'ouvrage, dans la mesure où la nature de la prestation 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 procédure ouverte ou la procédure restreinte;
- d) dans le cas des marchés publics de travaux, pour les travaux qui sont réalisés uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation ou de mise au point et non dans le but d'assurer une rentabilité ou le recouvrement des coûts de recherche et de développement.

(2) Dans les cas visés au paragraphe 1er, les pouvoirs adjudicateurs négocient avec les soumissionnaires les offres soumises par ceux-ci afin de les adapter aux exigences qu'ils ont indiquées dans l'avis de marché, dans le cahier des charges et dans les documents complémentaires éventuels et afin de rechercher la meilleure offre conformément aux critères d'attribution déterminés par voie de règlement grand-ducal.

(3) Au cours de la négociation, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. En particulier, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres.

(4) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir que la procédure négociée se déroule en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Le recours à cette faculté est indiqué dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges.

Marchés négociés sans publication d'un avis de marché

Art. 40. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics de travaux, de fournitures ou de services en recourant à la procédure négociée, sans publication préalable d'un avis de marché, dans les cas suivants:

- (1) dans le cas des marchés publics de travaux, de fournitures et de services:
- a) lorsqu'aucune offre ou aucune offre appropriée ou aucune candidature 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 qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne à sa demande;
- b) lorsque, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique 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 procédures ouvertes, restreintes ou négociées avec publication d'un avis de marché visées à l'article 39.

Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs;

- (2) dans le cas des marchés publics de fournitures:
- a) 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;
- b) 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;
 - c) pour les fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières;
 - d) pour l'achat de fournitures à 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 prévue par voie légale ou réglementaire;
- (3) dans le cas des marchés publics de services, lorsque le marché considéré fait suite à un concours obéissant aux règles fixées par voie de règlement grand-ducal;
- (4) dans le cas des marchés publics de travaux et marchés publics de services:
- a) pour les travaux ou services complémentaires qui ne figurent pas dans le projet initialement envisagé ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui exécute cet ouvrage ou ce service:
 - lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs,
 - ou
 - lorsque ces travaux ou services, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.

Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires ne doit pas dépasser 50 pour cent du montant du marché initial;
 - b) pour de nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires confiés à l'opérateur économique adjudicataire du marché initial par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, à condition que ces travaux ou ces services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un marché initial passé selon la procédure ouverte ou restreinte.

La possibilité de recourir à cette procédure est indiquée dès la mise en concurrence de la première opération et le montant total envisagé pour la suite des travaux ou des services est pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour l'application de l'article 21.

Il ne peut être recouru à cette procédure que pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial.

Dialogue compétitif

Art. 41. Lorsqu'un marché est particulièrement complexe au sens de l'article 3, paragraphe 10, point e), le pouvoir adjudicateur, dans la mesure où il estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché, peut recourir au dialogue compétitif conformément à des modalités précisées par voie de règlement grand-ducal.

L'attribution du marché public est faite sur la seule base du critère d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Des concours dans le domaine des services

Art. 42. (1) Un règlement grand-ducal établit les règles concernant l'organisation des concours ayant pour l'objet l'offre de prestations de services et sont mises à la disposition de ceux qui sont intéressés à participer au concours.

(2) L'accès à la participation aux concours ne peut être limité:

- a) au territoire ou à une partie du territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne;
- b) par le fait que les participants seraient tenus, en vertu de la législation de l'Etat membre où le concours est organisé, d'être soit des personnes physiques, soit des personnes morales.

Art. 43. Les concours sont organisés conformément au présent chapitre:

- a) par les pouvoirs adjudicateurs qui sont des autorités gouvernementales centrales reprises à l'annexe IV, à partir d'un seuil qui égale ou dépasse 162.000 euros;
- b) par les pouvoirs adjudicateurs autres que ceux visés à l'annexe IV, à partir d'un seuil qui égale ou dépasse 249.000 euros;
- c) par tous les pouvoirs adjudicateurs, à partir d'un seuil qui égale ou dépasse 249.000 euros lorsque les concours portent sur des services de la catégorie 8 de l'annexe II A, des services de télécommunications de la catégorie 5 dont les positions dans le CPV sont l'équivalent des numéros de référence CPC 7524, 7525 et 7526 ou des services figurant à l'annexe II B.

Art. 44. Le présent chapitre s'applique:

- a) aux concours organisés dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public de services;
- b) aux concours avec primes de participation ou paiements aux participants.

Dans les cas visés au point a), on entend par „seuil“, la valeur estimée hors TVA du marché public de services, y compris les éventuelles primes de participation ou paiements aux participants.

Dans les cas visés au point b), on entend par „seuil“ le montant total des primes et paiements, y compris la valeur estimée hors TVA du marché public de services qui pourrait être passé ultérieurement aux termes de l'article 40, paragraphe 3, si le pouvoir adjudicateur n'exclut pas une telle passation dans l'avis de concours.

Art. 45. Le présent chapitre ne s'applique pas:

- a) aux concours de services au sens du Livre III qui sont organisés par des pouvoirs adjudicateurs exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 57 à 61 et qui sont organisés pour la poursuite de ces activités, ni aux concours exclus du champ d'application dudit Livre;
- b) aux concours qui sont organisés dans les mêmes cas que ceux visés aux articles 27, 28 et 29 pour les marchés publics de services.

Des accords-cadres

Art. 46. (1) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent conclure des accords-cadres. Aux fins de la conclusion d'un accord-cadre, les pouvoirs adjudicateurs suivent les règles prévues par voie de règlement grand-ducal dans toutes les phases jusqu'à l'attribution des marchés fondés sur cet accord-cadre. Le choix des parties à l'accord-cadre se fait par application des modes d'attribution prévus par l'article 11.

(2) La durée d'un accord-cadre ne peut pas dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par l'objet du contrat-cadre.

Des systèmes d'acquisition dynamiques et des enchères électroniques

Art. 47. Les règles relatives au déroulement des systèmes d'acquisition dynamiques et des enchères électroniques sont déterminées par voie de règlement grand-ducal.

De la concession de travaux publics

Art. 48. Le présent chapitre s'applique à tous les contrats de concession de travaux publics dont le montant dépasse ou égale 6.242.000 euros.

Cette valeur est calculée selon les règles applicables aux marchés de travaux publics définies à l'article 23.

Les mesures d'exécution du présent chapitre sont déterminées par voie de règlement grand-ducal.

Art. 49. Les dispositions de l'article qui précède ne s'appliquent pas aux concessions de travaux publics:

- a) qui sont octroyées pour les marchés publics de travaux dans les cas visés aux articles 27, 28 et 29 de la présente loi;
- b) qui sont octroyées par des pouvoirs adjudicateurs exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 57 à 61 lorsque ces concessions sont octroyées pour l'exercice de ces activités.

Art. 50. Les dispositions de l'article 48 ne s'appliquent pas aux travaux complémentaires qui ne figurent pas dans le projet initialement envisagé de la concession ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage tel qu'il y est décrit, que le pouvoir adjudicateur confie au concessionnaire, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui exécute cet ouvrage, par décision motivée:

- lorsque ces travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs, ou
- lorsque ces travaux, quoiqu'ils soient 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 doit pas dépasser 50 pour cent du montant de l'ouvrage initial faisant l'objet de la concession.

Règles particulières

Octroi de droits spéciaux ou exclusifs: Clause de non-discrimination

Art. 51. Lorsqu'un pouvoir adjudicateur octroie à une entité autre qu'un tel pouvoir adjudicateur des droits spéciaux ou exclusifs d'exercer une activité de service public, l'acte par lequel ce droit est octroyé oblige l'entité concernée de respecter, dans les marchés de fournitures qu'elle passe avec des tiers dans le cadre de cette activité, de ne pas discriminer les soumissionnaires en raison de leur nationalité.

Conditions relatives aux accords conclus au sein de l'organisation mondiale du commerce

Art. 52. Lors de la passation de marchés publics avec des opérateurs économiques des Etats membres de la Communauté européenne, les pouvoirs adjudicateurs appliquent des conditions aussi favorables que celles qu'ils réservent aux opérateurs économiques des pays tiers en application de l'accord sur les marchés publics conclus dans le cadre des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay.

Marchés publics de travaux: Règles particulières concernant la réalisation de logements sociaux

Art. 53. Dans le cas de marchés publics portant sur la conception et la construction d'un ensemble de logements sociaux dont, en raison de l'importance, de la complexité et de la durée présumée des travaux s'y rapportant, le plan doit être établi dès le début sur la base d'une stricte collaboration au sein d'une équipe comprenant les délégués des pouvoirs adjudicateurs, des experts et l'entrepreneur qui aura la charge d'exécuter les travaux, il peut être recouru à une procédure spéciale d'attribution, à déterminer par voie de règlement grand-ducal, visant à choisir, selon des modalités et des critères à fixer dans le même règlement grand-ducal, l'entrepreneur le plus apte à être intégré dans l'équipe.

Règles d'exécution

Art. 54. Les mesures d'exécution du présent Livre sont définies par un règlement grand-ducal qui institue un cahier général des charges applicable aux marchés d'une certaine envergure.

*

**DISPOSITIONS SPECIFIQUES RELATIVES AUX
MARCHES PUBLICS DANS LES SECTEURS DE L'EAU, DE L'ENERGIE,
DES TRANSPORTS ET DES SERVICES POSTAUX**

Définitions et champ d'application

Art. 55. Aux fins du présent Livre, on entend par:

1. a) Les „marchés de fournitures, de travaux et de services“ sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre une ou plusieurs entités adjudicatrices visées à l'article 56, paragraphe 2, et un ou plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services.
- b) les „marchés de travaux“ sont des marchés ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par l'entité adjudicatrice. 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.
- c) les „marchés de fournitures“ sont des marchés autres que ceux visés au point b) ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits.
Un marché ayant pour objet la fourniture de produits et, à titre accessoire, les travaux de pose et d'installation est considéré comme un „marché de fourniture“.
- d) les „marchés de services“ sont des marchés autres que les marchés de travaux ou de fournitures ayant pour objet la prestation de services mentionnés à l'annexe II.
Un marché ayant pour objet à la fois des produits et des services visés à l'annexe II est considéré comme un „marché de services“ lorsque la valeur des services en question dépasse celle des produits incorporés dans le marché.
Un marché ayant pour objet des services visés à l'annexe II et ne comportant des activités visées à l'annexe I qu'à titre accessoire par rapport à l'objet principal du marché est considéré comme un marché de services.
2. a) La „concession de travaux“ est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché de travaux 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.
- b) la „concession de services“ est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché de services à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix.
3. Un „accord-cadre“ est un accord conclu entre une ou plusieurs entités adjudicatrices visées à l'article 56, paragraphe 2, et un ou plusieurs opérateurs économiques, et qui a pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.
4. Un „système d'acquisition dynamique“ est un processus d'acquisition entièrement électronique pour des achats d'usage courant, dont les caractéristiques généralement disponibles sur le marché satisfont aux besoins de l'entité adjudicatrice, limité dans le temps et ouvert pendant toute sa durée à tout opérateur économique satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre indicative conforme au cahier des charges.
5. Une „enchère électronique“ est un processus itératif selon un dispositif électronique de présentation de nouveaux prix, revus à la baisse, ou de nouvelles valeurs portant sur certains éléments des offres, qui intervient après une première évaluation complète des offres, permettant que leur classement puisse être effectué sur base d'un traitement automatique. Par conséquent, certains marchés de services et de travaux portant sur des prestations intellectuelles, comme la conception d'ouvrage, ne peuvent pas faire l'objet d'enchères électroniques.
6. Un „entrepreneur“, un „fournisseur“ ou un „prestataire de services“ peut être une personne physique ou morale ou une entité adjudicatrice visées à l'article 56, paragraphe 2, point a) ou b), ou un groupement de ces personnes ou entités qui offre, respectivement, la réalisation de travaux ou d'ouvrages, des produits ou des services sur le marché.

Le terme „opérateur économique“ couvre à la fois les notions d’entrepreneur, fournisseur et prestataire de services. Il est utilisé uniquement dans un souci de simplification du texte.

Un „soumissionnaire“ est l’opérateur économique qui présente une offre et un „candidat“ est celui qui sollicite une invitation à participer à une procédure restreinte ou négociée, l’offre que l’opérateur économique présente est désignée par le mot „soumission“.

7. Une „centrale d’achat“ est un pouvoir adjudicateur au sens de l’article 56, paragraphe 1er, point a), ou un pouvoir adjudicateur au sens de l’article 2 qui:
 - acquiert des fournitures ou des services destinés à des entités adjudicatrices, ou
 - passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des entités adjudicatrices.
8. Les „procédures ouvertes, restreintes ou négociées“ sont les procédures de passation appliquées par les entités adjudicatrices et dans lesquelles:
 - a) en ce qui concerne les procédures ouvertes, tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre;
 - b) en ce qui concerne les procédures restreintes, tout opérateur économique peut demander à participer et dans lesquelles seuls les candidats invités par l’entité adjudicatrice peuvent présenter une offre;
 - c) en ce qui concerne les procédures négociées, l’entité adjudicatrice consulte les opérateurs économiques de son choix et négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs d’entre eux;
9. Les „concours“ sont les procédures qui permettent à l’entité adjudicatrice d’acquérir, principalement dans le domaine de l’aménagement du territoire, de l’urbanisme, 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.
10. Les termes „écrit(e)“ ou „par écrit“ désignent tout ensemble de mots ou de chiffres qui peut être lu, reproduit, puis communiqué. Cet ensemble peut inclure des informations transmises et stockées par des moyens électroniques.
11. Un „moyen électronique“ est un moyen utilisant des équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données qui utilisent la diffusion, l’acheminement et la réception par fils, par radio, par moyens optiques ou par d’autres moyens électromagnétiques.
12. Le „Vocabulaire commun des marchés publics“ (Common Procurement Vocabulary, CPV) désigne la nomenclature de référence applicable aux marchés publics adoptée par le règlement (CE) No 2195/2002, tout en assurant la correspondance avec les autres nomenclatures existantes.

En cas de différences d’interprétation en ce qui concerne le champ d’application du présent Livre, à la suite d’éventuelles divergences entre la nomenclature CPV et la nomenclature NACE visée à l’annexe I ou entre la nomenclature CPV et la nomenclature CPC (version provisoire) visée à l’annexe II, la nomenclature NACE ou la nomenclature CPC priment respectivement.

Champ d’application: Définition des entités et des activités visées

Les entités adjudicatrices

Art. 56. (1) Aux fins du présent Livre on entend par:

- a) „pouvoirs adjudicateurs“: l’Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs 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,
- doté de la 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 sont désignés par l’Etat, les collectivités territoriales ou d’autres organismes de droit public;

- b) „entreprise publique“: toute entreprise sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs 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 adjudicateurs, 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.

(2) Le présent Livre s'applique aux entités adjudicatrices:

- a) qui sont des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques et qui exercent une des activités visées aux articles 57 à 61;
- b) qui, lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, exercent, parmi leurs activités, l'une des activités visées à l'article 57 à 61 ou plusieurs de ces activités, et bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente.

(3) Aux fins du présent Livre, les „droits spéciaux ou exclusifs“ sont des droits accordés par l'autorité compétente, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité définie aux articles 57 à 61 et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité.

Dispositions relatives aux activités des secteurs visés par le Livre III

Art. 57. Gaz, chaleur et électricité

(1) En ce qui concerne le gaz et la chaleur, le présent Livre s'applique aux activités 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 de gaz ou de chaleur, ou
- b) l'alimentation de ces réseaux en gaz ou en chaleur.

(2) L'alimentation en gaz ou en chaleur des réseaux qui fournissent un service au public par une entité adjudicatrice autre que les pouvoirs adjudicateurs n'est pas considérée comme une activité visée au paragraphe 1er lorsque:

- a) la production de gaz ou de chaleur par l'entité concernée est le résultat inéluctable de l'exercice d'une activité autre que celles visées au paragraphe 1 ou 3 du présent article ou aux articles 58 à 61 et
- b) l'alimentation du réseau public ne vise qu'à exploiter de manière économique cette production et correspond à 20 pour cent 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.

(3) En ce qui concerne l'électricité, le présent Livre s'applique aux activités 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 d'électricité, ou
- b) l'alimentation de ces réseaux en électricité.

(4) L'alimentation en électricité des réseaux qui fournissent un service au public par une entité adjudicatrice autre que les pouvoirs adjudicateurs n'est pas considérée comme une activité visée au paragraphe 3 lorsque:

- a) la production d'électricité par l'entité concernée a lieu parce que sa consommation est nécessaire à l'exercice d'une activité autre que celles visées au paragraphe 1 ou 3 du présent article ou aux articles 58 à 61 et
- b) l'alimentation du réseau public ne dépend que de la consommation propre de l'entité et n'a pas dépassé 30 pour cent de la production totale d'énergie de l'entité prenant en considération la moyenne des trois dernières années, y inclus l'année en cours.

Art. 58. Eau

(1) Le présent Livre s'applique aux activités 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 d'eau potable, ou
- b) l'alimentation de ces réseaux en eau potable.

(2) Le présent Livre s'applique également aux marchés ou concours qui sont passés ou organisés par les entités exerçant une activité visée au paragraphe 1er 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 pour cent du volume total d'eau mis à disposition par ces projets ou ces installations d'irrigation ou de drainage, ou
- b) sont liés à l'évacuation ou au traitement des eaux usées.

(3) L'alimentation en eau potable des réseaux qui fournissent un service au public par une entité adjudicatrice autre que les pouvoirs adjudicateurs n'est pas considérée comme une activité au sens du paragraphe 1er lorsque:

- a) la production d'eau potable par l'entité concernée a lieu parce que sa consommation est nécessaire à l'exercice d'une activité autre que celles visées aux articles 57 à 61 et
- b) l'alimentation du réseau public ne dépend que de la consommation propre de l'entité et n'a pas dépassé 30 pour cent de la production totale d'eau potable de l'entité prenant en considération la moyenne des trois dernières années, y inclus l'année en cours.

Art. 59. Services de transport

(1) Le présent Livre s'applique aux activités visant la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, 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.

(2) Le présent Livre ne s'applique pas aux entités fournissant un service de transport par autobus au public, 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.

Art. 60. Services postaux

(1) Le présent Livre s'applique aux activités visant à fournir des services postaux ou, dans les conditions visées au paragraphe 2, point c), d'autres services que les services postaux.

(2) Aux fins du présent Livre et sans préjudice des dispositions de la loi modifiée du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux, on entend par:

- a) „envoi postal“: un envoi portant une adresse sous la forme définitive dans laquelle il doit être acheminé, quel que soit son poids. Il s'agit, par exemple, outre les envois de correspondance, de Livres, de catalogues, de journaux, de périodiques et de colis postaux contenant des marchandises avec ou sans valeur commerciale, quel que soit leur poids;
- b) „services postaux“: des services, consistant en la levée, le tri, l'acheminement et la distribution d'envois postaux. Ces services comprennent:
 - les „services postaux réservés“: des services postaux qui sont réservés ou peuvent l'être sur la base de l'article 15 de la loi modifiée du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux,
 - les „autres services postaux“: des services postaux qui ne peuvent être réservés sur la base de l'article 15 de la loi modifiée du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux;
- c) „services autres que les services postaux“: des services fournis dans les domaines suivants:
 - services de gestion de services courrier, aussi bien les services précédant l'envoi que ceux postérieurs à l'envoi, tels les mail-room management services,

- services à valeur ajoutée liés au courrier électronique et effectués entièrement par voie électronique y inclus la transmission sécurisée de documents codés par voie électronique, les services de gestion des adresses et la transmission de courrier électronique recommandé,
- services concernant des envois non compris au point a) tels que le publipostage ne portant pas d'adresse,
- services financiers tels qu'ils sont définis dans la catégorie 6 de l'annexe II A et à l'article 76, point c), y compris notamment les virements postaux et les transferts à partir de comptes courants postaux,
- services de philatélie, et
- services logistiques (services associant la remise physique ou le dépôt à d'autres fonctions autres que postales),

pourvu que ces services soient fournis par une entité fournissant également des services postaux au sens du point b), premier ou second tiret et que les conditions fixées à l'article 81, paragraphe 1er, ne soient pas remplies en ce qui concerne les services relevant des tirets cités.

Art. 61. Dispositions concernant l'exploration et l'extraction du pétrole, du gaz, du charbon et d'autres combustibles solides ainsi que les ports et les aéroports

Le présent Livre s'applique aux activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique dans le but:

- a) de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides, ou
- b) de mettre à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux, des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport.

Art. 62. Liste des entités adjudicatrices

Les listes, non exhaustives, des entités adjudicatrices au sens du présent Livre figurent à l'annexe VI. Les modifications que la loi fera subir à cette annexe sont à communiquer à la Commission européenne.

Art. 63. Marchés concernant plusieurs activités

(1) Un marché destiné à la poursuite de plusieurs activités suit les règles applicables à l'activité à laquelle il est principalement destiné.

Toutefois, le choix entre la passation d'un seul marché et la passation de plusieurs marchés séparés ne peut être effectué avec l'objectif de l'exclure du champ d'application du présent Livre, le cas échéant, des dispositions du Livre II.

(2) Si une des activités à laquelle le marché est destiné est soumise au présent Livre et l'autre au Livre II et s'il est objectivement impossible d'établir à quelle activité le marché est principalement destiné, le marché est attribué conformément aux dispositions du Livre II.

(3) Si une des activités à laquelle le marché est destiné est soumise au présent Livre et l'autre n'est soumise ni au présent Livre ni au Livre II et s'il est objectivement impossible d'établir à quelle activité le marché est principalement destiné, le marché est attribué conformément au présent Livre.

Principes généraux

Art. 64. Principes de passation des marchés

Les entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence.

Règles applicables aux marchés

Dispositions générales

Art. 65. Conditions relatives aux accords conclus au sein de l'Organisation mondiale du commerce

Lors de la passation de marchés publics avec des opérateurs économiques des Etats membres de la Communauté européenne, les pouvoirs adjudicateurs appliquent des conditions aussi favorables que

celles qu'ils réservent aux opérateurs économiques des pays tiers en application de l'accord sur les marchés publics conclus dans le cadre des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay.

Art. 66. Accords-cadres

(1) Un accord-cadre constitue un marché au sens de l'article 55, point 1, et doit être attribué conformément aux dispositions déterminées par voie de règlement grand-ducal.

(2) Lorsque les entités adjudicatrices ont passé un accord-cadre conformément au présent Livre, elles peuvent recourir à l'article 86, point i), lorsqu'elles passent des marchés qui sont fondés sur cet accord-cadre.

(3) Il est interdit aux entités adjudicatrices de recourir à la conclusion d'un accord-cadre dans le but d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.

Art. 67. Systèmes d'acquisition dynamiques et enchères électroniques

Les règles relatives au déroulement des systèmes d'acquisition dynamiques et des enchères électroniques sont déterminées par voie de règlement grand-ducal.

Seuils et exclusions

Seuils

Art. 68. Montants des seuils des marchés

La présente loi s'applique aux marchés dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure aux seuils suivants:

- a) 499.000 euros en ce qui concerne les marchés de fournitures et de services;
- b) 6.242.000 euros en ce qui concerne les marchés de travaux.

Art. 69. Méthodes de calcul de la valeur estimée des marchés, accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques

(1) Le calcul de la valeur estimée d'un marché est fondé sur le montant total payable, hors TVA, estimé par l'entité adjudicatrice. Ce calcul tient compte du montant total estimé, y compris toute forme d'option éventuelle et les reconductions du contrat éventuelles.

Si l'entité adjudicatrice prévoit des primes ou des paiements au profit des candidats ou soumissionnaires, il en tient compte pour calculer la valeur estimée du marché.

(2) Les entités adjudicatrices ne peuvent pas contourner l'application du présent Livre en scindant les projets d'ouvrage ou les projets d'achat visant à obtenir une certaine quantité de fournitures ou de services ou en utilisant des modalités particulières de calcul de la valeur estimée des marchés.

(3) Pour les accords-cadres et pour les systèmes d'acquisition dynamiques la valeur à prendre en considération est la valeur maximale estimée hors TVA de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord ou du système.

(4) Aux fins de l'application de l'article 68, les entités adjudicatrices incluent dans la valeur estimée des marchés de travaux la valeur des travaux ainsi que 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.

(5) 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 de travaux avec pour effet de soustraire l'acquisition de ces fournitures ou de ces services à l'application du présent Livre.

- (6) a) Lorsqu'un ouvrage envisagé ou un projet d'achat de services peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur globale estimée de la totalité de ces lots est prise en compte.

Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le seuil prévu à l'article 68, le présent Livre s'applique à la passation de chaque lot.

Toutefois, les entités adjudicatrices peuvent déroger à cette application pour des lots dont la valeur estimée, hors TVA, est inférieure à 80.000 euros pour les services et 1.000.000 euros pour les travaux et pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 pour cent de la valeur cumulée de la totalité des lots.

- b) Lorsqu'un projet visant à obtenir des fournitures homogènes peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur estimée de la totalité de ces lots est prise en compte pour l'application de l'article 68.

Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le seuil prévu à l'article 68, le présent Livre s'applique à la passation de chaque lot.

Toutefois, les entités adjudicatrices peuvent déroger à cette application pour des lots dont la valeur estimée, hors TVA, est inférieure à 80.000 euros et pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 pour cent de la valeur cumulée de la totalité des lots.

(7) Lorsqu'il s'agit de marchés de fournitures ou de services présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée, est prise comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché:

- a) soit la valeur réelle globale des contrats successifs analogues passés au cours des douze mois précédents 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;
- b) 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.

(8) 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.

(9) Pour les marchés de fournitures ayant pour objet le crédit-bail, la location ou la location-vente de produits, la valeur à prendre comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché est la suivante:

- a) 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;
- b) 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 quarante-huit.

(10) Aux fins du calcul du montant estimé de marchés de services, les montants suivants sont pris en compte, le cas échéant:

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

(11) Lorsqu'il s'agit de marchés de services n'indiquant pas un prix total, la valeur à prendre comme base pour le calcul du montant estimé des marchés est la suivante:

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

*Les marchés et les concessions,
ainsi que les marchés soumis à un régime spécial*

Concessions de travaux ou de services

Art. 70. Le présent Livre n'est pas applicable aux concessions de travaux ou de services qui sont octroyées par des entités adjudicatrices exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 57 à 61 lorsque ces concessions sont octroyées pour l'exercice de ces activités.

Exclusions applicables à toutes les entités adjudicatrices
et à tous les types de marchés

Art. 71. *Marchés passés à des fins de revente ou de location à des tiers*

(1) Le présent Livre 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 le vendre ou le louer dans les mêmes conditions que l'entité adjudicatrice.

(2) Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission européenne, sur sa demande, toutes les catégories de produits et d'activités qu'elles considèrent comme exclues en vertu du paragraphe 1er. La Commission européenne peut publier périodiquement, à titre d'information, au Journal officiel de l'Union européenne les listes des catégories de produits et d'activités qu'elle considère comme exclues. A cet égard, la Commission européenne respecte le caractère commercial sensible que ces entités adjudicatrices feraient valoir lors de la transmission des informations.

Art. 72. *Marchés passés à des fins autres que la poursuite d'une activité visée ou pour la poursuite d'une telle activité dans un Etat non membre de la Communauté européenne*

(1) Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés que les entités adjudicatrices passent à des fins autres que la poursuite de leurs activités visées aux articles 57 à 61 ou pour la poursuite de ces activités dans un Etat non membre de la Communauté européenne, dans des conditions n'impliquant pas l'exploitation physique d'un réseau ou d'une aire géographique à l'intérieur de la Communauté européenne.

(2) Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission européenne, sur sa demande, toute activité qu'elles considèrent comme exclue en vertu du paragraphe 1er. La Commission européenne peut publier périodiquement, à titre d'information, au Journal officiel de l'Union européenne les listes des catégories d'activités qu'elle considère comme exclues. A cet égard, la Commission européenne respecte le caractère commercial sensible que ces entités adjudicatrices feraient valoir lors de la transmission des informations.

Art. 73. *Marchés secrets ou exigeant des mesures particulières de sécurité*

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

Art. 74. *Marchés passés en vertu de règles internationales*

Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés régis par des règles de procédure différentes et passés en vertu:

- a) d'un accord international conclu, en conformité avec le Traité instituant la Communauté européenne, avec un ou plusieurs Etats non membres de la Communauté européenne et portant sur des fournitures, des travaux, des services ou des concours destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par les Etats signataires; tout accord sera communiqué à la Commission européenne;
- b) d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un Etat membre ou d'un Etat non membre de la Communauté européenne;
- c) de la procédure spécifique d'une organisation internationale.

Art. 75. *Marchés attribués à une entreprise liée, à une coentreprise ou à une entité adjudicatrice faisant partie d'une coentreprise*

(1) Aux fins du présent article, on entend par „entreprise liée“ toute entreprise dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice conformément aux exigences de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales 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 de l'article 56 paragraphe 1er, point b), 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.

(2) Dans la mesure où les conditions prévues au paragraphe 3 sont remplies, le présent Livre ne s'applique pas aux marchés:

- a) passés par une entité adjudicatrice auprès d'une entreprise liée, ou
- b) passés par une coentreprise, exclusivement constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de la poursuite des activités au sens des articles 57 à 61, auprès d'une entreprise liée à une de ces entités adjudicatrices.

(3) Le paragraphe 2 est applicable:

- a) aux marchés de services pour autant que 80 pour cent au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise liée a réalisé au cours des trois dernières années en matière de services provienne de la fourniture de ces services aux entreprises auxquelles elle est liée;
- b) aux marchés de fournitures pour autant que 80 pour cent au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise liée a réalisé au cours des trois dernières années en matière de fournitures provienne de la mise à disposition de fournitures aux entreprises auxquelles elle est liée;
- c) aux marchés de travaux pour autant que 80 pour cent au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise liée a réalisé au cours des trois dernières années en matière de travaux provienne de la fourniture de ces travaux aux entreprises auxquelles elle est liée.

Lorsque, en fonction de la date de création ou du début d'activités de l'entreprise liée, le chiffre d'affaires n'est pas disponible pour les trois dernières années, il suffit que cette entreprise montre que la réalisation du chiffre d'affaires visé aux points a), b) ou c) est vraisemblable, notamment par des projections d'activités.

Lorsque les mêmes services, fournitures ou travaux, ou des services, fournitures ou travaux similaires sont fournis par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, les pourcentages susmentionnés sont calculés en tenant compte du chiffre d'affaires total résultant, respectivement, de la fourniture de services, de la mise à disposition de fournitures et de la fourniture de travaux par ces entreprises.

(4) Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés:

- a) passés par une coentreprise exclusivement constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de la poursuite des activités au sens des articles 57 à 61 auprès d'une de ces entités adjudicatrices, ou
- b) passés par une entité adjudicatrice auprès d'une telle coentreprise, dont elle fait partie, pour autant que la coentreprise ait été constituée dans le but de poursuivre l'activité en question pendant une période d'au moins trois ans et que l'instrument constituant la coentreprise stipule que les entités adjudicatrices qui la composent en feront partie intégrante pendant au moins la même période.

(5) Les entités adjudicatrices notifient à la Commission européenne, sur sa demande, les informations suivantes relatives à l'application des dispositions des paragraphes 2, 3 et 4:

- a) les noms des entreprises ou coentreprises concernées;
- b) la nature et la valeur des marchés visés;
- c) les éléments que la Commission européenne juge nécessaires pour prouver que les relations entre l'entité adjudicatrice et l'entreprise ou la coentreprise à laquelle les marchés sont attribués répondent aux exigences du présent article.

Exclusions applicables à toutes les entités adjudicatrices,
mais aux seuls marchés de services

Art. 76. *Marchés portant sur certains services exclus du champ d'application du présent Livre*

Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés de services:

- a) ayant 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 marchés de services financiers conclus parallèlement, préalablement ou consécutivement au contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, sont soumis au présent Livre;
- b) concernant les services d'arbitrage et de conciliation;
- c) concernant des services financiers relatifs à l'émission, à la vente, à l'achat et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des entités adjudicatrices;
- d) concernant les contrats d'emploi;
- e) concernant 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.

Art. 77. *Marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif*

Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 56, paragraphe 1er, point a), ou à une association de pouvoirs adjudicateurs sur la base d'un droit exclusif dont ceux-ci bénéficient en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le Traité instituant la Communauté européenne.

Exclusions applicables à certaines entités adjudicatrices uniquement

Art. 78. *Marchés passés par certaines entités adjudicatrices pour l'achat d'eau et pour la fourniture d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie*

Le présent Livre ne s'applique pas:

- a) aux marchés pour l'achat d'eau, pour autant qu'ils soient passés par des entités adjudicatrices exerçant une ou les deux activité(s) visée(s) à l'article 58, paragraphe 1er.
- b) aux marchés pour la fourniture d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie, pour autant qu'ils soient passés par des entités adjudicatrices exerçant une activité visée à l'article 57, paragraphe 1er, à l'article 57, paragraphe 3, ou à l'article 61, point a).

Marchés soumis à un régime spécial et dispositions
concernant les centrales d'achat

Art. 79. *Marchés réservés*

Les entités adjudicatrices peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le contexte de programmes d'emplois protégés lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

L'avis utilisé comme moyen de mise en concurrence fait mention du présent article.

Art. 80. *Marchés et accords-cadres passés par les centrales d'achat*

(1) Les entités adjudicatrices peuvent recourir à des centrales d'achat pour acquérir des travaux, des fournitures ou des services.

(2) Les entités adjudicatrices qui acquièrent des travaux, des fournitures ou des services en recourant à une centrale d'achat sont considérées comme ayant respecté le présent Livre pour autant que cette centrale d'achat l'ait respectée ou, le cas échéant, ait respecté les dispositions du Livre II.

Procédure permettant d'établir si une activité donnée
est directement exposée à la concurrence

Art. 81. (1) Les marchés destinés à permettre la prestation d'une activité visée aux articles 57 à 61 ne sont pas soumis au présent Livre, si l'activité prestée est directement exposée à la concurrence et que l'accès à cette activité n'est pas limité.

(2) Si le ministre ayant dans ses attributions les Travaux publics estime que le paragraphe 1er est applicable à une activité donnée, il en informe la Commission européenne et lui communique tous les faits pertinents, et notamment toute loi, règlement, disposition administrative ou accord concernant la conformité aux conditions énoncées au paragraphe 1er.

(3) Les entités adjudicatrices peuvent demander à la Commission européenne d'établir l'applicabilité du paragraphe 1er à une activité donnée. Dans ce cas, la Commission européenne en informe immédiatement le ministre ayant dans ses attributions les Travaux publics.

Ce ministre informe la Commission européenne de tous les faits pertinents, et notamment de toute loi, règlement, disposition administrative ou accord concernant la conformité aux conditions énoncées au paragraphe 1er.

(4) Les demandes visées aux paragraphes (2) et (3) se font conformément aux dispositions de la décision de la Commission européenne du 7 janvier 2005 relative aux modalités d'application de la procédure prévue à l'article 30 de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Régimes applicables aux marchés de services

Art. 82. *Marchés de services énumérés à l'annexe II A*

Les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe II A sont passés conformément aux dispositions déterminées au règlement grand-ducal instituant un cahier général des charges applicable aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Art. 83. *Marchés de services repris à l'annexe II B*

La passation des marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe II B est soumise seulement aux règles communes dans le domaine technique et à l'obligation de l'information de passation du marché conformément au règlement grand-ducal instituant un cahier général des charges applicable aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Art. 84. *Marchés mixtes comprenant des services repris à l'annexe II A et des services repris à l'annexe II B*

Les marchés qui ont pour objet à la fois des services figurant à l'annexe II A et des services figurant à l'annexe II B sont passés conformément aux dispositions de l'article 82 lorsque la valeur des services figurant à l'annexe II A dépasse celle des services figurant à l'annexe II B. Dans les autres cas, les marchés sont passés conformément aux dispositions de l'article 83.

**Utilisation des procédures ouvertes, des procédures restreintes
et des procédures négociées**

Art. 85. Les entités adjudicatrices peuvent choisir entre la procédure ouverte, la procédure restreinte et le marché négocié avec publication d'un avis, définies à l'article 55, point 8, sub a), b) ou c), pour autant que, sous réserve des hypothèses prévues à l'article 86, une mise en concurrence ait été effectuée au moyen des avis définis par voie de règlement grand-ducal instituant un cahier général des charges applicable aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Art. 86. Les entités adjudicatrices peuvent, par décision motivée, recourir à une procédure sans mise en concurrence préalable dans les cas suivants:

- a) lorsqu'aucune offre ou aucune offre appropriée ou aucune candidature 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 de 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 sa spécificité technique, artistique ou pour des raisons tenant à la protection des droits d'exclusivité, le marché ne peut être exécuté que par un opérateur économique 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 procédures ouvertes, restreintes et négociées avec mise en concurrence préalable;
- 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 est 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 articles 68 et 69;
- h) lorsqu'il s'agit de fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières;
- i) pour les marchés à passer sur la base d'un accord-cadre, pour autant que la condition mentionnée à l'article 66, paragraphe 2, soit 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 existant dans les législations ou réglementations nationales;
- l) lorsque le marché de services considéré fait suite à un concours obéissant aux règles fixées par voie de règlement grand-ducal.

Règles applicables aux concours dans le domaine des services

Art. 87. (1) Un règlement grand-ducal établit les règles concernant l'organisation des concours ayant pour objet l'offre de prestations de services.

(2) L'accès à la participation aux concours ne peut être limité:

- a) au territoire ou à une partie du territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne;

b) par le fait que les participants seraient tenus d'être soit des personnes physiques, soit des personnes morales.

Art. 88. (1) Le présent titre s'applique aux concours organisés dans le cadre d'une procédure de passation de marchés de services dont la valeur estimée hors TVA égale ou dépasse 499.000 euros.

Aux fins du présent paragraphe, on entend par „seuil“ la valeur estimée hors TVA du marché de services, y compris les éventuelles primes de participation ou paiements aux participants.

(2) Le présent titre s'applique dans tous les cas de concours lorsque le montant total des primes de participation aux concours et paiements versés aux participants égale ou dépasse 499.000 euros.

Aux fins du présent paragraphe, on entend par „seuil“ le montant total des primes et paiements, y compris la valeur estimée hors TVA du marché de services qui pourrait être passé ultérieurement aux termes de l'article 40, paragraphe 3, si l'entité adjudicatrice n'exclut pas une telle passation dans l'avis de concours.

Art. 89. Le présent titre ne s'applique pas

- 1) aux concours qui sont organisés dans les mêmes cas que ceux visés aux articles 72, 73 et 74 pour les marchés de services;
- 2) aux concours organisés pour l'exercice d'une activité à l'égard de laquelle l'applicabilité de l'article 81 paragraphe 1er a été établie par une décision de la Commission européenne ou à l'égard de laquelle ledit paragraphe est réputé d'application en vertu du paragraphe 4, deuxième ou troisième alinéa, ou du paragraphe 5, quatrième alinéa, dudit article.

Règles d'exécution

Art. 90. Les mesures d'exécution du présent Livre sont définies par un règlement grand-ducal instituant un cahier général des charges applicable aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux fixant les clauses et conditions des marchés publics à conclure par les entités adjudicatrices.

*

DISPOSITIONS FINALES

Annexes

Art. 91. Les annexes I à VII font partie intégrante de la présente loi.

Clause abrogatoire

Art. 92. La loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics est abrogée.

Luxembourg, le 30 avril 2009

Le Président-Rapporteur,
Lucien CLEMENT

*

ANNEXE I

**Liste des activités visées à l'article 3, point 1, sub b),
et à l'article 55, point 1, sub b)¹**

NACE ²					
Code CPV			Section F		Construction
Division	Groupe	Classe	Description	Notes	
45			Construction	Cette division comprend: la construction de bâtiments et d'ouvrages neufs, la restauration et les réparations courantes	45000000
	45.1		Préparation des sites		45100000
		45.11	Démolition et terrassements	Cette classe comprend: – la démolition d'immeubles et d'autres constructions – le déblayage des chantiers – les travaux de terrassement: creusement, comblement, nivellement de chantiers de construction, ouverture de tranchées, dérochement, destruction à l'explosif, etc. – la préparation de sites pour l'exploitation minière: – enlèvement de déblais et autres travaux d'aménagement et de préparation des terrains et des sites miniers Cette classe comprend également: – le drainage des chantiers de construction – le drainage des terrains agricoles et sylvicoles	45110000
		45.12	Forages et sondages	Cette classe comprend: – les sondages d'essai, les forages d'essai et les carottages pour la construction ainsi que pour les études géophysiques, géologiques et similaires Cette classe ne comprend pas: – le forage de puits d'extraction de pétrole ou de gaz, voir 11.20 – le forage de puits d'eau, voir 45.25 – le fonçage de puits, voir 45.25 – la prospection de gisements de pétrole et de gaz ainsi que les études géophysiques, géologiques et sismiques, voir 74.20	45120000
	45.2		Construction d'ouvrages de bâtiment ou de génie civil		45200000
		45.21	Travaux de construction	Cette classe comprend: la construction de bâtiments de tous types la construction d'ouvrages de génie civil: ponts (y compris ceux destinés à supporter des routes surélevées), viaducs, tunnels et passages souterrains conduites de transport, lignes de communication et de transport d'énergie électrique à longue distance conduites de transport, lignes de communication et de transport d'énergie électrique pour réseaux urbains; travaux annexes d'aménagement urbain l'assemblage et la construction d'ouvrages préfabriqués sur les chantiers	45210000

1 En cas d'interprétation différente entre le CPV et la NACE, c'est la nomenclature NACE qui est applicable.

2 Règlement (CEE) No 3037/90 du Conseil du 9 octobre 1990 relatif à la nomenclature statistique des activités économiques dans la Communauté européenne (JO L 293 du 24.10.1990, p. 1). Règlement modifié par le règlement (CE) No 761/93 de la Commission (JO L 83 du 3.4.1993, p. 1).

NACE ²					
Code CPV			Section F		Construction
Division	Groupe	Classe	Description	Notes	
				<p>Cette classe ne comprend pas:</p> <ul style="list-style-type: none"> les services liés à l'extraction du pétrole et du gaz, voir 11.20 la construction d'ouvrages entièrement préfabriqués au moyen d'éléments, autres qu'en béton, fabriqués par l'unité qui exécute les travaux, voir 20, 26 et 28 la construction d'équipements (autres que les bâtiments) pour stades, piscines, gymnases, courts de tennis, parcours de golf et autres installations sportives, voir 45.23 les travaux d'installation, voir 45.3 les travaux de finition, voir 45.4 les activités d'architecture et d'ingénierie, voir 74.20 la gestion de projets de construction, voir 74.20 	
		45.22	Réalisation de charpentes et de couvertures	<p>Cette classe comprend:</p> <ul style="list-style-type: none"> le montage de charpentes la pose de couvertures les travaux d'étanchéification 	45220000
		45.23	Construction de chaussées	<p>Cette classe comprend:</p> <ul style="list-style-type: none"> la construction d'autoroutes, de routes, de chaussées et d'autres voies pour véhicules et piétons la construction de voies ferrées la construction de pistes d'atterrissage la construction d'équipements (autres que les bâtiments) pour stades, piscines, gymnases, courts de tennis, parcours de golf et autres installations sportives le marquage à la peinture des chaussées et des aires ou des parcs de stationnement <p>Cette classe ne comprend pas:</p> <ul style="list-style-type: none"> les terrassements préalables, voir 45.11 	45230000
		45.24	Travaux maritimes et fluviaux	<p>Cette classe comprend:</p> <ul style="list-style-type: none"> la construction de: <ul style="list-style-type: none"> voies navigables, ports, ouvrages fluviaux, ports de plaisance (marinas), écluses, etc. barrages et digues le dragage les travaux sous-marins 	45240000
		45.25	Autres travaux de construction	<p>Cette classe comprend:</p> <ul style="list-style-type: none"> les activités de construction spécialisées qui concernent un aspect commun à différents ouvrages et requièrent des compétences ou du matériel spécialisés: <ul style="list-style-type: none"> réalisation de fondations, y compris battage de pieux forage et construction de puits d'eau, fonçage de puits montage d'éléments de structures métalliques non fabriqués par l'unité qui exécute les travaux cintrage d'ossatures métalliques maçonnerie et pavage montage et démontage d'échafaudages et de plates-formes de travail propres ou loués construction de cheminées et de fours industriels 	45250000

NACE ²					
Code CPV			Section F		Construction
Division	Groupe	Classe	Description	Notes	
				Cette classe ne comprend pas: la location d'échafaudages sans montage ni démontage, voir 71.32	
	45.3		Travaux d'installation		45300000
		45.31	Travaux d'installation électrique	Cette classe comprend: l'installation dans des bâtiments ou d'autres projets de construction des éléments suivants: câbles et appareils électriques systèmes de télécommunication installations de chauffage électriques antennes d'immeubles systèmes d'alarme incendie systèmes d'alarme contre les effractions ascenseurs et escaliers mécaniques paratonnerres, etc.	45310000
		45.32	Travaux d'isolation	Cette classe comprend: la mise en oeuvre dans des bâtiments ou d'autres projets de construction de matériaux d'isolation thermique, acoustique et antivibratile Cette classe ne comprend pas: les travaux d'étanchéification, voir 45.22	45320000
		45.33	Plomberie	Cette classe comprend: l'installation dans des bâtiments ou d'autres projets de construction des éléments suivants: plomberie et appareils sanitaires appareils à gaz équipements et conduites de chauffage, de ventilation, de réfrigération ou de climatisation installation d'extinction automatique d'incendie Cette classe ne comprend pas: la pose d'installations de chauffage électriques, voir 45.31	45330000
		45.34	Autres travaux d'installation	Cette classe comprend: l'installation de systèmes d'éclairage et de signalisation pour chaussées, voies ferrées, aéroports et installations portuaires l'installation dans des bâtiments ou d'autres projets de construction d'installations et d'appareils non classés ailleurs	45340000
	45.4		Travaux de finition		45400000
		45.41	Plâtrerie	Cette classe comprend: la mise en oeuvre dans des bâtiments ou d'autres projets de construction de plâtre ou de stuc pour enduits intérieurs et extérieurs, y compris les matériaux de lattage associés	45410000

NACE ²					
Code CPV			Section F		Construction
Division	Groupe	Classe	Description	Notes	
		45.42	Menuiserie	<p>Cette classe comprend:</p> <p>l'installation de portes, de fenêtres, de dormants de portes et de fenêtres, de cuisines équipées, d'escaliers, d'équipements pour magasins et d'équipements similaires, en bois ou en d'autres matériaux, non fabriqués par l'unité qui exécute les travaux</p> <p>les aménagements intérieurs tels que plafonds, revêtements muraux en bois, cloisons mobiles, etc.</p> <p>Cette classe ne comprend pas:</p> <p>la pose de parquets et d'autres revêtements de sols en bois, voir 45.43</p>	45420000
		45.43	Revêtement des sols et des murs	<p>Cette classe comprend:</p> <p>la pose dans des bâtiments ou d'autres projets de construction des éléments suivants:</p> <p>revêtements muraux ou carrelages en céramique, en béton ou en pierre de taille</p> <p>parquets et autres revêtements de sols en bois</p> <p>moquettes et revêtements de sols en linoléum, y compris en caoutchouc ou en matières plastiques</p> <p>revêtements de sols et de murs en granit, en marbre, en granit ou en ardoise</p> <p>papiers peints</p>	45430000
		45.44	Peinture et vitrerie	<p>Cette classe comprend:</p> <p>la peinture intérieure et extérieure des bâtiments</p> <p>la teinture des ouvrages de génie civil</p> <p>la pose de vitres, de miroirs, etc.</p> <p>Cette classe ne comprend pas:</p> <p>l'installation de fenêtres, voir 45.42</p>	45440000
		45.45	Autres travaux de finition	<p>Cette classe comprend:</p> <p>l'installation de piscines privées</p> <p>le nettoyage à la vapeur, le sablage et les activités analogues appliquées aux parties extérieures des bâtiments</p> <p>les autres travaux d'achèvement et de finition des bâtiments n.c.a.</p> <p>Cette classe ne comprend pas:</p> <p>le nettoyage des parties intérieures de bâtiments et d'autres constructions, voir 74.70</p>	45450000
	45.5		Location avec opérateur de matériel de construction		45500000
		45.50	Location avec opérateur de matériel de construction	<p>Cette classe ne comprend pas:</p> <p>la location de machines et de matériels de construction ou de démolition sans opérateur, voir 71.32</p>	

*

ANNEXE II

**Services visés à l'article 3, point 1, sub d)
et à l'article 55, point 1, sub d)**

ANNEXE II A³

<i>Catégories</i>	<i>Désignation des services</i>	<i>Numéros de référence CPC⁴</i>	<i>Numéros de référence CPV</i>
1	Services d'entretien et de réparation	6112, 6122, 633, 886	De 50100000 à 50982000 (sauf 50310000 à 50324200 et 50116510-9, 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0)
2	Services de transports terrestres ⁵ , y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier, à l'exclusion des transports de courrier	712 (sauf 71235), 7512, 87304	De 60112000-6 à 60129300-1 (sauf 60121000 à 60121600, 60122200-1, 60122230-0), et de 64120000-3 à 64121200-2
3	Services de transports aériens: transports de voyageurs et de marchandises, à l'exclusion des transports de courrier	73 (sauf 7321)	De 62100000-3 à 62300000-5 (sauf 62121000-6, 62221000-7)
4	Transports de courrier par transport terrestre ⁶ et par air	71235, 7321	60122200-1, 60122230-0, 62121000-6, 62221000-7
5	Services de télécommunications	752	De 64200000-8 à 64228200-2, 72318000-7, et de 72530000-9 à 72532000-3
6	Services financiers: a) services d'assurances b) services bancaires et d'investissement ⁷	ex 81, 812, 814	De 66100000-1 à 66430000-3 et De 67110000-1 à 67262000-1 ⁸
7	Services informatiques et services connexes	84	De 50300000-8 à 50324200-4, De 72100000-6 à 72591000-4 (sauf 72318000-7 et de 72530000-9 à 72532000-3)
8	Services de recherche et de développement ⁹	85	De 73000000-2 à 73300000-5 (sauf 73200000-4, 73210000-7, 7322000-0)
9	Services comptables, d'audit et de tenue de livres	862	De 74121000-3 à 74121250-0
10	Services d'études de marché et de sondages	864	De 74130000-9 à 74133000-0, et 74423100-1, 74423110-4

3 En cas d'interprétation différente entre le CPV et le CPC, c'est la nomenclature CPC qui est applicable.

4 Nomenclature CPC (version provisoire), utilisée pour définir le champ d'application de la directive 92/50/CEE.

5 et 6 A l'exclusion des services de transports ferroviaires couverts par la catégorie 18.

7 A l'exclusion 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 fournis par des banques centrales. Sont également exclus, les services consistant en 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 services financiers fournis parallèlement, préalablement ou consécutivement au contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, sont soumis à la présente loi.

8 A l'exclusion 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 fournis par des banques centrales. Sont également exclus, les services consistant en 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 services financiers fournis parallèlement, préalablement ou consécutivement au contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, sont soumis à la présente loi.

9 A l'exclusion 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.

<i>Catégories</i>	<i>Désignation des services</i>	<i>Numéros de référence CPC⁴</i>	<i>Numéros de référence CPV</i>
11	Services de conseil en gestion ¹⁰ et services connexes	865, 866	De 73200000-4 à 73220000-0, De 74140000-2 à 74150000-5 (sauf 74142200-8), et 74420000-9, 74421000-6, 74423000-0, 74423200-2, 74423210-5, 74871000-5, 93620000-0
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	De 74200000-1 à 74276400-8, et De 74310000-5 à 74323100-0, et 74874000-6
13	Services de publicité	871	De 74400000-3 à 74422000-3 (sauf 74420000-9 et 74421000-6)
14	Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés	874, 82201 à 82206	De 70300000-4 à 70340000-6, et De 74710000-9 à 74760000-4
15	Services de publication et d'impression sur la base d'une redevance ou sur une base contractuelle	88442	De 78000000-7 à 78400000-1
16	Services de voirie et d'enlèvement des ordures: services d'assainissement et services analogues	94	De 90100000-8 à 90320000-6, et 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0

10 A l'exclusion des services d'arbitrage et de conciliation.

ANNEXE II B

<i>Catégories</i>	<i>Désignation des services</i>	<i>Numéros de référence CPC</i>	<i>Numéros de référence CPV</i>
17	Services d'hôtellerie et de restauration	64	De 55000000-0 à 55524000-9, et De 93400000-2 à 93411000-2
18	Services de transports ferroviaires	711	60111000-9, et de 60121000-2 à 60121600-8
19	Services de transport par eau	72	De 61000000-5 à 61530000-9, et De 63370000-3 à 63372000-7
20	Services annexes et auxiliaires des transports	74	62400000-6, 62440000-8, 62441000-5, 62450000-1, De 63000000-9 à 63600000-5 (sauf 63370000-3, 63371000-0, 63372000-7), et 74322000-2, 93610000-7
21	Services juridiques	861	De 74110000-3 à 74114000-1
22	Services de placement et de fourniture de personnel ¹¹	872	De 74500000-4 à 74540000-6 (sauf 74511000-4), et de 95000000-2 à 95140000-5
23	Services d'enquête et de sécurité, à l'exclusion des services des véhicules blindés	873 (sauf 87304)	De 74600000-5 à 74620000-1
24	Services d'éducation et de formation professionnelle	92	De 80100000-5 à 80430000-7
25	Services sociaux et sanitaires	93	74511000-4, et de 85000000 à 85323000 (sauf 85321000-5 et 85322000-2)

11 A l'exception des contrats d'emploi.

<i>Catégories</i>	<i>Désignation des services</i>	<i>Numéros de référence CPC</i>	<i>Numéros de référence CPV</i>
26	Services récréatifs, culturels et sportifs ¹²	96	De 74875000-3 à 74875200-5, et De 92000000-1 à 92622000-7 (sauf 92230000-2)
27	Autres services ^{13/14}		

12 A l'exception des contrats d'acquisition, de développement, de production ou de coproduction de programmes par des organismes de radiodiffusion et des contrats concernant les temps de diffusion.

13 A l'exception des contrats d'emploi.

14 A l'exception des contrats d'acquisition, de développement, de production ou de coproduction de programmes par des organismes de radiodiffusion et des contrats concernant les temps de diffusion.

*

ANNEXE III

Liste des organismes et des catégories d'organismes de droit public visés à l'article 2, points 3 et 4 et à l'article 56, paragraphe 1 point a)

- Etablissements publics de l'Etat placés sous la surveillance d'un membre du gouvernement.
- Etablissements publics placés sous la surveillance des communes.
- Syndicats de communes créés en vertu de la loi du 23 février 2001 concernant les syndicats de communes.

*

ANNEXE IV

Autorités gouvernementales centrales¹⁵

1. Ministère d'Etat
2. Ministère des Affaires Etrangères et de l'Immigration
3. Ministère de l'Agriculture, de la Viticulture et du Développement Rural
4. Ministère des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement
5. Ministère de la Culture, de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche
6. Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur
7. Ministère de l'Education nationale et de la Formation professionnelle
8. Ministère de l'Egalité des chances
9. Ministère de l'Environnement
10. Ministère de la Famille et de l'Intégration
11. Ministère des Finances
12. Ministère de la Fonction publique et de la Réforme administrative
13. Ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire
14. Ministère de la Justice
15. Ministère de la Santé
16. Ministère de la Sécurité sociale
17. Ministère des Transports
18. Ministère du Travail et de l'Emploi
19. Ministère des Travaux publics

*

¹⁵ Aux fins de la présente loi, on entend par „autorités gouvernementales centrales“, les autorités figurant à titre indicatif dans la présente annexe et, dans la mesure où des rectificatifs, des modifications ou des amendements auraient été apportés au niveau national, les entités qui leur auraient succédé.

ANNEXE V

**Liste des produits visés à l'article 21, en ce qui concerne
les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs dans le
domaine de la défense¹⁶**

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 à l'exception de: 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 à l'exception de: 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 à l'exception de: 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

¹⁶ Le seul texte faisant foi aux fins de la présente loi est celui qui figure à l'annexe I, point 3, de l'Accord sur les marchés publics.

Chapitre 33:	Huiles essentielles et résinoïdes, produits de parfumerie ou de toilette et cosmétiques
Chapitre 34:	Savons, produits organiques tensioactifs, 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 à l'exception de: ex 38.19: produits toxicologiques
Chapitre 39:	Matières plastiques artificielles, éthers et esters de la cellulose, résines artificielles et ouvrages en ces matières à l'exception de: ex 39.03: explosifs
Chapitre 40:	Caoutchouc naturel ou synthétique, factice pour caoutchouc et ouvrages en caoutchouc à l'exception de: ex 40.11: pneus à l'épreuve des 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:	Pelleteries et fourrures, pelleteries factices
Chapitre 44:	Bois, charbon de bois et ouvrages en 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:	Papier 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:	Verres et 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
Chapitre 78:	Plomb
Chapitre 79:	Zinc

Chapitre 80:	Etain
Chapitre 81:	Autres métaux communs
Chapitre 82:	Outillage, articles de coutellerie et couverts de table, en métaux communs à l'exception de: ex 82.05: outillage ex 82.07: pièces d'outillage
Chapitre 83:	Ouvrages divers en métaux communs
Chapitre 84:	Chaudières, machines, appareils et engins mécaniques à l'exception de: 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 No 84.53 ex 84.59: réacteurs nucléaires
Chapitre 85:	Machines et appareils électriques et objets servant à des usages électrotechniques à l'exception de: ex 85.13: télécommunication ex 85.15: appareils de transmission
Chapitre 86:	Véhicules et matériel pour voies ferrées, appareils de signalisation non électriques pour voies de communication à l'exception de: ex 86.02: locomotives blindées ex 86.03: autres locoblindés ex 86.05: wagons blindés ex 86.06: wagons ateliers ex 86.07: wagons
Chapitre 87:	Voitures automobiles, tracteurs, cycles et autres véhicules terrestres à l'exception de: ex 87.08: chars et automobiles blindés 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 à l'exception de: ex 89.01 A: 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 rayon 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 VI

Liste des entités adjudicatrices répondant aux critères déterminés par le Livre III

- 1) *Entités adjudicatrices dans les secteurs de transport ou de 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
- 2) *Entités adjudicatrices dans les secteurs de production, de transport ou de 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 de Luxembourg, approuvée par la loi du 4 janvier 1928
 - Autorités locales en charge du transport ou de la distribution d'électricité
 - Société électrique de l'Our (SEO)
 - Syndicat de communes SIDOR
- 3) *Entités adjudicatrices dans les secteurs de production, de transport ou de 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 23 février 2001 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 de Luxembourg à partir du réservoir d'Esch-sur-Sûre
- 4) *Entités adjudicatrices dans le domaine des services de chemin de fer*
 - Chemins de fer luxembourgeois (CFL)
- 5) *Entités adjudicatrices dans les domaines des services de chemin de fer urbains, de tramway 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)
 - 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 rémunérés
- 6) *Entités adjudicatrices dans le secteur des services postaux*
 - Entreprise des Postes et Télécommunications Luxembourg
- 7) *Entités adjudicatrices dans les secteurs de prospection et extraction de pétrole ou de gaz*
 -
- 8) *Entités adjudicatrices dans les secteurs de prospection et extraction de charbon et d'autres combustibles solides*
 -
- 9) *Entités adjudicatrices dans le domaine des installations portuaires maritimes ou intérieures ou autres terminaux*
 - Port de Mertert, créé et exploité en vertu de la loi modifiée du 22 juillet 1963 relative à l'aménagement et à l'exploitation d'un port fluvial sur la Moselle

10) *Entités adjudicatrices dans le domaine des installations aéroportuaires*

– Aéroport du Findel

*

ANNEXE VII

Liste de la législation communautaire visée à l'article 81, paragraphe 3A. *Transport ou distribution de gaz ou de chaleur*Directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel¹⁷B. *Production, transport ou distribution d'électricité*Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité¹⁸C. *Production, transport ou distribution d'eau potable*

–

D. *Entités adjudicatrices dans le domaine des services de chemin de fer*

–

E. *Entités adjudicatrices dans le domaine des services de chemin de fer urbain, de tramway, de trolleybus ou d'autobus*

–

F. *Entités adjudicatrices dans le domaine des services postaux*Directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service¹⁹G. *Exploration pour et extraction de pétrole ou de gaz*Directive 94/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 1994 sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospector, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures²⁰H. *Exploration pour et extraction de charbon ou d'autres combustibles solides*

–

I. *Entités adjudicatrices dans le domaine du port maritime ou intérieur ou d'autres équipements de terminal*

–

J. *Entités adjudicatrices dans le domaine des installations aéroportuaires*

–

*

17 JO L 204 du 21.7.1998, p. 1.

18 JO L 27 du 30.1.1997, p. 20.

19 JO L 15 du 21.1.1998, p. 14. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2002/39/CE (JO L 176 du 5.7.2002, p. 21).

20 JO L 164 du 30.6.1994, p. 3.

TABLE DES MATIERES

- o Le dialogue compétitif
 - Dispositions générales
 - Champ d'application et définitions
 - Champ d'application
 - Définitions
 - Principes
 - Procédures
 - Procédure ouverte
 - Procédure restreinte avec publication d'avis
 - Procédure restreinte sans publication d'avis et procédure négociée
 - Modes de passation des marchés publics
 - Mode d'attribution des marchés publics
 - Durée des marchés publics
 - Sanctions et primes
 - Avances et acomptes
 - Décomptes
 - Commission des soumissions
 - Dispositions particulières concernant les marchés publics conclus par les pouvoirs adjudicateurs relevant de l'Etat ou des entités assimilées
 - Décomptes pour ouvrages importants
 - Dispositions particulières concernant les marchés publics des pouvoirs adjudicateurs relevant des communes ou des entités assimilées
 - Clause préférentielle en faveur d'un soumissionnaire local
 - Suspension et annulation
 - Règles d'exemption et d'exécution
 - Dispositions particulières relatives aux marchés publics d'une certaine envergure
 - Champ d'application
 - Seuils
 - Méthodes de calcul
 - Situations spécifiques
 - Marchés exclus
 - Marchés réservés
 - Régimes applicables aux marchés de services
 - Conditions de recours aux différents types de marchés publics
 - Procédure ouverte et procédure restreinte
 - Marchés négociés et dialogue compétitif
 - Des concours dans le domaine des services
 - Des accords-cadres
 - Des systèmes d'acquisition dynamiques et des enchères électroniques
 - De la concession de travaux publics
 - Règles particulières
 - Octroi de droits spéciaux ou exclusifs: Clause de non-discrimination
 - Conditions relatives aux accords conclus au sein de l'organisation mondiale du commerce
 - Marchés publics de travaux: Règles particulières concernant la réalisation de logements sociaux
 - Règles d'exécution

Dispositions spécifiques relatives aux marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux

Définitions et champ d'application

Champ d'application: Définition des entités et des activités visées

Les entités adjudicatrices

Dispositions relatives aux activités des secteurs visés par le Livre III

Principes généraux

Règles applicables aux marchés

Dispositions générales

Seuils et exclusions

Régimes applicables aux marchés de services

Utilisation des procédures ouvertes, des procédures restreintes et des procédures négociées

Règles applicables aux concours dans le domaine des services

Règles d'exécution

Dispositions finales

Annexes

Clause abrogatoire

- A. Transport ou distribution de gaz ou de chaleur
- B. Production, transport ou distribution d'électricité
- C. Production, transport ou distribution d'eau potable
- D. Entités adjudicatrices dans le domaine des services de chemin de fer
- E. Entités adjudicatrices dans le domaine des services de chemin de fer urbain, de tramway, de trolleybus ou d'autobus
- F. Entités adjudicatrices dans le domaine des services postaux
- G. Exploration pour et extraction de pétrole ou de gaz
- H. Exploration pour et extraction de charbon ou d'autres combustibles solides
- I. Entités adjudicatrices dans le domaine du port maritime ou intérieur ou d'autres équipements de terminal
- J. Entités adjudicatrices dans le domaine des installations aéroportuaires

Service Central des Imprimés de l'Etat

5655/12

N° 5655¹²

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI

sur les marchés publics

* * *

**DISPENSE DU SECOND VOTE CONSTITUTIONNEL
PAR LE CONSEIL D'ETAT**

(19.5.2009)

Le Conseil d'Etat,

appelé par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, du 6 mai 2009 à délibérer sur la question de dispense du second vote constitutionnel du

**PROJET DE LOI
sur les marchés publics**

qui a été adopté par la Chambre des députés dans sa séance du 5 mai 2009 et dispensé du second vote constitutionnel;

Vu ledit projet de loi et les avis émis par le Conseil d'Etat en ses séances des 31 mars 2009 et 28 avril 2009;

se déclare d'accord

avec la Chambre des députés pour dispenser le projet de loi en question du second vote prévu par l'article 59 de la Constitution.

Ainsi décidé en séance publique du 19 mai 2009.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Alain MEYER

Service Central des Imprimés de l'Etat

5655 - Dossier consolidé : 220

Document écrit de dépôt



1

MOTION

Luxembourg, le 5 mai 2009
PL 5655
Dépôt : Lucien Clement

La Chambre des Députés, considérant

Que l'article 4 de la loi sur les marchés publics arrête que « lors de la passation des marchés publics, il soit tenu compte des aspects et des problèmes liés à l'environnement et à la promotion du développement durable. »

Invite le Gouvernement

A tenir compte de ces critères dans le cadre des services de restauration collective en donnant la possibilité d'intégrer également les produits du terroir luxembourgeois, voire de la Grande Région.

Handwritten signature
Jos Schreier

Handwritten signature
L. CLEMENT

Handwritten signature
JY. HEWQUES

Handwritten signature
SALBER ?

Handwritten signature
Anne BRASSEUR

5655

MEMORIAL
Journal Officiel
du Grand-Duché de
Luxembourg



MEMORIAL
Amtsblatt
des Großherzogtums
Luxemburg

RECUEIL DE LEGISLATION

A — N° 172

29 juillet 2009

Sommaire

MARCHÉS PUBLICS

Loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics page [2492](#)

Loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

Nous Henri, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Notre Conseil d'Etat entendu;

De l'assentiment de la Chambre des Députés;

Vu la décision de la Chambre des Députés du 5 mai 2009 et celle du Conseil d'Etat du 19 mai 2009 portant qu'il n'y pas lieu à second vote;

Avons ordonné et ordonnons:

LIVRE I – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

TITRE I – CHAMP D'APPLICATION ET DÉFINITIONS

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION

Art. 1^{er}. Sans préjudice des dispositions spécifiques prévues aux Livres II et III, les dispositions du présent Livre s'appliquent à tous les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs publics.

CHAPITRE II – DÉFINITIONS

Art. 2. Par «pouvoir adjudicateur», on entend

au sens des dispositions des Livres I et II:

- 1) les organes, administrations et services de l'Etat;
- 2) les collectivités territoriales;
- 3) les organismes de droit public entendus comme tout organisme
 - créé pour satisfaire spécifiquement aux 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 sont désignés par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public;
- 4) les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités territoriales ou de ces organismes de droit public.

Art. 3. Aux fins des Livres I et II, les définitions figurant au présent article s'appliquent:

1. a) Les «marchés publics» sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un ou plusieurs opérateurs économiques et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur et ayant comme objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation d'un service.
 - b) Les «marchés publics de travaux» sont des marchés publics ayant comme objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux de bâtiment ou de génie civil relatifs à une des activités visées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation par quelque moyen que ce soit d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. 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.
 - c) Les «marchés publics de fournitures» sont des marchés publics autres que ceux visés au point b) ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente avec ou sans option d'achat, de produits.
Un marché public ayant pour objet la fourniture de produits et, à titre accessoire, les travaux de pose et d'installation est considéré comme «marché public de fournitures».
 - d) Les «marchés publics de services» sont des marchés publics autres que les marchés publics de travaux ou de fournitures portant sur une prestation de services, mentionnés à l'annexe II.
Un marché public ayant pour objet à la fois des produits et des services visés à l'annexe II est considéré comme un «marché public de services» lorsque la valeur des services en question dépasse celle des produits incorporés dans le marché.
Un marché public ayant pour objet des services visés à l'annexe II et ne comportant des activités visées à l'annexe I qu'à titre accessoire par rapport à l'objet principal du marché est considéré comme un marché public de services.
2. L'«avis de marché» est l'avis par lequel le pouvoir adjudicateur annonce au public son intention de recourir à une procédure prévue par la présente loi en vue de conclure un marché public.
 3. La «concession de travaux publics» est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, 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.

4. La «concession de services» est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation de services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix.
5. Un «accord-cadre» est un accord entre un et plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et le cas échéant, les quantités envisagées.
6. Un «système d'acquisition dynamique» est un processus d'acquisition entièrement électronique pour des achats d'usage courant, dont les caractéristiques généralement disponibles sur le marché satisfont aux besoins du pouvoir adjudicateur, limité dans le temps et ouvert pendant toute sa durée à tout opérateur économique satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre indicative conforme au cahier des charges.
7. Une «enchère électronique» est un processus itératif selon un dispositif électronique de présentation de nouveaux prix, revus à la baisse, ou de nouvelles valeurs portant sur certains éléments des offres, qui intervient après une première évaluation complète des offres, permettant que leur classement puisse être effectué sur base d'un traitement automatique. Par conséquent, certains marchés de services et de travaux portant sur des prestations intellectuelles, comme la conception d'ouvrage, ne peuvent pas faire l'objet d'enchères électroniques.
8. Les termes «entrepreneur», «fournisseur» et «prestataire de services» désignent toute personne physique ou morale ou entité publique ou groupement de ces personnes ou organismes qui offre, respectivement, la réalisation de travaux ou d'ouvrages, des produits ou des services sur le marché.

Le terme «opérateur économique» couvre à la fois les notions d'entrepreneur, fournisseur et prestataire de services.

L'opérateur économique qui a présenté une offre est désigné par le mot «soumissionnaire», l'offre que l'opérateur économique présente est désignée par le mot «soumission». Celui qui a sollicité une invitation à participer à une procédure restreinte ou négociée ou à un dialogue compétitif est désigné par le terme «candidat».

9. Une «centrale d'achat» est un pouvoir adjudicateur qui:
 - acquiert des fournitures ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs, ou
 - passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs.
10. a) Les «procédures ouvertes» sont les procédures dans lesquelles tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre.
- b) Les «procédures restreintes» sont au sens des Livres II et III les procédures auxquelles tout opérateur économique peut demander à participer et dans lesquelles seuls les opérateurs économiques invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre.
- c) Les «procédures restreintes avec publication d'avis» sont au sens du Livre I^{er} les procédures auxquelles tout opérateur économique peut demander à participer et dans lesquelles seuls les opérateurs économiques invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre.
- d) Les «procédures restreintes sans publication d'avis» sont au sens du Livre I les procédures dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs s'adressent à un nombre limité d'entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de leur choix pour présenter une offre.
- e) Le «dialogue compétitif» est une procédure, à laquelle tout opérateur économique peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats sélectionnés seront invités à remettre une offre.

Aux fins du recours à la procédure visée au premier alinéa du présent numéro, un marché public est considéré comme «particulièrement complexe» lorsque le pouvoir adjudicateur:

- n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs conformément aux règles spécifiques concernant le cahier des charges et les documents du marché déterminées par voie de règlement grand-ducal

ou

- n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

- f) Les «procédures négociées» sont les procédures dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.
 - g) Les «concours» sont les procédures 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.
11. Les termes «écrit(e)» ou «par écrit» désignent tout ensemble de mots ou de chiffres qui peut être lu, reproduit, puis communiqué. Cet ensemble peut inclure des informations transmises et stockées par des moyens électroniques.

12. Un «moyen électronique» est un moyen utilisant des équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et utilisant la diffusion, l'acheminement et la réception par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques.

13. Le «Vocabulaire commun pour les marchés publics» (Commun Procurement Vocabulary, CPV), désigne la nomenclature de référence applicable aux marchés publics adoptée par le règlement (CE) n° 2195/2002, tout en assurant la correspondance avec les autres nomenclatures existantes.

En cas de différences d'interprétation en ce qui concerne le champ d'application de la présente loi, à la suite d'éventuelles divergences entre la nomenclature CPV et la nomenclature NACE visée à l'annexe I ou entre la nomenclature CPV et la nomenclature CPC (version provisoire) visée à l'annexe II, la nomenclature NACE ou la nomenclature CPC priment respectivement.

14. Aux fins de l'article 27, de l'article 45, point b), et de l'article 49, point a), on entend par:

- a) «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;
- b) «point de terminaison du réseau», 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;
- c) «services publics de télécommunications», les services de télécommunications dont les Etats membres de la Communauté européenne ont spécifiquement confié l'offre, notamment à une ou plusieurs entités de télécommunications;
- d) «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.

TITRE II – PRINCIPES

Art. 4. Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence.

Ils veillent à ce que, lors de la passation des marchés publics, il soit tenu compte des aspects et des problèmes liés à l'environnement et à la promotion du développement durable.

Les conditions y relatives et l'importance à attribuer à ces conditions sont spécifiées dans les cahiers spéciaux des charges.

Les pouvoirs adjudicateurs informent dans les meilleurs délais les opérateurs économiques des décisions prises concernant leurs offres remis dans le cadre d'une procédure de marchés publics.

L'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics est réglée par voie de règlement grand-ducal.

TITRE III – PROCÉDURES

Art. 5. (1) Les procédures applicables en matière de passation de marchés publics sont:

- la procédure ouverte,
- la procédure restreinte, avec ou sans publication d'avis,
- la procédure négociée.

(2) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent conclure des accords-cadres. Aux fins de la conclusion d'un accord-cadre, les pouvoirs adjudicateurs suivent les règles déterminées par voie de règlement grand-ducal dans toutes les phases jusqu'à l'attribution des marchés fondés sur cet accord-cadre. Le choix des parties à l'accord-cadre se fait par application des modes d'attribution prévus à l'article 11.

(3) La durée d'un accord-cadre ne peut pas dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par l'objet du contrat-cadre.

CHAPITRE I – PROCÉDURE OUVERTE

Art. 6. Sans préjudice des dispositions spécifiques prévues aux Livres II et III, les pouvoirs adjudicateurs, en règle générale, passent leurs contrats de travaux, de fournitures et de services par la procédure ouverte. Ils ne peuvent déroger à la règle générale que dans les cas énumérés à l'article 7 en recourant à la procédure restreinte avec publication d'avis et dans les cas énumérés à l'article 8 en recourant soit à la procédure restreinte sans publication d'avis soit à la procédure négociée.

CHAPITRE II – PROCÉDURE RESTREINTE AVEC PUBLICATION D'AVIS

Art. 7. Il peut être recouru à la procédure restreinte avec publication d'avis lorsqu'il s'agit d'un marché public de travaux dont, suivant un devis, le montant estimé dépasse la somme de 125.000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948.

En cas de réalisation d'un ouvrage par entreprise générale, ce seuil est de 625.000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948.

Les montants ci-avant sont à considérer TVA non comprise.

Ces seuils ne sont applicables que pour des travaux relatifs à un ouvrage dont le montant estimé ne dépasse pas les seuils fixés à l'article 21.

CHAPITRE III – PROCÉDURE RESTREINTE SANS PUBLICATION D'AVIS ET PROCÉDURE NÉGOCIÉE

Art. 8. (1) Il peut être recouru soit à la procédure restreinte sans publication d'avis, soit à la procédure négociée 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 8.000 euros hors TVA, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948.

S'il s'agit de dépenses à engager au cours d'une même année et pour un même objet 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 opérateur économique;

- b) en présence d'offres non conformes ou inacceptables à la suite du recours à une procédure ouverte ou à une procédure restreinte avec publication d'avis ou lorsque aucune offre n'a été déposée, pour autant que la passation du contrat soit urgente; sinon l'exception est applicable sous les mêmes conditions, mais après une seconde procédure ouverte ou une seconde procédure 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 opérateur économique déterminé;
- f) dans la mesure du strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles ne permet pas de respecter les délais exigés par les autres procédures. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs;
- g) pour les travaux ou services complémentaires qui ne figurent pas dans le projet qui a fait l'objet du marché initialement conclu ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite de circonstances imprévisibles, à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui exécute cet ouvrage ou ce service:
- lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs,
- ou
- lorsque ces travaux ou services, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.

Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires ne doit pas dépasser 50 pour cent du montant du marché initial;

- 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 les prix sont en fait soustraits au jeu normal de la concurrence ou s'il s'agit de services rémunérés suivant un barème officiel;
- j) pour les marchés de la Police Grand-Ducale:
- pour les prestations occasionnées par le déplacement et le séjour de personnel policier à l'étranger dans le cadre des missions policières,
 - lorsque la sécurité du personnel engagé est directement menacée,
 - pour les fournitures d'effets d'habillement et d'équipement militaire destinés à être revendus au cadre;
- k) pour les marchés de l'Armée:
- si le secret militaire l'exige;
 - pour les besoins d'une standardisation des matériels et équipements;
 - 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.

(2) Il peut être recouru à la procédure négociée dans les cas suivants:

- a) pour les marchés à conclure par les pouvoirs adjudicateurs compétents pour l'Armée, la Police Grand-Ducale, l'Administration des Douanes et Accises et pour les services de secours, pour des besoins de standardisation des équipements et du matériel d'intervention ainsi que des effets personnels de protection et de sécurité des membres des unités d'intervention;
- b) pour les marchés publics de services, lorsque le marché considéré fait suite à un concours dont les règles sont à instituer par voie de règlement grand-ducal;
- c) 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 les marchés ainsi que pour les achats de fournitures dans des conditions particulièrement avantageuses soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités soit auprès de curateurs ou liquidateurs, d'une faillite ou d'un concordat judiciaire;
- d) pour les marchés qui servent à la mise en œuvre de moyens techniques particuliers et confidentiels de recherche, d'investigation et de sécurisation lorsque la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige.

(3) Il peut être recouru soit à la procédure restreinte sans publication d'avis, soit à la procédure négociée lorsque le montant total du marché se situe entre le seuil fixé suivant le paragraphe (1) point a) par voie de règlement grand-ducal et quatorze mille euros hors TVA, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948, sous condition que le pouvoir adjudicateur, dans l'hypothèse d'une procédure restreinte sans publication d'avis, invite au moins trois candidats à soumissionner, et dans l'hypothèse d'une procédure négociée, admet au moins trois candidats aux négociations, à condition chaque fois qu'il y ait un nombre suffisant de candidats appropriés.

Art. 9. Sauf dans le cas visé à l'article 8, paragraphe 1^{er}, point a), le recours à la procédure restreinte sans publication d'avis ou à la procédure négociée est motivé:

- pour les pouvoirs adjudicateurs relevant des organes, administrations et services de l'Etat, par un arrêté du ministre du ressort,
- pour les pouvoirs adjudicateurs relevant des communes, par une décision du collège des bourgmestre et échevins,
- pour les autres pouvoirs adjudicateurs, par une décision de l'organe habilité à engager lesdits pouvoirs adjudicateurs.

CHAPITRE IV – MODES DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

Art. 10. (1) Les marchés publics peuvent être conclus, soit par entreprise générale, globale ou partielle, soit par professions ou par lots. Le recours à la sous-traitance est autorisé suivant les conditions déterminées par voie de règlement grand-ducal.

(2) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à des centrales d'achat pour acquérir des travaux, fournitures ou services.

(3) Les pouvoirs adjudicateurs qui acquièrent des travaux, des fournitures ou des services en recourant à une centrale d'achat qui applique l'une des procédures visées par l'article 3 point 10) sont considérés comme ayant respecté les dispositions du Livre II, pour autant que cette centrale d'achat les ait respectées.

CHAPITRE V – MODE D'ATTRIBUTION DES MARCHÉS PUBLICS

Art. 11. (1) Les marchés à conclure par procédure ouverte ou restreinte sont attribués par décision motivée au soumissionnaire ayant présenté soit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, soit l'offre régulière au prix le plus bas. Est considérée comme offre régulière toute offre qui après évaluation faite est formellement et techniquement conforme, et qui remplit les critères de sélection qualitatifs qui peuvent être prévus par les cahiers spéciaux des charges.

(2) Lorsque l'attribution doit se faire selon le principe de l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, les critères suivants liés à l'objet du marché public en question sont pris en considération: la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, l'aspect social, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

Le pouvoir adjudicateur est libre de n'appliquer, pour un marché public déterminé, qu'une partie des critères énumérés à l'alinéa qui précède.

(3) Le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges la pondération relative qu'il confère à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié.

(4) Lorsque, d'après l'avis du pouvoir adjudicateur, la pondération n'est pas possible pour des raisons démontrables, il indique dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges, l'ordre décroissant d'importance des critères.

(5) Dans le cadre des marchés publics de services, l'application de dispositions légales, réglementaires ou administratives n'est pas affectée par les dispositions des paragraphes (1) à (3).

CHAPITRE VI – DURÉE DES MARCHÉS PUBLICS

Art. 12. 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 crédit-bail et de location-vente;
- 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 ils sont conclus. Dans ce cas la durée doit être adaptée à la nature du marché pour soit tenir compte de la durée de réalisation effective des travaux, fournitures ou services, soit optimiser les conditions économiques de réalisation du marché. Toutefois la durée de ces marchés ne peut pas dépasser 10 exercices, y non compris celui au cours duquel les marchés ont été conclus;
- c) lorsqu'il s'agit de travaux, fournitures ou services de très grande envergure dont le montant estimé, TVA comprise, dépasse le montant prévu à l'article 80 de la loi du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat.

Dans ce cas la loi spéciale doit faire mention de la dérogation à la durée prévue au point b);

- d) lorsqu'il s'agit de concessions de travaux publics et de concessions de services.

CHAPITRE VII – SANCTIONS ET PRIMES

Art. 13. (1) Un règlement grand-ducal prévoit les modalités de l'application par le pouvoir adjudicateur à l'encontre d'un adjudicataire qui ne respecte pas les clauses et conditions du marché public qu'il est chargé d'exécuter, de clauses pénales et d'astreintes.

Le cahier des charges régissant un marché déterminé doit indiquer la mention des pénalités susceptibles d'être prises. Elles doivent être adaptées à la nature et à l'importance du marché. L'amende ne peut pas dépasser vingt pour cent du total de l'offre.

(2) Les cahiers des charges peuvent prévoir des primes d'achèvement avant terme pour les marchés publics.

(3) Si l'une des irrégularités énumérées au paragraphe (4) du présent article a été commise par un opérateur économique, le pouvoir adjudicateur peut prendre à son égard, même cumulativement, les sanctions suivantes:

- l'exclusion temporaire de la participation aux marchés publics organisés par le pouvoir adjudicateur, pendant une durée ne pouvant dépasser deux ans,
- la résiliation aux torts de l'adjudicataire du marché public à l'occasion duquel l'irrégularité a été commise.

(4) Constitue une irrégularité au sens du paragraphe (3) ci-dessus:

- a) manquement aux conditions du marché adjudgé ou pour non-respect des délais impartis;
- b) faute grave dans l'exécution des marchés;
- c) manque de probité commerciale.

(5) L'exclusion et la résiliation ne peuvent avoir lieu qu'après une mise en demeure précisant clairement les intentions du pouvoir adjudicateur. Un délai d'au moins huit jours doit être accordé à l'opérateur économique pour présenter ses observations écrites.

(6) La décision d'exclusion et la décision de la résiliation doivent être motivées et elles doivent être précédées de la consultation de la Commission des soumissions.

(7) Les contestations auxquelles donnent lieu les décisions relatives à l'exclusion sont de la compétence du Tribunal administratif, statuant comme juge du fond.

(8) Les décisions d'exclusion et les décisions de résiliation prises sont notifiées à l'opérateur économique visé, aux services publics intéressés et à la Commission des Soumissions.

CHAPITRE VIII – AVANCES ET ACOMPTE

Art. 14. Pour les marchés publics, aucun acompte à un opérateur économique 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.

CHAPITRE IX – DÉCOMPTES

Art. 15. (1) Pour tous les marchés publics un décompte final doit être établi.

Pour toute adjudication dont la valeur, hors TVA, dépasse 20.000 euros valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948, le pouvoir adjudicateur établit, après la réception de la totalité du marché, un décompte final, comportant comparaison du devis établi en vue de la procédure d'adjudication et comparaison, par corps de métiers, du prix adjudgé et du coût final de la totalité du marché, marchés supplémentaires compris.

(2) En cas de dépassement du devis ou du prix convenu, les hausses légales sont à indiquer séparément.

(3) Une justification est à fournir pour tous les dépassements excédant les hausses légales.

TITRE IV – COMMISSION DES SOUMISSIONS

Art. 16. (1) Il est institué auprès du ministre ayant dans ses attributions les Travaux publics une Commission des soumissions.

(2) Cette commission a pour mission:

- de veiller à ce que les dispositions légales, réglementaires et contractuelles en matière de marchés publics soient strictement observées par les pouvoirs adjudicateurs ainsi que par les adjudicataires;
- d'instruire les réclamations;
- d'assumer toute mission consultative relative aux marchés publics;
- de donner son avis à tout pouvoir adjudicateur qui le demande relativement aux marchés publics à conclure ou conclus;
- d'exécuter les tâches spécifiques lui confiées par la présente loi et ses règlements d'exécution.

(3) Si un pouvoir adjudicateur se propose de recourir, pour un marché estimé, hors TVA, à plus de 50.000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948, à une procédure restreinte sans publication d'avis ou à une procédure négociée, il doit au préalable solliciter l'avis de la Commission des soumissions.

(4) Les membres de la commission sont nommés par arrêté du Gouvernement en conseil.

(5) La commission est assistée d'un service administratif.

(6) Les indemnités des membres ainsi que du personnel administratif sont fixées par règlement grand-ducal.

(7) La composition de la commission, son mode de fonctionnement ainsi que celui du service administratif lui joint sont déterminés par règlement grand-ducal.

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

CHAPITRE I – DÉCOMPTES POUR OUVRAGES IMPORTANTS

Art. 17. Pour tous les marchés publics relevant de l'Etat, relatifs à un ouvrage dont le coût dépasse le montant prévu à l'article 80 de la loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat, le décompte établi suivant les dispositions de l'article 15, est transmis au ministre ayant dans ses attributions le Budget, ainsi qu'à la Chambre des députés dans un délai ne dépassant pas un an à compter de la réception de la totalité de l'ouvrage. Une justification est à fournir pour tous les dépassements excédant les hausses légales. Ce décompte est contrôlé par la Cour des comptes et soumis à la Chambre des députés avec les observations éventuelles de la Cour des comptes.

TITRE VI – DISPOSITIONS PARTICULIÈRES CONCERNANT LES MARCHÉS PUBLICS DES POUVOIRS ADJUDICATEURS RELEVANT DES COMMUNES OU DES ENTITÉS ASSIMILÉES

CHAPITRE I – CLAUSE PRÉFÉRENTIELLE EN FAVEUR D'UN SOUMISSIONNAIRE LOCAL

Art. 18. Par dérogation aux dispositions prévues à l'article 11, respectivement le collège des bourgmestre et échevins ou l'organe habilité à engager l'établissement public placé sous la surveillance des communes, peut, lorsque le montant total, hors TVA, du marché à conclure n'excède pas 20.000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948, attribuer le marché à un concurrent résidant dans la commune, 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 ou celui de l'offre au prix le plus bas.

CHAPITRE II – SUSPENSION ET ANNULATION

Art. 19. (1) Le Grand-Duc peut annuler un marché conclu en violation de la présente loi ou de ses règlements d'exécution ou s'il est contraire à l'intérêt général.

L'arrêté d'annulation doit être motivé et indiquer les moyens légaux ou les éléments d'intérêt général qui sont en cause et qu'il s'agit de protéger.

(2) Le ministre de l'Intérieur peut, dans un délai de 8 jours de la communication du dossier, suspendre un marché conclu en violation de la présente loi ou de ses règlements d'exécution ou s'il est contraire à l'intérêt général.

Les motifs de la suspension sont communiqués à l'autorité concernée dans les 5 jours de la suspension.

L'arrêté portant annulation du marché par le Grand-Duc doit intervenir dans les 40 jours à partir de la communication du dossier au ministre de l'Intérieur. Si l'annulation n'intervient pas dans ce délai, la suspension est levée.

TITRE VII – RÈGLES D'EXEMPTION ET D'EXÉCUTION

Art. 20. (1) Les dispositions du Livre I ne s'appliquent pas aux appels à la concurrence à opérer par le Fonds pour le logement à coût modéré pour la réalisation de logements.

(2) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

L'avis de marché fait mention de la présente disposition.

(3) Les mesures d'exécution du présent Livre sont définies par un règlement grand-ducal instituant un cahier général des charges fixant les clauses et conditions générales des marchés publics à conclure par les pouvoirs adjudicateurs.

(4) Des règlements grand-ducaux peuvent instituer des cahiers spéciaux des charges standardisés. Ces cahiers spéciaux des charges sont publiés par voie électronique.

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

TITRE I – CHAMP D'APPLICATION

CHAPITRE I – SEUILS

Art. 21. Le présent Livre s'applique aux marchés publics qui ne sont pas exclus en vertu des exceptions prévues aux articles 24 à 32 et dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure aux seuils suivants:

- a) 162.000 euros pour les marchés publics de fournitures et de services, autres que ceux visés au point b), troisième tiret, passés par les pouvoirs adjudicateurs qui sont des autorités gouvernementales centrales reprises à l'annexe IV; pour les pouvoirs adjudicateurs qui opèrent dans le domaine de la défense, les dispositions du Livre II ne sont pas applicables aux marchés publics de fournitures que s'ils portent sur des produits visés à l'annexe V;
- b) 249.000 euros:
 - pour les marchés publics de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs autres que ceux visés à l'annexe IV,
 - pour les marchés publics de fournitures passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'annexe IV qui opèrent dans le domaine de la défense lorsque ces marchés concernent des produits non visés par l'annexe V,
 - pour les marchés publics de services passés par un pouvoir adjudicateur ayant pour objet des services de la catégorie 8 de l'annexe II A, des services de télécommunications de la catégorie 5 dont les positions dans le CPV sont l'équivalent des numéros de référence CPC 7524, 7525 et 7526 ou des services figurant à l'annexe II B;
- c) 6.242.000 EUR, pour les marchés publics de travaux.

Art. 22. Le présent Livre s'applique à la passation:

- a) des marchés subventionnés directement à plus de 50% par des pouvoirs adjudicateurs et dont la valeur estimée, hors TVA, égale ou dépasse 6.242.000 euros:
 - lorsque ces marchés concernent les activités de génie civil au sens de l'annexe I,
 - lorsque ces marchés 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;
- b) des marchés de services subventionnés directement à plus de 50% par des pouvoirs adjudicateurs et dont la valeur estimée hors TVA égale ou dépasse 249.000 euros lorsque ces marchés sont en liaison avec un marché de travaux au sens du point a).

Les pouvoirs adjudicateurs qui octroient ces subventions veillent à faire respecter les dispositions du présent Livre lorsque ces marchés sont passés par une ou plusieurs entités autres qu'eux-mêmes et sont tenus de respecter le présent Livre lorsqu'ils passent eux-mêmes ces marchés au nom et pour le compte de ces autres entités.

CHAPITRE II – MÉTHODES DE CALCUL

Art. 23. (1) Le calcul de la valeur estimée d'un marché public est fondé sur le montant total payable, hors TVA, estimé par le pouvoir adjudicateur. Ce calcul tient compte du montant total estimé, y compris toute forme d'option éventuelle et les reconductions du contrat éventuelles.

Si le pouvoir adjudicateur prévoit des primes ou des paiements au profit des candidats ou soumissionnaires, il en tient compte pour calculer la valeur estimée du marché.

(2) Cette estimation doit valoir au moment de l'envoi de l'avis de marché, tel que prévu dans les dispositions relatives à la publication déterminées par règlement grand-ducal, ou dans les cas où un tel avis n'est pas requis, au moment où le pouvoir adjudicateur engage la procédure d'attribution du marché.

(3) Aucun projet d'ouvrage ni aucun projet d'achat visant à obtenir une certaine quantité de fournitures ou de services ne peut être scindé en vue de le soustraire à l'application de la présente loi.

(4) Pour les marchés publics de travaux, le calcul de la valeur estimée prend en compte le montant des travaux ainsi que la valeur totale estimée des fournitures nécessaires à l'exécution des travaux et mises à la disposition de l'entrepreneur par les pouvoirs adjudicateurs.

(5) a) Lorsqu'un ouvrage envisagé ou un projet d'achat de services peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur globale estimée de la totalité de ces lots est prise en compte.

Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le seuil prévu à l'article 21, le présent Livre s'applique à la passation de chaque lot.

Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à cette application pour des lots dont la valeur estimée hors TVA est inférieure à 80.000 euros et pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 pour cent de la valeur cumulée de la totalité des lots;

b) lorsqu'un projet visant à obtenir des fournitures homogènes peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur estimée de la totalité de ces lots est prise en compte pour l'application de l'article 21 points a) et b) de la présente loi.

Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le seuil prévu à l'article 21, le présent Livre s'applique à la passation de chaque lot.

Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à cette application pour des lots dont la valeur estimée hors TVA est inférieure à 80.000 EUR et pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20% de la valeur cumulée de la totalité des lots.

(6) Pour les marchés publics de fournitures ayant pour objet le crédit-bail, la location ou la location-vente de produits, la valeur à prendre comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché est la suivante:

- a) dans l'hypothèse de marchés publics 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;
- b) dans l'hypothèse de marchés publics ayant une durée indéterminée ou dans le cas où la détermination de leur durée ne peut être définie, la valeur mensuelle multipliée par quarante-huit.

(7) Lorsqu'il s'agit de marchés publics de fournitures ou de services présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée, est prise comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché:

- a) soit la valeur réelle globale des contrats successifs analogues passés au cours des douze mois précédents 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;
- b) 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.

Le choix de la méthode pour le calcul de la valeur estimée d'un marché public ne peut être effectué avec l'intention de la soustraire à l'application du présent Livre.

(8) Pour les marchés publics de services, la valeur à prendre comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché est, le cas échéant, la suivante:

- a) pour les types de services suivants:
 - 1°: services d'assurance: la prime payable et les autres modes de rémunération,
 - 2°: services bancaires et autres services financiers: les honoraires, commissions, intérêts et autres modes de rémunération,
 - 3°: marchés impliquant la conception: honoraires, commissions payables et autres modes de rémunération;
- b) pour les marchés de services n'indiquant pas un prix total:
 - 1°: 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 estimée pour toute leur durée;
 - 2°: dans l'hypothèse de marchés ayant une durée indéterminée ou supérieure à quarante-huit mois: la valeur mensuelle multipliée par quarante-huit.

(9) Pour les accords-cadres et pour les systèmes d'acquisition dynamiques la valeur à prendre en considération est la valeur maximale estimée hors TVA de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique.

CHAPITRE III – SITUATIONS SPÉCIFIQUES

Art. 24. Le présent Livre s'applique aux marchés publics passés par des pouvoirs adjudicateurs dans le domaine de la défense, sous réserve de l'article 296 du Traité instituant la Communauté européenne.

Art. 25. (1) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à des centrales d'achat pour acquérir des travaux, fournitures ou services.

(2) Les pouvoirs adjudicateurs qui acquièrent des travaux, des fournitures ou des services en recourant à une centrale d'achat dans les hypothèses visées à l'article 3 point 10) sont considérés comme ayant respecté le présent Livre, pour autant que cette centrale d'achat l'ait respecté.

CHAPITRE IV – MARCHÉS EXCLUS

Art. 26. Marchés passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux:

Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés publics qui, dans le cadre du Livre III, sont passés par des pouvoirs adjudicateurs exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 57 à 61 et sont passés pour ces activités, ni aux marchés publics exclus du champ d'application du Livre III en vertu de son article 59, paragraphe 2 et de ses articles 73, 80 et 83.

Art. 27. Exclusions spécifiques dans le domaine des télécommunications:

Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés publics qui ont principalement pour objet de permettre aux pouvoirs adjudicateurs la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de télécommunications.

Art. 28. Marchés secrets ou exigeant des mesures particulières de sécurité:

Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés publics lorsqu'ils sont déclarés secrets 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 l'Etat l'exige.

Art. 29. Marchés passés en vertu de règles internationales:

Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés publics régis par des règles de procédure différentes et passés en vertu:

- a) d'un accord international conclu, en conformité avec le Traité instituant la Communauté européenne, avec 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 de l'objet du marché public par les Etats signataires; tout accord sera communiqué à la Commission européenne;
- b) d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un Etat membre ou d'un pays tiers;
- c) de la procédure spécifique d'une organisation internationale.

Art. 30. Exclusions spécifiques:

Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés publics de services:

- a) ayant 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 au présent Livre;
- b) concernant l'achat, le développement, la production ou la coproduction des programmes destinés à la diffusion par des organismes de radiodiffusion et concernant les temps de diffusion;
- c) concernant les services d'arbitrage et de conciliation;
- d) concernant des services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs, et des services fournis par des banques centrales;
- e) concernant les contrats d'emploi;
- f) concernant 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.

Art. 31. Concessions de services:

Sans préjudice de l'application des dispositions prévues à l'article 51, le présent Livre ne s'applique pas aux concessions de services définies à l'article 3 point 4).

Art. 32. Marchés de services attribués sur base d'un droit exclusif:

Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés publics de services attribués par un pouvoir adjudicateur à un autre pouvoir adjudicateur ou à une association de pouvoirs adjudicateurs sur la base d'un droit exclusif dont ceux-ci bénéficient en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité instituant la Communauté européenne.

CHAPITRE V – MARCHÉS RÉSERVÉS

Art. 33. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

L'avis de marché fait mention de la présente disposition.

CHAPITRE VI – RÉGIMES APPLICABLES AUX MARCHÉS DE SERVICES

Art. 34. Les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe II A sont passés conformément aux dispositions définies par un règlement grand-ducal qui institue un cahier général des charges applicable aux marchés d'une certaine envergure.

Art. 35. La passation des marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe II B est soumise seulement aux règles communes dans le domaine technique et à l'obligation de l'information de passation du marché définies par un règlement grand-ducal qui institue un cahier général des charges applicable aux marchés d'une certaine envergure.

Art. 36. Les marchés qui ont pour objet à la fois des services figurant à l'annexe II A et des services figurant à l'annexe II B sont passés conformément aux dispositions de l'article 34 lorsque la valeur des services figurant à l'annexe II A dépasse celle des services figurant à l'annexe II B. Dans les autres cas, le marché est passé conformément à l'article 35.

TITRE II – CONDITIONS DE RECOURS AUX DIFFÉRENTS TYPES DE MARCHÉS PUBLICS

CHAPITRE I – PROCÉDURE OUVERTE ET PROCÉDURE RESTREINTE

Art. 37. (1) Les marchés publics de travaux, de fournitures et de services visés au présent Livre sont passés par les pouvoirs adjudicateurs soit par procédure ouverte, soit par procédure restreinte,

(2) Les règles relatives au déroulement des procédures sont déterminées par voie de règlement grand-ducal.

CHAPITRE II – MARCHÉS NEGOCIÉS ET DIALOGUE COMPÉTITIF

Art. 38. Le recours aux procédures négociées et au dialogue compétitif est motivé:

- pour les pouvoirs adjudicateurs relevant des organes, administrations et services de l'Etat, par un arrêté du ministre du ressort,
- pour les pouvoirs adjudicateurs relevant des communes, par une décision du collège des bourgmestre et échevins,
- pour les autres pouvoirs adjudicateurs, par une décision de l'organe habilité à engager lesdits pouvoirs adjudicateurs.

SECTION I – MARCHÉS NEGOCIÉS AVEC PUBLICATION D'UN AVIS DE MARCHÉ

Art. 39. (1) Par exception à l'article 37, alinéa 1^{er}, les pouvoirs adjudicateurs, sous condition d'avoir publié un avis de marché et d'avoir sélectionné les candidats selon les critères de sélection qualitatifs fixés par voie de règlement grand-ducal, sont autorisés à recourir, pour les marchés publics visés à l'article 37, paragraphe 1^{er}, à la procédure négociée s'ils se trouvent dans l'une des situations suivantes:

- a) en présence d'offres irrégulières ou en cas de dépôt d'offres inacceptables soumises en réponse à une procédure ouverte ou restreinte ou à un dialogue compétitif, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées;
Les pouvoirs adjudicateurs peuvent ne pas publier un avis de marché s'ils incluent dans la procédure négociée tous les soumissionnaires et les seuls soumissionnaires qui satisfont aux critères visés aux critères de sélection qualitative déterminés par voie de règlement grand-ducal et qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte ou du dialogue compétitif antérieur, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation;
- b) dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix;
- c) dans le domaine des services, notamment au sens de la catégorie 6 de l'annexe II A, et pour des prestations intellectuelles, telles que la conception d'ouvrage, dans la mesure où la nature de la prestation 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 procédure ouverte ou la procédure restreinte;
- d) dans le cas des marchés publics de travaux, pour les travaux qui sont réalisés uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation ou de mise au point et non dans le but d'assurer une rentabilité ou le recouvrement des coûts de recherche et de développement.

(2) Dans les cas visés au paragraphe 1^{er}, les pouvoirs adjudicateurs négocient avec les soumissionnaires les offres soumises par ceux-ci afin de les adapter aux exigences qu'ils ont indiquées dans l'avis de marché, dans le cahier des charges et dans les documents complémentaires éventuels et afin de rechercher la meilleure offre conformément aux critères d'attribution déterminés par voie de règlement grand-ducal.

(3) Au cours de la négociation, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. En particulier, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres.

(4) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir que la procédure négociée se déroule en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Le recours à cette faculté est indiqué dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges.

SECTION II – MARCHÉS NÉGOCIÉS SANS PUBLICATION D'UN AVIS DE MARCHÉ

Art. 40. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics de travaux, de fournitures ou de services en recourant à la procédure négociée, sans publication préalable d'un avis de marché, dans les cas suivants:

(1) dans le cas des marchés publics de travaux, de fournitures et de services:

- a) lorsqu'aucune offre ou aucune offre appropriée ou aucune candidature 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 qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne à sa demande;
- b) lorsque, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique 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 procédures ouvertes, restreintes ou négociées avec publication d'un avis de marché visées à l'article 39.

Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs;

(2) dans le cas des marchés publics de fournitures:

- a) 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;
- b) 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;
- c) pour les fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières;
- d) pour l'achat de fournitures à 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 prévue par voie légale ou réglementaire;

(3) dans le cas des marchés publics de services, lorsque le marché considéré fait suite à un concours obéissant aux règles fixées par voie de règlement grand-ducal;

(4) dans le cas des marchés publics de travaux et marchés publics de services:

- a) pour les travaux ou services complémentaires qui ne figurent pas dans le projet initialement envisagé ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui exécute cet ouvrage ou ce service:
 - lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs,
 ou
 - lorsque ces travaux ou services, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.

Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires ne doit pas dépasser 50 pour cent du montant du marché initial;

- b) pour de nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires confiés à l'opérateur économique adjudicataire du marché initial par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, à condition que ces travaux ou ces services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un marché initial passé selon la procédure ouverte ou restreinte.

La possibilité de recourir à cette procédure est indiquée dès la mise en concurrence de la première opération et le montant total envisagé pour la suite des travaux ou des services est pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour l'application de l'article 21.

Il ne peut être recouru à cette procédure que pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial.

SECTION III – DIALOGUE COMPÉTITIF

Art. 41. Lorsqu'un marché est particulièrement complexe au sens de l'article 3, paragraphe 10, point e), le pouvoir adjudicateur, dans la mesure où il estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché, peut recourir au dialogue compétitif conformément à des modalités précisées par voie de règlement grand-ducal.

L'attribution du marché public est faite sur la seule base du critère d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse.

CHAPITRE III – DES CONCOURS DANS LE DOMAINE DES SERVICES

Art. 42. (1) Un règlement grand-ducal établit les règles concernant l'organisation des concours ayant pour l'objet l'offre de prestations de services et sont mises à la disposition de ceux qui sont intéressés à participer au concours.

(2) L'accès à la participation aux concours ne peut être limité:

- a) au territoire ou à une partie du territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne;
- b) par le fait que les participants seraient tenus, en vertu de la législation de l'Etat membre où le concours est organisé, d'être soit des personnes physiques, soit des personnes morales.

Art. 43. Les concours sont organisés conformément au présent chapitre:

- a) par les pouvoirs adjudicateurs qui sont des autorités gouvernementales centrales reprises à l'annexe IV, à partir d'un seuil qui égale ou dépasse 162.000 euros;
- b) par les pouvoirs adjudicateurs autres que ceux visés à l'annexe IV, à partir d'un seuil qui égale ou dépasse 249.000 euros;
- c) par tous les pouvoirs adjudicateurs, à partir d'un seuil qui égale ou dépasse 249.000 euros lorsque les concours portent sur des services de la catégorie 8 de l'annexe II A, des services de télécommunications de la catégorie 5 dont les positions dans le CPV sont l'équivalent des numéros de référence CPC 7524, 7525 et 7526 ou des services figurant à l'annexe II B.

Art. 44. Le présent chapitre s'applique:

- a) aux concours organisés dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public de services;
- b) aux concours avec primes de participation ou paiements aux participants.

Dans les cas visés au point a), on entend par «seuil», la valeur estimée hors TVA du marché public de services, y compris les éventuelles primes de participation ou paiements aux participants.

Dans les cas visés au point b), on entend par «seuil» le montant total des primes et paiements, y compris la valeur estimée hors TVA du marché public de services qui pourrait être passé ultérieurement aux termes de l'article 40, paragraphe 3, si le pouvoir adjudicateur n'exclut pas une telle passation dans l'avis de concours.

Art. 45. Le présent chapitre ne s'applique pas:

- a) aux concours de services au sens du Livre III qui sont organisés par des pouvoirs adjudicateurs exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 57 à 61 et qui sont organisés pour la poursuite de ces activités, ni aux concours exclus du champ d'application dudit Livre.
- b) aux concours qui sont organisés dans les mêmes cas que ceux visés aux articles 27, 28 et 29 pour les marchés publics de services.

CHAPITRE IV – DES ACCORDS-CADRES

Art. 46. (1) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent conclure des accords-cadres. Aux fins de la conclusion d'un accord-cadre, les pouvoirs adjudicateurs suivent les règles prévues par voie de règlement grand-ducal dans toutes les phases jusqu'à l'attribution des marchés fondés sur cet accord-cadre. Le choix des parties à l'accord-cadre se fait par application des modes d'attribution prévus par l'article 11.

(2) La durée d'un accord-cadre ne peut pas dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par l'objet du contrat-cadre.

CHAPITRE V – DES SYSTÈMES D'ACQUISITION DYNAMIQUES ET DES ENCHÈRES ÉLECTRONIQUES

Art. 47. Les règles relatives au déroulement des systèmes d'acquisition dynamiques et des enchères électroniques sont déterminées par voie de règlement grand-ducal.

CHAPITRE VI – DE LA CONCESSION DE TRAVAUX PUBLICS

Art. 48. Le présent chapitre s'applique à tous les contrats de concession de travaux publics dont le montant dépasse ou égale 6.242.000 euros.

Cette valeur est calculée selon les règles applicables aux marchés de travaux publics définies à l'article 23.

Les mesures d'exécution du présent chapitre sont déterminées par voie de règlement grand-ducal.

Art. 49. Les dispositions de l'article qui précède ne s'appliquent pas aux concessions de travaux publics:

- a) qui sont octroyées pour les marchés publics de travaux dans les cas visés aux articles 27, 28 et 29 de la présente loi;
- b) qui sont octroyées par des pouvoirs adjudicateurs exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 57 à 61 lorsque ces concessions sont octroyées pour l'exercice de ces activités.

Art. 50. Les dispositions de l'article 48 ne s'appliquent pas aux travaux complémentaires qui ne figurent pas dans le projet initialement envisagé de la concession ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage tel qu'il y est décrit, que le pouvoir adjudicateur confie au concessionnaire, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui exécute cet ouvrage, par décision motivée:

- lorsque ces travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs, ou
- lorsque ces travaux, quoiqu'ils soient 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 doit pas dépasser 50 pour cent du montant de l'ouvrage initial faisant l'objet de la concession.

TITRE III – RÈGLES PARTICULIÈRES

CHAPITRE I – OCTROI DE DROITS SPÉCIAUX OU EXCLUSIFS: CLAUSE DE NON-DISCRIMINATION

Art. 51. Lorsqu'un pouvoir adjudicateur octroie à une entité autre qu'un tel pouvoir adjudicateur des droits spéciaux ou exclusifs d'exercer une activité de service public, l'acte par lequel ce droit est octroyé oblige l'entité concernée de respecter, dans les marchés de fournitures qu'elle passe avec des tiers dans le cadre de cette activité, de ne pas discriminer les soumissionnaires en raison de leur nationalité.

CHAPITRE II – CONDITIONS RELATIVES AUX ACCORDS CONCLUS AU SEIN DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

Art. 52. Lors de la passation de marchés publics avec des opérateurs économiques des Etats membres de la Communauté européenne, les pouvoirs adjudicateurs appliquent des conditions aussi favorables que celles qu'ils réservent aux opérateurs économiques des pays tiers en application de l'accord sur les marchés publics conclu dans le cadre des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay.

CHAPITRE III – MARCHÉS PUBLICS DE TRAVAUX: RÈGLES PARTICULIÈRES CONCERNANT LA RÉALISATION DE LOGEMENTS SOCIAUX

Art. 53. Dans le cas de marchés publics portant sur la conception et la construction d'un ensemble de logements sociaux dont, en raison de l'importance, de la complexité et de la durée présumée des travaux s'y rapportant, le plan doit être établi dès le début sur la base d'une stricte collaboration au sein d'une équipe comprenant les délégués des pouvoirs adjudicateurs, des experts et l'entrepreneur qui aura la charge d'exécuter les travaux, il peut être recouru à une procédure spéciale d'attribution, à déterminer par voie de règlement grand-ducal, visant à choisir, selon des modalités et des critères à fixer dans le même règlement grand-ducal, l'entrepreneur le plus apte à être intégré dans l'équipe.

TITRE IV – RÈGLES D'EXÉCUTION

Art. 54. Les mesures d'exécution du présent Livre sont définies par un règlement grand-ducal qui institue un cahier général des charges applicable aux marchés d'une certaine envergure.

LIVRE III – DISPOSITIONS SPÉCIFIQUES RELATIVES AUX MARCHÉS PUBLICS DANS LES SECTEURS DE L'EAU, DE L'ÉNERGIE, DES TRANSPORTS ET DES SERVICES POSTAUX

TITRE I – DÉFINITIONS ET CHAMP D'APPLICATION

Art. 55. Aux fins du présent Livre, on entend par:

1. a) Les «marchés de fournitures, de travaux et de services» sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre une ou plusieurs entités adjudicatrices visées à l'article 56, paragraphe 2, et un ou plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services.
- b) les «marchés de travaux» sont des marchés ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par l'entité adjudicatrice. 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.
- c) les «marchés de fournitures» sont des marchés autres que ceux visés au point b) ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits.
Un marché ayant pour objet la fourniture de produits et, à titre accessoire, les travaux de pose et d'installation est considéré comme un «marché de fourniture».
- d) les «marchés de services» sont des marchés autres que les marchés de travaux ou de fournitures ayant pour objet la prestation de services mentionnés à l'annexe II.

Un marché ayant pour objet à la fois des produits et des services visés à l'annexe II est considéré comme un «marché de services» lorsque la valeur des services en question dépasse celle des produits incorporés dans le marché.

Un marché ayant pour objet des services visés à l'annexe II et ne comportant des activités visées à l'annexe I qu'à titre accessoire par rapport à l'objet principal du marché est considéré comme un marché de services.

2. a) La «concession de travaux» est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché de travaux 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.
- b) la «concession de services» est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché de services à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix.
3. Un «accord-cadre» est un accord conclu entre une ou plusieurs entités adjudicatrices visées à l'article 56, paragraphe 2, et un ou plusieurs opérateurs économiques, et qui a pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.
4. Un «système d'acquisition dynamique» est un processus d'acquisition entièrement électronique pour des achats d'usage courant, dont les caractéristiques généralement disponibles sur le marché satisfont aux besoins de l'entité adjudicatrice, limité dans le temps et ouvert pendant toute sa durée à tout opérateur économique satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre indicative conforme au cahier des charges.
5. Une «enchère électronique» est un processus itératif selon un dispositif électronique de présentation de nouveaux prix, revus à la baisse, ou de nouvelles valeurs portant sur certains éléments des offres, qui intervient après une première évaluation complète des offres, permettant que leur classement puisse être effectué sur base d'un traitement automatique. Par conséquent, certains marchés de services et de travaux portant sur des prestations intellectuelles, comme la conception d'ouvrage, ne peuvent pas faire l'objet d'enchères électroniques.
6. Un «entrepreneur», un «fournisseur» ou un «prestataire de services» peut être une personne physique ou morale ou une entité adjudicatrice visées à l'article 56, paragraphe 2, point a) ou b), ou un groupement de ces personnes ou entités qui offre, respectivement, la réalisation de travaux ou d'ouvrages, des produits ou des services sur le marché.

Le terme «opérateur économique» couvre à la fois les notions d'entrepreneur, fournisseur et prestataire de services. Il est utilisé uniquement dans un souci de simplification du texte.

Un «soumissionnaire» est l'opérateur économique qui présente une offre et un «candidat» est celui qui sollicite une invitation à participer à une procédure restreinte ou négociée, l'offre que l'opérateur économique présente est désignée par le mot «soumission».

7. Une «centrale d'achat» est un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 56, paragraphe 1^{er}, point a), ou un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2 qui:
 - acquiert des fournitures ou des services destinés à des entités adjudicatrices, ou
 - passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des entités adjudicatrices.
8. Les «procédures ouvertes, restreintes ou négociées» sont les procédures de passation appliquées par les entités adjudicatrices et dans lesquelles:
 - a) en ce qui concerne les procédures ouvertes, tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre;
 - b) en ce qui concerne les procédures restreintes, tout opérateur économique peut demander à participer et dans lesquelles seuls les candidats invités par l'entité adjudicatrice peuvent présenter une offre;
 - c) en ce qui concerne les procédures négociées, l'entité adjudicatrice consulte les opérateurs économiques de son choix et négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.
9. Les «concours» sont les procédures qui permettent à l'entité adjudicatrice d'acquérir, principalement dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, 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.
10. Les termes «écrit(e)» ou «par écrit» désignent tout ensemble de mots ou de chiffres qui peut être lu, reproduit, puis communiqué. Cet ensemble peut inclure des informations transmises et stockées par des moyens électroniques.
11. Un «moyen électronique» est un moyen utilisant des équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données qui utilisent la diffusion, l'acheminement et la réception par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques.
12. Le «Vocabulaire commun des marchés publics» (Common Procurement Vocabulary, CPV) désigne la nomenclature de référence applicable aux marchés publics adoptée par le règlement (CE) n° 2195/2002, tout en assurant la correspondance avec les autres nomenclatures existantes.

En cas de différences d'interprétation en ce qui concerne le champ d'application du présent Livre, à la suite d'éventuelles divergences entre la nomenclature CPV et la nomenclature NACE visée à l'annexe I ou entre la nomenclature CPV et la nomenclature CPC (version provisoire) visée à l'annexe II, la nomenclature NACE ou la nomenclature CPC priment respectivement.

TITRE II – CHAMP D'APPLICATION: DÉFINITION DES ENTITÉS ET DES ACTIVITÉS VISÉES

CHAPITRE I – LES ENTITÉS ADJUDICATRICES

Art. 56. (1) Aux fins du présent Livre on entend par:

- a) «pouvoirs adjudicateurs»: l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs 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,
- doté de la 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 sont désignés par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public;

- b) «entreprise publique»: toute entreprise sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs 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 adjudicateurs, 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.

(2) Le présent Livre s'applique aux entités adjudicatrices:

- a) qui sont des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques et qui exercent une des activités visées aux articles 57 à 61;
- b) qui, lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, exercent, parmi leurs activités, l'une des activités visées à l'article 57 à 61 ou plusieurs de ces activités, et bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente.

(3) Aux fins du présent Livre, les «droits spéciaux ou exclusifs» sont des droits accordés par l'autorité compétente, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité définie aux articles 57 à 61 et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité.

CHAPITRE II – DISPOSITIONS RELATIVES AUX ACTIVITÉS DES SECTEURS VISÉS PAR LE LIVRE III

Art. 57. Gaz, chaleur et électricité

(1) En ce qui concerne le gaz et la chaleur, le présent Livre s'applique aux activités 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 de gaz ou de chaleur, ou
- b) l'alimentation de ces réseaux en gaz ou en chaleur.

(2) L'alimentation en gaz ou en chaleur des réseaux qui fournissent un service au public par une entité adjudicatrice autre que les pouvoirs adjudicateurs n'est pas considérée comme une activité visée au paragraphe 1^{er} lorsque:

- a) la production de gaz ou de chaleur par l'entité concernée est le résultat inéluctable de l'exercice d'une activité autre que celles visées aux paragraphes 1 ou 3 du présent article ou aux articles 58 à 61 et
- b) l'alimentation du réseau public ne vise qu'à exploiter de manière économique cette production et correspond à 20 pour cent 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.

(3) En ce qui concerne l'électricité, le présent Livre s'applique aux activités 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 d'électricité, ou
- b) l'alimentation de ces réseaux en électricité.

(4) L'alimentation en électricité des réseaux qui fournissent un service au public par une entité adjudicatrice autre que les pouvoirs adjudicateurs n'est pas considérée comme une activité visée au paragraphe 3 lorsque:

- a) la production d'électricité par l'entité concernée a lieu parce que sa consommation est nécessaire à l'exercice d'une activité autre que celles visées aux paragraphes 1 ou 3 du présent article ou aux articles 58 à 61 et
- b) l'alimentation du réseau public ne dépend que de la consommation propre de l'entité et n'a pas dépassé 30 pour cent de la production totale d'énergie de l'entité prenant en considération la moyenne des trois dernières années, y inclus l'année en cours.

Art. 58. Eau

(1) Le présent Livre s'applique aux activités 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 d'eau potable, ou
- b) l'alimentation de ces réseaux en eau potable.

(2) Le présent Livre s'applique également aux marchés ou concours qui sont passés ou organisés par les entités exerçant une activité visée au paragraphe 1^{er} 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 pour cent du volume total d'eau mis à disposition par ces projets ou ces installations d'irrigation ou de drainage, ou
- b) sont liés à l'évacuation ou au traitement des eaux usées.

(3) L'alimentation en eau potable des réseaux qui fournissent un service au public par une entité adjudicatrice autre que les pouvoirs adjudicateurs n'est pas considérée comme une activité au sens du paragraphe 1^{er} lorsque:

- a) la production d'eau potable par l'entité concernée a lieu parce que sa consommation est nécessaire à l'exercice d'une activité autre que celles visées aux articles 57 à 61 et
- b) l'alimentation du réseau public ne dépend que de la consommation propre de l'entité et n'a pas dépassé 30 pour cent de la production totale d'eau potable de l'entité prenant en considération la moyenne des trois dernières années, y inclus l'année en cours.

Art. 59. Services de transport

(1) Le présent Livre s'applique aux activités visant la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, 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.

(2) Le présent Livre ne s'applique pas aux entités fournissant un service de transport par autobus au public, 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.

Art. 60. Services postaux

1. Le présent Livre s'applique aux activités visant à fournir des services postaux ou, dans les conditions visées au paragraphe 2, point c), d'autres services que les services postaux.

2. Aux fins du présent Livre et sans préjudice des dispositions de la loi modifiée du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux, on entend par:

- a) «envoi postal»: un envoi portant une adresse sous la forme définitive dans laquelle il doit être acheminé, quel que soit son poids. Il s'agit, par exemple, outre les envois de correspondance, de livres, de catalogues, de journaux, de périodiques et de colis postaux contenant des marchandises avec ou sans valeur commerciale, quel que soit leur poids;
- b) «services postaux»: des services, consistant en la levée, le tri, l'acheminement et la distribution d'envois postaux. Ces services comprennent:
 - les «services postaux réservés»: des services postaux qui sont réservés ou peuvent l'être sur la base de l'article 15 de la loi modifiée du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux,
 - les «autres services postaux»: des services postaux qui ne peuvent être réservés sur la base de l'article 15 de la loi modifiée du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux;
- c) «services autres que les services postaux»: des services fournis dans les domaines suivants:
 - services de gestion de services courrier, aussi bien les services précédant l'envoi que ceux postérieurs à l'envoi, tels les mail-room management services,
 - services à valeur ajoutée liés au courrier électronique et effectués entièrement par voie électronique y inclus la transmission sécurisée de documents codés par voie électronique, les services de gestion des adresses et la transmission de courrier électronique recommandé,
 - services concernant des envois non compris au point a) tels que le publipostage ne portant pas d'adresse,
 - services financiers tels qu'ils sont définis dans la catégorie 6 de l'annexe II A et à l'article 76, point c), y compris notamment les virements postaux et les transferts à partir de comptes courants postaux,
 - services de philatélie, et
 - services logistiques (services associant la remise physique ou le dépôt à d'autres fonctions autres que postales),

pourvu que ces services soient fournis par une entité fournissant également des services postaux au sens du point b), premier ou second tiret et que les conditions fixées à l'article 81, paragraphe 1^{er}, ne soient pas remplies en ce qui concerne les services relevant des tirets cités.

Art. 61. Dispositions concernant l'exploration et l'extraction du pétrole, du gaz, du charbon et d'autres combustibles solides ainsi que les ports et les aéroports

Le présent Livre s'applique aux activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique dans le but:

- a) de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides, ou
- b) de mettre à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux, des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport.

Art. 62. Liste des entités adjudicatrices

Les listes, non exhaustives, des entités adjudicatrices au sens du présent Livre figurent à l'annexe VI. Les modifications que la loi fera subir à cette annexe sont à communiquer à la Commission européenne.

Art. 63. Marchés concernant plusieurs activités

(1) Un marché destiné à la poursuite de plusieurs activités suit les règles applicables à l'activité à laquelle il est principalement destiné.

Toutefois, le choix entre la passation d'un seul marché et la passation de plusieurs marchés séparés ne peut être effectué avec l'objectif de l'exclure du champ d'application du présent Livre, le cas échéant, des dispositions du Livre II.

(2) Si une des activités à laquelle le marché est destiné est soumise au présent Livre et l'autre au Livre II et s'il est objectivement impossible d'établir à quelle activité le marché est principalement destiné, le marché est attribué conformément aux dispositions du Livre II.

(3) Si une des activités à laquelle le marché est destiné est soumise au présent Livre et l'autre n'est soumise ni au présent Livre ni au Livre II et s'il est objectivement impossible d'établir à quelle activité le marché est principalement destiné, le marché est attribué conformément au présent Livre.

CHAPITRE III – PRINCIPES GÉNÉRAUX

Art. 64. Principes de passation des marchés

Les entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence.

TITRE III – RÈGLES APPLICABLES AUX MARCHÉS

CHAPITRE I – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Art. 65. Conditions relatives aux accords conclus au sein de l'Organisation mondiale du commerce

Lors de la passation de marchés publics avec des opérateurs économiques des Etats membres de la Communauté européenne, les pouvoirs adjudicateurs appliquent des conditions aussi favorables que celles qu'ils réservent aux opérateurs économiques des pays tiers en application de l'accord sur les marchés publics conclus dans le cadre des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay.

Art. 66. Accords-cadres

(1) Un accord-cadre constitue un marché au sens de l'article 55, point 1, et doit être attribué conformément aux dispositions déterminées par voie de règlement grand-ducal.

(2) Lorsque les entités adjudicatrices ont passé un accord-cadre conformément au présent Livre, elles peuvent recourir à l'article 86, point i), lorsqu'elles passent des marchés qui sont fondés sur cet accord-cadre.

(3) Il est interdit aux entités adjudicatrices de recourir à la conclusion d'un accord-cadre dans le but d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.

Art. 67. Systèmes d'acquisition dynamiques et enchères électroniques:

Les règles relatives au déroulement des systèmes d'acquisition dynamiques et des enchères électroniques sont déterminées par voie de règlement grand-ducal.

CHAPITRE II – SEUILS ET EXCLUSIONS

SECTION I – SEUILS

Art. 68. Montants des seuils des marchés

La présente loi s'applique aux marchés dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure aux seuils suivants:

- a) 499.000 euros en ce qui concerne les marchés de fournitures et de services;
- b) 6.242.000 euros en ce qui concerne les marchés de travaux.

Art. 69. Méthodes de calcul de la valeur estimée des marchés, accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques

(1) Le calcul de la valeur estimée d'un marché est fondé sur le montant total payable, hors TVA, estimé par l'entité adjudicatrice. Ce calcul tient compte du montant total estimé, y compris toute forme d'option éventuelle et les reconductions du contrat éventuelles.

Si l'entité adjudicatrice prévoit des primes ou des paiements au profit des candidats ou soumissionnaires, il en tient compte pour calculer la valeur estimée du marché.

(2) Les entités adjudicatrices ne peuvent pas contourner l'application du présent Livre en scindant les projets d'ouvrage ou les projets d'achat visant à obtenir une certaine quantité de fournitures ou de services ou en utilisant des modalités particulières de calcul de la valeur estimée des marchés.

(3) Pour les accords-cadres et pour les systèmes d'acquisition dynamiques la valeur à prendre en considération est la valeur maximale estimée hors TVA de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord ou du système.

(4) Aux fins de l'application de l'article 68, les entités adjudicatrices incluent dans la valeur estimée des marchés de travaux la valeur des travaux ainsi que 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.

(5) 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 de travaux avec pour effet de soustraire l'acquisition de ces fournitures ou de ces services à l'application du présent Livre.

(6) a) Lorsqu'un ouvrage envisagé ou un projet d'achat de services peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur globale estimée de la totalité de ces lots est prise en compte.

Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le seuil prévu à l'article 68, le présent Livre s'applique à la passation de chaque lot.

Toutefois, les entités adjudicatrices peuvent déroger à cette application pour des lots dont la valeur estimée, hors TVA, est inférieure à 80.000 euros pour les services et 1.000.000 euros pour les travaux et pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 pour cent de la valeur cumulée de la totalité des lots.

b) Lorsqu'un projet visant à obtenir des fournitures homogènes peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur estimée de la totalité de ces lots est prise en compte pour l'application de l'article 68.

Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le seuil prévu à l'article 68, le présent Livre s'applique à la passation de chaque lot.

Toutefois, les entités adjudicatrices peuvent déroger à cette application pour des lots dont la valeur estimée, hors TVA, est inférieure à 80.000 euros et pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 pour cent de la valeur cumulée de la totalité des lots.

(7) Lorsqu'il s'agit de marchés de fournitures ou de services présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée, est prise comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché:

a) soit la valeur réelle globale des contrats successifs analogues passés au cours des douze mois précédents 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;

b) 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.

(8) 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.

(9) Pour les marchés de fournitures ayant pour objet le crédit-bail, la location ou la location-vente de produits, la valeur à prendre comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché est la suivante:

a) 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;

b) 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 quarante-huit.

(10) Aux fins du calcul du montant estimé de marchés de services, les montants suivants sont pris en compte, le cas échéant:

a) pour ce qui est des services d'assurance, la prime payable et les autres modes de rémunération;

b) pour ce qui est des services bancaires et autres services financiers, les honoraires, commissions, intérêts et autres modes de rémunération;

c) pour ce qui est des marchés impliquant la conception, les honoraires, les commissions payables et autres modes de rémunération.

(11) Lorsqu'il s'agit de marchés de services n'indiquant pas un prix total, la valeur à prendre comme base pour le calcul du montant estimé des marchés est la suivante:

a) dans l'hypothèse de marchés ayant une durée déterminée, si celle-ci est égale ou inférieure à 48 mois: la valeur totale pour toute leur durée;

b) dans l'hypothèse de marchés ayant une durée indéterminée ou supérieure à 48 mois: la valeur mensuelle multipliée par quarante-huit.

SECTION II – LES MARCHÉS ET LES CONCESSIONS, AINSI QUE LES MARCHÉS SOUMIS
À UN RÉGIME SPÉCIAL

Sous-section 1 – Concessions de travaux ou de services

Art. 70. Le présent Livre n'est pas applicable aux concessions de travaux ou de services qui sont octroyées par des entités adjudicatrices exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 57 à 61 lorsque ces concessions sont octroyées pour l'exercice de ces activités.

**Sous-section 2 – Exclusions applicables à toutes les entités adjudicatrices
et à tous les types de marchés**

Art. 71. Marchés passés à des fins de revente ou de location à des tiers

(1) Le présent Livre 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 le vendre ou le louer dans les mêmes conditions que l'entité adjudicatrice.

(2) Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission européenne, sur sa demande, toutes les catégories de produits et d'activités qu'elles considèrent comme exclues en vertu du paragraphe 1^{er}. La Commission européenne peut publier périodiquement, à titre d'information, au Journal officiel de l'Union européenne les listes des catégories de produits et d'activités qu'elle considère comme exclues. À cet égard, la Commission européenne respecte le caractère commercial sensible que ces entités adjudicatrices feraient valoir lors de la transmission des informations.

Art. 72. Marchés passés à des fins autres que la poursuite d'une activité visée ou pour la poursuite d'une telle activité dans un Etat non membre de la Communauté européenne

(1) Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés que les entités adjudicatrices passent à des fins autres que la poursuite de leurs activités visées aux articles 57 à 61 ou pour la poursuite de ces activités dans un Etat non-membre de la Communauté européenne, dans des conditions n'impliquant pas l'exploitation physique d'un réseau ou d'une aire géographique à l'intérieur de la Communauté européenne.

(2) Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission européenne, sur sa demande, toute activité qu'elles considèrent comme exclue en vertu du paragraphe 1^{er}. La Commission européenne peut publier périodiquement, à titre d'information, au Journal officiel de l'Union européenne les listes des catégories d'activités qu'elle considère comme exclues. À cet égard, la Commission européenne respecte le caractère commercial sensible que ces entités adjudicatrices feraient valoir lors de la transmission des informations.

Art. 73. Marchés secrets ou exigeant des mesures particulières de sécurité

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

Art. 74. Marchés passés en vertu de règles internationales

Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés régis par des règles de procédure différentes et passés en vertu:

- a) d'un accord international conclu, en conformité avec le Traité instituant la Communauté européenne, avec un ou plusieurs Etats non-membres de la Communauté européenne et portant sur des fournitures, des travaux, des services ou des concours destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par les Etats signataires; tout accord sera communiqué à la Commission européenne;
- b) d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un Etat membre ou d'un Etat non-membre de la Communauté européenne;
- c) de la procédure spécifique d'une organisation internationale.

Art. 75. Marchés attribués à une entreprise liée, à une coentreprise ou à une entité adjudicatrice faisant partie d'une coentreprise

(1) Aux fins du présent article, on entend par «entreprise liée» toute entreprise dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice conformément aux exigences de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales 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 de l'article 56 paragraphe 1^{er}, point b), 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.

(2) Dans la mesure où les conditions prévues au paragraphe 3 sont remplies, le présent Livre ne s'applique pas aux marchés:

- a) passés par une entité adjudicatrice auprès d'une entreprise liée, ou
- b) passés par une coentreprise, exclusivement constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de la poursuite des activités au sens des articles 57 à 61, auprès d'une entreprise liée à une de ces entités adjudicatrices.

(3) Le paragraphe 2 est applicable:

- a) aux marchés de services pour autant que 80 pour cent au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise liée a réalisé au cours des trois dernières années en matière de services provienne de la fourniture de ces services aux entreprises auxquelles elle est liée;
- b) aux marchés de fournitures pour autant que 80 pour cent au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise liée a réalisé au cours des trois dernières années en matière de fournitures provienne de la mise à disposition de fournitures aux entreprises auxquelles elle est liée;
- c) aux marchés de travaux pour autant que 80 pour cent au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise liée a réalisé au cours des trois dernières années en matière de travaux provienne de la fourniture de ces travaux aux entreprises auxquelles elle est liée.

Lorsque, en fonction de la date de création ou du début d'activités de l'entreprise liée, le chiffre d'affaires n'est pas disponible pour les trois dernières années, il suffit que cette entreprise montre que la réalisation du chiffre d'affaires visé aux points a), b) ou c) est vraisemblable, notamment par des projections d'activités.

Lorsque les mêmes services, fournitures ou travaux, ou des services, fournitures ou travaux similaires sont fournis par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, les pourcentages susmentionnés sont calculés en tenant compte du chiffre d'affaires total résultant, respectivement, de la fourniture de services, de la mise à disposition de fournitures et de la fourniture de travaux par ces entreprises.

(4) Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés:

- a) passés par une coentreprise exclusivement constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de la poursuite des activités au sens des articles 57 à 61 auprès d'une de ces entités adjudicatrices, ou
- b) passés par une entité adjudicatrice auprès d'une telle coentreprise, dont elle fait partie, pour autant que la coentreprise ait été constituée dans le but de poursuivre l'activité en question pendant une période d'au moins trois ans et que l'instrument constituant la coentreprise stipule que les entités adjudicatrices qui la composent en feront partie intégrante pendant au moins la même période.

(5) Les entités adjudicatrices notifient à la Commission européenne, sur sa demande, les informations suivantes relatives à l'application des dispositions des paragraphes 2, 3 et 4:

- a) les noms des entreprises ou coentreprises concernées;
- b) la nature et la valeur des marchés visés;
- c) les éléments que la Commission européenne juge nécessaires pour prouver que les relations entre l'entité adjudicatrice et l'entreprise ou la coentreprise à laquelle les marchés sont attribués répondent aux exigences du présent article.

Sous-section 3 – Exclusions applicables à toutes les entités adjudicatrices, mais aux seuls marchés de services

Art. 76. Marchés portant sur certains services exclus du champ d'application du présent Livre

Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés de services:

- a) ayant 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 marchés de services financiers conclus parallèlement, préalablement ou consécutivement au contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, sont soumis au présent Livre;
- b) concernant les services d'arbitrage et de conciliation;
- c) concernant des services financiers relatifs à l'émission, à la vente, à l'achat et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des entités adjudicatrices;
- d) concernant les contrats d'emploi;
- e) concernant 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.

Art. 77. Marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif

Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 56, paragraphe 1^{er}, point a), ou à une association de pouvoirs adjudicateurs sur la base d'un droit exclusif dont ceux-ci bénéficient en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le Traité instituant la Communauté européenne.

Sous-section 4 – Exclusions applicables à certaines entités adjudicatrices uniquement

Art. 78. Marchés passés par certaines entités adjudicatrices pour l'achat d'eau et pour la fourniture d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie:

Le présent Livre ne s'applique pas:

- a) aux marchés pour l'achat d'eau, pour autant qu'ils soient passés par des entités adjudicatrices exerçant une ou les deux activités visées à l'article 58, paragraphe 1^{er};
- b) aux marchés pour la fourniture d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie, pour autant qu'ils soient passés par des entités adjudicatrices exerçant une activité visée à l'article 57, paragraphe 1^{er}, à l'article 57, paragraphe 3, ou à l'article 61, point a).

Sous-section 5 – Marchés soumis à un régime spécial et dispositions concernant les centrales d'achat

Art. 79. Marchés réservés

Les entités adjudicatrices peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le contexte de programmes d'emplois protégés lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

L'avis utilisé comme moyen de mise en concurrence fait mention du présent article.

Art. 80. Marchés et accords-cadres passés par les centrales d'achat

(1) Les entités adjudicatrices peuvent recourir à des centrales d'achat pour acquérir des travaux, des fournitures ou des services.

(2) Les entités adjudicatrices qui acquièrent des travaux, des fournitures ou des services en recourant à une centrale d'achat sont considérées comme ayant respecté le présent Livre pour autant que cette centrale d'achat l'ait respectée ou, le cas échéant, ait respecté les dispositions du Livre II.

Sous-section 6 – Procédure permettant d'établir si une activité donnée est directement exposée à la concurrence

Art. 81. (1) Les marchés destinés à permettre la prestation d'une activité visée aux articles 57 à 61 ne sont pas soumis au présent Livre, si l'activité prestée est directement exposée à la concurrence et que l'accès à cette activité n'est pas limité.

(2) Si le ministre ayant dans ses attributions les Travaux publics estime que le paragraphe 1^{er} est applicable à une activité donnée, il en informe la Commission européenne et lui communique tous les faits pertinents, et notamment toute loi, règlement, disposition administrative ou accord concernant la conformité aux conditions énoncées au paragraphe 1^{er}.

(3) Les entités adjudicatrices peuvent demander à la Commission européenne d'établir l'applicabilité du paragraphe 1^{er} à une activité donnée. Dans ce cas, la Commission européenne en informe immédiatement le ministre ayant dans ses attributions les Travaux publics.

Ce ministre informe la Commission européenne de tous les faits pertinents, et notamment de toute loi, règlement, disposition administrative ou accord concernant la conformité aux conditions énoncées au paragraphe 1^{er}.

(4) Les demandes visées aux paragraphes (2) et (3) se font conformément aux dispositions de la décision de la Commission européenne du 7 janvier 2005 relative aux modalités d'application de la procédure prévue à l'article 30 de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

CHAPITRE III – RÉGIMES APPLICABLES AUX MARCHÉS DE SERVICES

Art. 82. Marchés de services énumérés à l'annexe II A

Les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe II A sont passés conformément aux dispositions déterminées un règlement grand-ducal instituant un cahier général des charges applicable aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Art. 83. Marchés de services repris à l'annexe II B

La passation des marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe II B est soumise seulement aux règles communes dans le domaine technique et à l'obligation de l'information de passation du marché conformément au règlement grand-ducal instituant un cahier général des charges applicable aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Art. 84. Marchés mixtes comprenant des services repris à l'annexe II A et des services repris à l'annexe II B

Les marchés qui ont pour objet à la fois des services figurant à l'annexe II A et des services figurant à l'annexe II B sont passés conformément aux dispositions de l'article 82 lorsque la valeur des services figurant à l'annexe II A dépasse celle des services figurant à l'annexe II B. Dans les autres cas, les marchés sont passés conformément aux dispositions de l'article 83.

TITRE IV – UTILISATION DES PROCÉDURES OUVERTES, DES PROCÉDURES RESTREINTES ET DES PROCÉDURES NÉGOCIÉES

Art. 85. Les entités adjudicatrices peuvent choisir entre la procédure ouverte, la procédure restreinte et le marché négocié avec publication d'un avis, définies à l'article 55, point 8, sub a), b) ou c), pour autant que, sous réserve des hypothèses prévues à l'article 86, une mise en concurrence ait été effectuée au moyen des avis définis par voie de règlement grand-ducal instituant un cahier général des charges applicable aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Art. 86. Les entités adjudicatrices peuvent, par décision motivée, recourir à une procédure sans mise en concurrence préalable dans les cas suivants:

- a) lorsqu'aucune offre ou aucune offre appropriée ou aucune candidature 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 de 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 sa spécificité technique, artistique ou pour des raisons tenant à la protection des droits d'exclusivité, le marché ne peut être exécuté que par un opérateur économique 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 procédures ouvertes, restreintes et négociées avec mise en concurrence préalable;
- 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 est 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 articles 68 et 69;
- h) lorsqu'il s'agit de fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières;
- i) pour les marchés à passer sur la base d'un accord-cadre, pour autant que la condition mentionnée à l'article 66, paragraphe 2, soit 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 existant dans les législations ou réglementations nationales;
- l) lorsque le marché de services considéré fait suite à un concours obéissant aux règles fixées par voie de règlement grand-ducal.

TITRE V – RÈGLES APPLICABLES AUX CONCOURS DANS LE DOMAINE DES SERVICES

Art. 87. (1) Un règlement grand-ducal établit les règles concernant l'organisation des concours ayant pour objet l'offre de prestations de services.

(2) L'accès à la participation aux concours ne peut être limité:

- a) au territoire ou à une partie du territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne;
- b) par le fait que les participants seraient tenus d'être soit des personnes physiques, soit des personnes morales.

Art. 88. (1) Le présent titre s'applique aux concours organisés dans le cadre d'une procédure de passation de marchés de services dont la valeur estimée hors TVA égale ou dépasse 499.000 euros.

Aux fins du présent paragraphe, on entend par «seuil» la valeur estimée hors TVA du marché de services, y compris les éventuelles primes de participation ou paiements aux participants.

(2) Le présent titre s'applique dans tous les cas de concours lorsque le montant total des primes de participation aux concours et paiements versés aux participants égale ou dépasse 499.000 euros.

Aux fins du présent paragraphe, on entend par «seuil» le montant total des primes et paiements, y compris la valeur estimée hors TVA du marché de services qui pourrait être passé ultérieurement aux termes de l'article 40, paragraphe 3, si l'entité adjudicatrice n'exclut pas une telle passation dans l'avis de concours.

Art. 89. Le présent titre ne s'applique pas

- 1) aux concours qui sont organisés dans les mêmes cas que ceux visés aux articles 72, 73 et 74 pour les marchés de services;
- 2) aux concours organisés pour l'exercice, d'une activité à l'égard de laquelle l'applicabilité de l'article 81 paragraphe 1^{er}, a été établie par une décision de la Commission européenne ou à l'égard de laquelle ledit paragraphe est réputé d'application en vertu du paragraphe 4, deuxième ou troisième alinéa, ou du paragraphe 5, quatrième alinéa, dudit article.

TITRE VI – RÈGLES D'EXÉCUTION

Art. 90. Les mesures d'exécution du présent Livre sont définies par un règlement grand-ducal instituant un cahier général des charges applicable aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux fixant les clauses et conditions des marchés publics à conclure par les entités adjudicatrices.

LIVRE IV – DISPOSITIONS FINALES

TITRE I – ANNEXES

Art. 91. Les annexes I à VII font partie intégrante de la présente loi.

TITRE II – CLAUSE ABROGATOIRE

Art. 92. La loi modifiée du 30 juin 2003 sur les marchés publics est abrogée.

Mandons et ordonnons que la présente loi soit insérée au Mémorial pour être exécutée et observée par tous ceux que la chose concerne.

Le Ministre des Travaux Publics,
Claude Wiseler

*Le Ministre du Trésor
et du Budget,*
Luc Frieden

*Le Ministre de l'Intérieur
et de l'Aménagement du Territoire,*
Jean-Marie Halsdorf

Palais de Luxembourg, le 25 juin 2009.
Henri

Doc. parl. 5655; sess. ord. 2006-2007, 2007-2008 et 2008-2009; Dir 2004/17/CE et Dir 2004/18/CE.

ANNEXE ILISTE DES ACTIVITÉS VISÉES À L'ARTICLE 3, POINT 1, SUB B), ET À L'ARTICLE 55, POINT 1, SUB B)¹

NACE ²					
Code CPV			Section F		CONSTRUCTION
Division	Groupe	Classe	Description	Notes	
45			Construction	Cette division comprend: la construction de bâtiments et d'ouvrages neufs, la restauration et les réparations courantes	45000000
	45.1		Préparation des sites		45100000
		45.11	Démolition et terrassements	Cette classe comprend: – la démolition d'immeubles et d'autres constructions – le déblayage des chantiers – les travaux de terrassement: creusement, comblement, nivellement de chantiers de construction, ouverture de tranchées, dérochement, destruction à l'explosif, etc. – la préparation de sites pour l'exploitation minière: – enlèvement de déblais et autres travaux d'aménagement et de préparation des terrains et des sites miniers Cette classe comprend également: – le drainage des chantiers de construction – le drainage des terrains agricoles et sylvicoles	45110000
		45.12	Forages et sondages	Cette classe comprend: – les sondages d'essai, les forages d'essai et les carottages pour la construction ainsi que pour les études géophysiques, géologiques et similaires Cette classe ne comprend pas: – le forage de puits d'extraction de pétrole ou de gaz, voir 11.20 – le forage de puits d'eau, voir 45.25 – le fonçage de puits, voir 45.25 – la prospection de gisements de pétrole et de gaz ainsi que les études géophysiques, géologiques et sismiques, voir 74.20	45120000
	45.2		Construction d'ouvrages de bâtiment ou de génie civil		45200000

¹ En cas d'interprétation différente entre le CPV et la NACE, c'est la nomenclature NACE qui est applicable.

² Règlement (CEE) n° 3037/90 du Conseil du 9 octobre 1990 relatif à la nomenclature statistique des activités économiques dans la Communauté européenne (JO L 293 du 24.10.1990, p. 1). Règlement modifié par le règlement (CE) n° 761/93 de la Commission (JO L 83 du 3.4.1993, p. 1).

NACE ²					
Code CPV			Section F		CONSTRUCTION
Division	Groupe	Classe	Description	Notes	
		45.21	Travaux de construction	<p>Cette classe comprend:</p> <ul style="list-style-type: none"> la construction de bâtiments de tous types la construction d'ouvrages de génie civil: ponts (y compris ceux destinés à supporter des routes surélevées), viaducs, tunnels et passages souterrains conduites de transport, lignes de communication et de transport d'énergie électrique à longue distance conduites de transport, lignes de communication et de transport d'énergie électrique pour réseaux urbains; travaux annexes d'aménagement urbain l'assemblage et la construction d'ouvrages préfabriqués sur les chantiers <p>Cette classe ne comprend pas:</p> <ul style="list-style-type: none"> les services liés à l'extraction du pétrole et du gaz, voir 11.20 la construction d'ouvrages entièrement préfabriqués au moyen d'éléments, autres qu'en béton, fabriqués par l'unité qui exécute les travaux, voir 20, 26 et 28 la construction d'équipements (autres que les bâtiments) pour stades, piscines, gymnases, courts de tennis, parcours de golf et autres installations sportives, voir 45.23 les travaux d'installation, voir 45.3 les travaux de finition, voir 45.4 les activités d'architecture et d'ingénierie, voir 74.20 la gestion de projets de construction, voir 74.20 	45210000
		45.22	Réalisation de charpentes et de couvertures	<p>Cette classe comprend:</p> <ul style="list-style-type: none"> le montage de charpentes la pose de couvertures les travaux d'étanchéification 	45220000
		45.23	Construction de chaussées	<p>Cette classe comprend:</p> <ul style="list-style-type: none"> la construction d'autoroutes, de routes, de chaussées et d'autres voies pour véhicules et piétons la construction de voies ferrées la construction de pistes d'atterrissage la construction d'équipements (autres que les bâtiments) pour stades, piscines, gymnases, courts de tennis, parcours de golf et autres installations sportives le marquage à la peinture des chaussées et des aires ou des parcs de stationnement <p>Cette classe ne comprend pas:</p> <ul style="list-style-type: none"> les terrassements préalables, voir 45.11 	45230000

NACE ²					
Code CPV			Section F		CONSTRUCTION
Division	Groupe	Classe	Description	Notes	
		45.24	Travaux maritimes et fluviaux	Cette classe comprend: la construction de: voies navigables, ports, ouvrages fluviaux, ports de plaisance (marinas), écluses, etc. barrages et digues le dragage les travaux sous-marins	45240000
		45.25	Autres travaux de construction	Cette classe comprend: les activités de construction spécialisées qui concernent un aspect commun à différents ouvrages et requièrent des compétences ou du matériel spécialisés: réalisation de fondations, y compris battage de pieux forage et construction de puits d'eau, fonçage de puits montage d'éléments de structures métalliques non fabriqués par l'unité qui exécute les travaux cintrage d'ossatures métalliques maçonnerie et pavage montage et démontage d'échafaudages et de plates-formes de travail propres ou loués construction de cheminées et de fours industriels Cette classe ne comprend pas: la location d'échafaudages sans montage ni démontage, voir 71.32	45250000
	45.3		Travaux d'installation		45300000
		45.31	Travaux d'installation électrique	Cette classe comprend: l'installation dans des bâtiments ou d'autres projets de construction des éléments suivants: câbles et appareils électriques systèmes de télécommunication installations de chauffage électriques antennes d'immeubles systèmes d'alarme incendie systèmes d'alarme contre les effractions ascenseurs et escaliers mécaniques paratonnerres, etc.	45310000

NACE ²					
Code CPV			Section F		CONSTRUCTION
Division	Groupe	Classe	Description	Notes	
		45.32	Travaux d'isolation	<p>Cette classe comprend:</p> <p>la mise en œuvre dans des bâtiments ou d'autres projets de construction de matériaux d'isolation thermique, acoustique et antivibratile</p> <p>Cette classe ne comprend pas:</p> <p>les travaux d'étanchéification, voir 45.22</p>	453200000
		45.33	Plomberie	<p>Cette classe comprend:</p> <p>l'installation dans des bâtiments ou d'autres projets de construction des éléments suivants:</p> <p>plomberie et appareils sanitaires</p> <p>appareils à gaz</p> <p>équipements et conduites de chauffage, de ventilation, de réfrigération ou de climatisation</p> <p>installation d'extinction automatique d'incendie</p> <p>Cette classe ne comprend pas:</p> <p>la pose d'installations de chauffage électriques, voir 45.31</p>	45330000
		45.34	Autres travaux d'installation	<p>Cette classe comprend:</p> <p>l'installation de systèmes d'éclairage et de signalisation pour chaussées, voies ferrées, aéroports et installations portuaires</p> <p>l'installation dans des bâtiments ou d'autres projets de construction d'installations et d'appareils non classés ailleurs</p>	45340000
	45.4		Travaux de finition		45400000
		45.41	Plâtrerie	<p>Cette classe comprend:</p> <p>la mise en œuvre dans des bâtiments ou d'autres projets de construction de plâtre ou de stuc pour enduits intérieurs et extérieurs, y compris les matériaux de lattage associés</p>	45410000
		45.42	Menuiserie	<p>Cette classe comprend:</p> <p>l'installation de portes, de fenêtres, de dormants de portes et de fenêtres, de cuisines équipées, d'escaliers, d'équipements pour magasins et d'équipements similaires, en bois ou en d'autres matériaux, non fabriqués par l'unité qui exécute les travaux</p> <p>les aménagements intérieurs tels que plafonds, revêtements muraux en bois, cloisons mobiles, etc.</p> <p>Cette classe ne comprend pas:</p> <p>la pose de parquets et d'autres revêtements de sols en bois, voir 45.43</p>	45420000

NACE ²					
Code CPV			Section F		CONSTRUCTION
Division	Groupe	Classe	Description	Notes	
		45.43	Revêtement des sols et des murs	Cette classe comprend: la pose dans des bâtiments ou d'autres projets de construction des éléments suivants: revêtements muraux ou carrelages en céramique, en béton ou en pierre de taille parquets et autres revêtements de sols en bois moquettes et revêtements de sols en linoléum, y compris en caoutchouc ou en matières plastiques revêtements de sols et de murs en granit, en marbre, en granit ou en ardoise papiers peints	45430000
		45.44	Peinture et vitrerie	Cette classe comprend: la peinture intérieure et extérieure des bâtiments la teinture des ouvrages de génie civil la pose de vitres, de miroirs, etc. Cette classe ne comprend pas: l'installation de fenêtres, voir 45.42	45440000
		45.45	Autres travaux de finition	Cette classe comprend: l'installation de piscines privées le nettoyage à la vapeur, le sablage et les activités analogues appliquées aux parties extérieures des bâtiments les autres travaux d'achèvement et de finition des bâtiments n.c.a. Cette classe ne comprend pas: le nettoyage des parties intérieures de bâtiments et d'autres constructions, voir 74.70	45450000
	45.5		Location avec opérateur de matériel de construction		45500000
		45.50	Location avec opérateur de matériel de construction	Cette classe ne comprend pas: la location de machines et de matériels de construction ou de démolition sans opérateur, voir 71.32	

ANNEXE II

SERVICES VISÉS À L'ARTICLE 3, POINT 1, SUB D) ET À L'ARTICLE 55, POINT 1, SUB D)

ANNEXE II A³

Catégories	Désignation des services	Numéros de référence CPC ⁴	Numéros de référence CPV
1	Services d'entretien et de réparation	6112, 6122, 633, 886	De 50100000 à 50982000 (sauf 50310000 à 50324200 et 50116510-9, 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0)
2	Services de transports terrestres ⁵ , y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier, à l'exclusion des transports de courrier	712 (sauf 71235), 7512, 87304	De 60112000-6 à 60129300-1 (sauf 60121000 à 60121600, 60122200-1, 60122230-0), et de 64120000-3 à 64121200-2
3	Services de transports aériens: transports de voyageurs et de marchandises, à l'exclusion des transports de courrier	73 (sauf 7321)	De 62100000-3 à 62300000-5 (sauf 62121000-6, 62221000-7)
4	Transports de courrier par transport terrestre ⁶ et par air	71235, 7321	60122200-1, 60122230-0 62121000-6, 62221000-7
5	Services de télécommunications	752	De 64200000-8 à 64228200-2, 72318000-7, et de 72530000-9 à 72532000-3
6	Services financiers: a) services d'assurances b) services bancaires et d'investissement ⁷	ex 81, 812, 814	De 66100000-1 à 66430000-3 et De 67110000-1 à 67262000-1 ⁸
7	Services informatiques et services connexes	84	De 50300000-8 à 50324200-4, De 72100000-6 à 72591000-4 (sauf 72318000-7 et de 72530000-9 à 72532000-3)
8	Services de recherche et de développement ⁹	85	De 73000000-2 à 73300000-5 (sauf 73200000-4, 73210000-7, 7322000-0)

³ En cas d'interprétation différente entre le CPV et le CPC, c'est la nomenclature CPC qui est applicable.

⁴ Nomenclature CPC (version provisoire), utilisée pour définir le champ d'application de la directive 92/50/CEE.

⁶ À l'exclusion des services de transports ferroviaires couverts par la catégorie 18.

⁷ À l'exclusion 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 fournis par des banques centrales. Sont également exclus, les services consistant en 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 services financiers fournis parallèlement, préalablement ou consécutivement au contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, sont soumis à la présente loi.

⁸ À l'exclusion 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 fournis par des banques centrales. Sont également exclus, les services consistant en 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 services financiers fournis parallèlement, préalablement ou consécutivement au contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, sont soumis à la présente loi.

⁹ À l'exclusion 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.

Catégories	Désignation des services	Numéros de référence CPC ⁴	Numéros de référence CPV
9	Services comptables, d'audit et de tenue de livres	862	De 74121000-3 à 74121250-0
10	Services d'études de marché et de sondages	864	De 74130000-9 à 74133000-0, et 74423100-1, 74423110-4
11	Services de conseil en gestion ¹⁰ et services connexes	865, 866	De 73200000-4 à 73220000-0, De 74140000-2 à 74150000-5 (sauf 74142200-8), et 74420000-9, 74421000-6, 74423000-0, 74423200-2, 74423210-5, 74871000-5, 93620000-0
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	De 74200000-1 à 74276400-8, et De 74310000-5 à 74323100-0, et 74874000-6
13	Services de publicité	871	De 74400000-3 à 74422000-3 (sauf 74420000-9 et 74421000-6)
14	Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés	874, 82201 à 82206	De 70300000-4 à 70340000-6, et De 74710000-9 à 74760000-4
15	Services de publication et d'impression sur la base d'une redevance ou sur une base contractuelle	88442	De 78000000-7 à 78400000-1
16	Services de voirie et d'enlèvement des ordures: services d'assainissement et services analogues	94	De 90100000-8 à 90320000-6, et 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0

¹⁰ À l'exclusion des services d'arbitrage et de conciliation.

ANNEXE II B

Catégories	Désignation des services	Numéros de référence CPC	Numéros de référence CPV
17	Services d'hôtellerie et de restauration	64	De 55000000-0 à 55524000-9, et De 93400000-2 à 93411000-2
18	Services de transports ferroviaires	711	60111000-9, et de 60121000-2 à 60121600-8
19	Services de transport par eau	72	De 61000000-5 à 61530000-9, et De 63370000-3 à 63372000-7

Catégories	Désignation des services	Numéros de référence CPC	Numéros de référence CPV
20	Services annexes et auxiliaires des transports	74	62400000-6, 62440000-8, 62441000-5, 62450000-1, De 63000000-9 à 63600000-5 (sauf 63370000-3, 63371000-0, 63372000-7), et 74322000-2, 93610000-7
21	Services juridiques	861	De 74110000-3 à 74114000-1
22	Services de placement et de fourniture de personnel ¹¹	872	De 74500000-4 à 74540000-6 (sauf 74511000-4), et de 95000000-2 à 95140000-5
23	Services d'enquête et de sécurité, à l'exclusion des services des véhicules blindés	873 (sauf 87304)	De 74600000-5 à 74620000-1
24	Services d'éducation et de formation professionnelle	92	De 80100000-5 à 80430000-7
25	Services sociaux et sanitaires	93	74511000-4, et de 85000000 à 85323000 (sauf 85321000-5 et 85322000-2)
26	Services récréatifs, culturels et sportifs ¹²	96	De 74875000-3 à 74875200-5, et De 92000000-1 à 92622000-7 (sauf 92230000-2)
27	Autres services ^{13 14}		

¹¹ À l'exception des contrats d'emploi.

¹² À l'exception des contrats d'acquisition, de développement, de production ou de coproduction de programmes par des organismes de radiodiffusion et des contrats concernant les temps de diffusion.

¹³ À l'exception des contrats d'emploi.

¹⁴ À l'exception des contrats d'acquisition, de développement, de production ou de coproduction de programmes par des organismes de radiodiffusion et des contrats concernant les temps de diffusion.

ANNEXE III

LISTE DES ORGANISMES ET DES CATÉGORIES D'ORGANISMES DE DROIT PUBLIC VISÉS À L'ARTICLE 2, POINTS 3 ET 4 ET À L'ARTICLE 56, PARAGRAPHE 1 POINT A)

- Établissements publics de l'état placés sous la surveillance d'un membre du gouvernement.
- Établissements publics placés sous la surveillance des communes.
- Syndicats de communes créés en vertu de la loi du 23 février 2001 concernant les syndicats de communes.

ANNEXE IV

AUTORITÉS GOUVERNEMENTALES CENTRALES¹⁵

1. Ministère d'Etat
2. Ministère des Affaires Étrangères et de l'Immigration
3. Ministère de l'Agriculture, de la Viticulture et du Développement rural
4. Ministère des Classes moyennes, du Tourisme et du Logement
5. Ministère de la Culture, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche

¹⁵ Aux fins de la présente loi, on entend par «autorités gouvernementales centrales», les autorités figurant à titre indicatif dans la présente annexe et, dans la mesure où des rectificatifs, des modifications ou des amendements auraient été apportés au niveau national, les entités qui leur auraient succédé.

6. Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur
7. Ministère de l'Education nationale et de la Formation professionnelle
8. Ministère de l'Egalité des Chances
9. Ministère de l'Environnement
10. Ministère de la Famille et de l'Intégration
11. Ministère des Finances
12. Ministère de la Fonction publique et de la Réforme administrative
13. Ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire
14. Ministère de la Justice
15. Ministère de la Santé
16. Ministère de la Sécurité sociale
17. Ministère des Transports
18. Ministère du Travail et de l'Emploi
19. Ministère des Travaux publics

ANNEXE V

LISTE DES PRODUITS VISÉS À L'ARTICLE 21, EN CE QUI CONCERNE LES MARCHÉS PASSÉS PAR LES POUVOIRS ADJUDICATEURS DANS LE DOMAINE DE LA DÉFENSE¹⁶

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 à l'exception de: ex 27.10: carburants spéciaux
Chapitre 28:	Produits chimiques inorganiques, composés inorganiques ou organiques de métaux précieux, d'éléments radio-actifs, de métaux des terres rares et d'isotopes à l'exception de: 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 à l'exception de: 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

¹⁶ Le seul texte faisant foi aux fins de la présente loi est celui qui figure à l'annexe I, point 3, de l'Accord sur les marchés publics.

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 et cosmétiques
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 à l'exception de: ex 38.19: produits toxicologiques
Chapitre 39:	Matières plastiques artificielles, éthers et esters de la cellulose, résines artificielles et ouvrages en ces matières à l'exception de: ex 39.03: explosifs
Chapitre 40:	Caoutchouc naturel ou synthétique, factice pour caoutchouc et ouvrages en caoutchouc à l'exception de: ex 40.11: pneus à l'épreuve des 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:	Pelleteries et fourrures, pelleteries factices
Chapitre 44:	Bois, charbon de bois et ouvrages en 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:	Papier 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:	Verres et 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

Chapitre 78:	Plomb
Chapitre 79:	Zinc
Chapitre 80:	Étain
Chapitre 81:	Autres métaux communs
Chapitre 82:	Outils, articles de coutellerie et couverts de table, en métaux communs à l'exception de: ex 82.05: outillage ex 82.07: pièces d'outillage
Chapitre 83:	Ouvrages divers en métaux communs
Chapitre 84:	Chaudières, machines, appareils et engins mécaniques à l'exception de: 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 N° 84.53 ex 84.59: réacteurs nucléaires
Chapitre 85:	Machines et appareils électriques et objets servant à des usages électrotechniques à l'exception de: ex 85.13: télécommunication ex 85.15: appareils de transmission
Chapitre 86:	Véhicules et matériel pour voies ferrées, appareils de signalisation non électriques pour voies de communication à l'exception de: ex 86.02: locomotives blindées ex 86.03: autres locoblindés ex 86.05: wagons blindés ex 86.06: wagons ateliers ex 86.07: wagons
Chapitre 87:	Voitures automobiles, tracteurs, cycles et autres véhicules terrestres à l'exception de: ex 87.08: chars et automobiles blindés 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 à l'exception de: ex 89.01 A: 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 rayon 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 VI

LISTE DES ENTITÉS ADJUDICATRICES RÉPONDANT AUX CRITÈRES DÉTERMINÉS PAR LE LIVRE III

- 1) ENTITÉS ADJUDICATRICES DANS LES SECTEURS DE TRANSPORT OU DE 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
- 2) ENTITÉS ADJUDICATRICES DANS LES SECTEURS DE PRODUCTION, DE TRANSPORT OU DE 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
 - Autorités locales en charge du transport ou de la distribution d'électricité
 - Société électrique de l'Our (SEO)
 - Syndicat de communes SIDOR
- 3) ENTITÉS ADJUDICATRICES DANS LES SECTEURS DE PRODUCTION, DE TRANSPORT OU DE 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 23 février 2001 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
- 4) ENTITÉS ADJUDICATRICES DANS LE DOMAINE DES SERVICES DE CHEMIN DE FER
 - Chemins de fer luxembourgeois (CFL)

- 5) ENTITÉS ADJUDICATRICES DANS LES DOMAINES DES SERVICES DE CHEMIN DE FER URBAINS, DE TRAMWAY 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)
 - 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 rémunérés
- 6) ENTITÉS ADJUDICATRICES DANS LE SECTEUR DES SERVICES POSTAUX
 - Entreprise des Postes et Télécommunications Luxembourg
- 7) ENTITÉS ADJUDICATRICES DANS LES SECTEURS DE PROSPECTION ET EXTRACTION DE PÉTROLE OU DE GAZ
- 8) ENTITÉS ADJUDICATRICES DANS LES SECTEURS DE PROSPECTION ET EXTRACTION DE CHARBON ET D'AUTRES COMBUSTIBLES SOLIDES
- 9) ENTITÉS ADJUDICATRICES DANS LE DOMAINE DES INSTALLATIONS PORTUAIRES MARITIMES OU INTÉRIEURES OU AUTRES TERMINAUX
 - Port de Mertert, créé et exploité en vertu de la loi modifiée du 22 juillet 1963 relative à l'aménagement et à l'exploitation d'un port fluvial sur la Moselle
- 10) ENTITÉS ADJUDICATRICES DANS LE DOMAINE DES INSTALLATIONS AÉROPORTUAIRES
 - Aéroport du Findel

ANNEXE VII

LISTE DE LA LÉGISLATION COMMUNAUTAIRE VISÉE À L'ARTICLE 81, PARAGRAPHE 3

- A. TRANSPORT OU DISTRIBUTION DE GAZ OU DE CHALEUR
Directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel¹⁷
- B. PRODUCTION, TRANSPORT OU DISTRIBUTION D'ÉLECTRICITÉ
Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité¹⁸
- C. PRODUCTION, TRANSPORT OU DISTRIBUTION D'EAU POTABLE
–
- D. ENTITÉS ADJUDICATRICES DANS LE DOMAINE DES SERVICES DE CHEMIN DE FER
–
- E. ENTITÉS ADJUDICATRICES DANS LE DOMAINE DES SERVICES DE CHEMIN DE FER URBAIN, DE TRAMWAY, DE TROLLEYBUS OU D'AUTOBUS
–
- F. ENTITÉS ADJUDICATRICES DANS LE DOMAINE DES SERVICES POSTAUX
Directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service¹⁹
- G. EXPLORATION POUR ET EXTRACTION DE PÉTROLE OU DE GAZ
Directive 94/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 1994 sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospecter, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures²⁰
- H. EXPLORATION POUR ET EXTRACTION DE CHARBON OU D'AUTRES COMBUSTIBLES SOLIDES
–
- I. ENTITÉS ADJUDICATRICES DANS LE DOMAINE DU PORT MARITIME OU INTÉRIEUR OU D'AUTRES ÉQUIPEMENTS DE TERMINAL
–
- J. ENTITÉS ADJUDICATRICES DANS LE DOMAINE DES INSTALLATIONS AÉROPORTUAIRES
–

¹⁷ JO L 204 du 21.7.1998, P. 1.

¹⁸ JO L 27 du 30.1.1997, p. 20

¹⁹ JO L 15 du 21.1.1998, p.14. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2002/39/CE (JO L 176 du 5.7.2002, p 21).

²⁰ JO L 164 du 30.6.1994, p. 3.

Table des matières

LIVRE I – DISPOSITIONS GÉNÉRALES	2492
TITRE I – Champ d’application et définitions	2492
Chapitre I – Champ d’application	2492
Chapitre II – Définitions	2492
TITRE II – Principes	2494
TITRE III – Procédures	2494
Chapitre I – Procédure ouverte	2494
Chapitre II – Procédure restreinte avec publication d’avis	2494
Chapitre III – Procédure restreinte sans publication d’avis et procédure négociée	2495
Chapitre IV – Modes de passation des marchés publics	2496
Chapitre V – Mode d’attribution des marchés publics	2496
Chapitre VI – Durée des marchés publics	2497
Chapitre VII – Sanctions et primes	2497
Chapitre VIII – Avances et acomptes	2497
Chapitre IX – Décomptes	2497
TITRE IV – Commission des soumissions	2498
TITRE V – Dispositions particulières concernant les marchés publics conclus par les pouvoirs adjudicateurs relevant de l’Etat ou des entités assimilées	2498
Chapitre I – Décomptes pour ouvrages importants	2498
TITRE VI – Dispositions particulières concernant les marchés publics des pouvoirs adjudicateurs relevant des communes ou des entités assimilées	2498
Chapitre I – Clause préférentielle en faveur d’un soumissionnaire local	2498
Chapitre II – Suspension et annulation	2498
TITRE VII – Règles d’exemption et d’exécution	2499
LIVRE II – DISPOSITIONS PARTICULIÈRES RELATIVES AUX MARCHÉS PUBLICS D’UNE CERTAINE ENVERGURE	2499
TITRE I – Champ d’application	2499
Chapitre I – Seuils	2499
Chapitre II – Méthodes de calcul	2499
Chapitre III – Situations spécifiques	2500
Chapitre IV – Marchés exclus	2501
Chapitre V – Marchés réservés	2501
Chapitre VI – Régimes applicables aux marchés de services	2502
TITRE II – Conditions de recours aux différents types de marchés publics	2502
Chapitre I – Procédure ouverte et procédure restreinte	2502
Chapitre II – Marchés négociés et dialogue compétitif	2502
Chapitre III – Des concours dans le domaine des services	2504
Chapitre IV – Des accords-cadres	2504
Chapitre V – Des systèmes d’acquisition dynamiques et des enchères électroniques	2504
Chapitre VI – De la concession de travaux publics	2504
TITRE III – Règles particulières	2505
Chapitre I – Octroi de droits spéciaux ou exclusifs: clause de non-discrimination	2505
Chapitre II – Conditions relatives aux accords conclus au sein de l’organisation mondiale du commerce	2505
Chapitre III – Marchés publics de travaux: règles particulières concernant la réalisation de logements sociaux	2505
TITRE IV – Règles d’exécution	2505

LIVRE III – DISPOSITIONS SPÉCIFIQUES RELATIVES AUX MARCHÉS PUBLICS DANS LES SECTEURS DE L’EAU, DE L’ÉNERGIE, DES TRANSPORTS ET DES SERVICES POSTAUX	2505
TITRE I – Définitions et champ d’application	2505
TITRE II – Champ d’application: définition des entités et des activités visées	2507
Chapitre I – Les entités adjudicatrices	2507
Chapitre II – Dispositions relatives aux activités des secteurs visés par le Livre III	2507
Chapitre III – Principes généraux	2509
TITRE III – Règles applicables aux marchés	2509
Chapitre I – Dispositions générales	2509
Chapitre II – Seuils et exclusions	2509
Chapitre III – Régimes applicables aux marchés de services	2513
TITRE IV – Utilisation des procédures ouvertes, des procédures restreintes et des procédures négociées	2514
TITRE V – Règles applicables aux concours dans le domaine des services	2514
TITRE VI – Règles d’exécution	2515
LIVRE IV – DISPOSITIONS FINALES	2515
TITRE I – Annexes	2515
TITRE II – Clause abrogatoire	2515
A. Transport ou distribution de gaz ou de chaleur	2528
B. Production, transport ou distribution d’électricité	2528
C. Production, transport ou distribution d’eau potable	2528
D. Entités adjudicatrices dans le domaine des services de chemin de fer	2528
E. Entités adjudicatrices dans le domaine des services de chemin de fer urbain, de tramway, de trolleybus ou d’autobus	2528
F. Entités adjudicatrices dans le domaine des services postaux	2528
G. Exploration pour et extraction de pétrole ou de gaz	2528
H. Exploration pour et extraction de charbon ou d’autres combustibles solides	2528
I. Entités adjudicatrices dans le domaine du port maritime ou intérieur ou d’autres équipements de terminal	2528
J. Entités adjudicatrices dans le domaine des installations aéroportuaires	2528