

**N° 6982<sup>7</sup>****CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2016-2017

**PROJET DE LOI****sur les marchés publics**

\* \* \*

**AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT**

(23.5.2017)

Par dépêche du 25 avril 2016, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous objet, élaboré par le ministre du Développement durable et des Infrastructures.

Le projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, d'une fiche d'évaluation d'impact, d'une fiche financière ainsi que des textes des directives à transposer, à savoir la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE et la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

Par dépêche du 31 août 2016, le Premier ministre, ministre d'État, a saisi le Conseil d'État d'amendements gouvernementaux au projet sous avis, à la demande du ministre du Développement durable et des Infrastructures. Le texte des amendements était accompagné d'un commentaire pour chacun des amendements ainsi que d'un texte coordonné de la loi en projet intégrant les amendements en question.

Par dépêche du 21 septembre 2016, le Premier ministre, ministre d'État, a saisi le Conseil d'État d'un autre amendement gouvernemental au projet sous avis, à la demande du ministre du Développement durable et des Infrastructures. Le texte de cet amendement était accompagné d'un commentaire ainsi que d'un nouveau texte coordonné de la loi en projet intégrant l'amendement en question.

Les avis de la Chambre des salariés, de la Chambre de commerce, du Conseil de la concurrence et de la Chambre des métiers ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches respectivement des 31 août, 7 et 15 novembre 2016, et 3 mars 2017.

\*

**CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES**

Le projet sous avis transpose en droit national une partie de la directive 2014/24/UE relative à la passation des marchés publics et de la directive 2014/25/UE relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Un règlement grand-ducal transposera des éléments complémentaires, „plus techniques“ suivant les auteurs.

Vu l'imbrication de ces deux instruments nationaux de transposition de la directive, le Conseil d'État devra se référer dans le présent avis au texte du projet de règlement grand-ducal et inversement, il sera également amené à formuler dans son avis concernant ce projet de règlement des observations susceptibles d'avoir des répercussions sur le projet de loi sous examen.

Les directives transposées dans le cadre du présent projet, ont plusieurs objectifs, à savoir, suivant les considérations préalables à la directive 2014/24/UE, accroître l'efficacité de la dépense publique, renforcer la participation des petites et moyennes entreprises aux marchés publics, accorder la possibilité aux acheteurs de „mieux utiliser l'instrument de marchés publics au service d'objectifs sociétaux

communs“ et renforcer la stratégie Europe 2020<sup>1</sup>, „pour une croissance intelligente, durable et inclusive“.

Les auteurs ont fait le choix de maintenir une structure en „Livres“, telle que nous la connaissons actuellement dans notre législation sur les marchés publics. Le nombre de „Livres“ est passé de 4 à 5.

Le Livre I<sup>er</sup> a deux fonctions. En premier lieu, il énonce les règles générales applicables à tous les marchés publics, soumis ou non au champ d'application de la directive. En deuxième lieu, il énonce les règles spécifiques aux marchés dits „nationaux“ donc non soumis au champ d'application de la directive. Les auteurs précisent que la plupart des règles y énoncées ne trouveraient pas leur origine dans la directive. D'un autre côté, les auteurs ont cependant fait le choix „d'inclure un certain nombre de règles énoncées par les nouvelles directives dans le Livre I<sup>er</sup>, afin de les rendre applicables à tous les marchés publics“<sup>2</sup>.

Les auteurs déclarent vouloir – dans un souci de sécurité juridique et d'harmonisation – unifier les termes régissant les marchés „nationaux“ et „européens“. Si cette démarche ne peut être qu'accueillie favorablement, le Conseil d'État constate néanmoins que cette volonté n'a pas été réalisée de manière conséquente. Vu que, par ailleurs, le Livre I<sup>er</sup> s'applique à tous les marchés, donc également aux marchés dits „européens“, le maintien de deux procédures parallèles, l'une nationale, l'autre européenne, est source de complexité inutile.

Ainsi, par exemple, le recours à la procédure négociée sans publication préalable figure aussi bien au Livre I<sup>er</sup> qu'au Livre II, alors même que les dispositions du Livre I<sup>er</sup> s'appliquent, sauf dispositions contraires également au Livre II, tandis que d'autres procédures, comme par exemple le recours à l'accord-cadre ou aux centrales d'achat, ne figurent qu'au Livre I<sup>er</sup>. Le texte y perd en lisibilité. D'autres pays européens, tel que la Belgique, ont fait le choix d'harmoniser entièrement les procédures. Il aurait été préférable de prévoir une partie générale se basant sur les directives européennes, qui connaîtrait ensuite des exceptions.

À d'autres endroits, les auteurs décident de maintenir le texte de la loi actuellement en vigueur, tout en rajoutant les dispositions de la directive couvrant les mêmes sujets, ce qui peut prêter à confusion dans l'interprétation de la loi.

Si le Conseil d'État comprend tout à fait la démarche des auteurs de vouloir ouvrir les marchés dits „nationaux“ aux procédures prévues pour les marchés dits „européens“, il aurait été préférable, pour plus de clarté, de s'orienter principalement par rapport au texte de la directive, sans reprendre en grande partie la loi actuellement en vigueur et de n'avoir recours à des dispositions exceptionnelles que dans des cas exceptionnels. Ceci aurait du moins facilité la lecture et l'interprétation du texte.

Le Livre II s'applique aux marchés publics dans le champ d'application de la directive, donc aux „marchés d'une certaine envergure“ et reprend selon les auteurs exclusivement la directive.

Le Livre III s'applique aux entités actives dans les „secteurs spéciaux“ que sont l'eau, l'énergie, les transports et les services postaux et assure la transposition de la directive 2014/25/UE.

Ces entités sont qualifiées d'„entités adjudicatrices“ par l'article 84 de la loi en projet. D'après la définition qu'en donne l'article 87, cette notion couvre, en dehors d'un certain nombre d'autres entités, les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 86. Les pouvoirs adjudicateurs sont, en vertu de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1<sup>er</sup> du projet, tenus au respect des dispositions du Livre III et de celles du Livre I<sup>er</sup> auxquelles il n'est pas dérogé dans le Livre III. Les autres entités adjudicatrices, c'est-à-dire celles qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs au sens du Livre I<sup>er</sup> et de l'article 86, sont en revanche régies par les seules dispositions du Livre III.

C'est parce que le Livre III s'applique à certaines entreprises qui ne sont pas directement soumises au Livre I<sup>er</sup>, qu'il est nécessaire de reprendre au Livre III un nombre de dispositions figurant déjà aux livres précédents.

Le Livre IV règle la gouvernance des marchés publics.

Le Livre V comprend les dispositions finales.

Le Conseil d'État constate que les auteurs du projet de loi sous examen continuent à utiliser le terme d'„adjudication“ pour désigner la passation d'un marché public et le terme d'„appel d'offres“ pour désigner la procédure ouverte. Cette terminologie, héritée de la législation antérieure, n'est guère uti-

1 Exposée dans la communication de la Commission européenne du 3 mars 2010.

2 Exposé des motifs, p. 13.

lisée dans les directives européennes à transposer. Le Conseil d'État suggère aux auteurs d'adopter une terminologie harmonisée, alignée sur celle des directives, à l'instar de ce qu'a fait le législateur belge. L'emploi de termes différents pour désigner des concepts identiques pourrait en effet être source de difficultés dans la mise en œuvre du texte, difficultés qui ne sont atténuées que par le fait que la grande majorité des usagers de la loi est habituée à la terminologie de la législation actuellement en vigueur.

Par ailleurs, le Conseil d'État constate une répartition parfois aléatoire entre les règles figurant dans le présent projet de loi et celles reléguées au projet de règlement grand-ducal dont il est également saisi. Par exemple, les règles ayant trait à la résiliation des marchés figurent intégralement à l'article 43 du projet de loi auquel l'article 109 du projet de règlement grand-ducal ne fait que renvoyer. Par contre, les règles sur l'adaptation du contrat ne sont qu'esquissées à l'article 43 du projet de loi et figurent en détail à divers endroits du chapitre 14 du projet de règlement grand-ducal.

\*

## **EXAMEN DES ARTICLES**

### **LIVRE I<sup>er</sup>**

#### **DISPOSITIONS GÉNÉRALES**

##### **TITRE I<sup>er</sup>**

###### **Objet, définitions et champ d'application**

###### **Chapitre I<sup>er</sup> – *Objet et champ d'application***

###### *Article 1<sup>er</sup> – Objet et champ d'application*

Les auteurs maintiennent le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 1<sup>er</sup> de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, en disposant que le Livre I<sup>er</sup> s'applique „à tous les marchés passés par des pouvoirs adjudicateurs publics“ „sans préjudice des dispositions spécifiques prévues aux Livres II et III“.

Le Conseil d'État tient à observer que le paragraphe 1<sup>er</sup> vise spécifiquement les marchés passés „par des pouvoirs adjudicateurs“. L'emploi de cette expression reprise de la directive 2014/24/UE n'est pas anodin dans le contexte du Livre III du projet de loi sous examen, qui ne s'applique pas seulement aux pouvoirs adjudicateurs (article 86 du projet de loi), mais également à d'autres entités adjudicatrices, à savoir les entreprises publiques et les entreprises privées jouissant de droits spéciaux ou exclusifs (article 87 du projet de loi). Les „dispositions générales“ du Livre I<sup>er</sup> ne concernent donc, dans les secteurs spéciaux du Livre III et en l'absence de dispositions spécifiques à ce Livre, que les seuls pouvoirs adjudicateurs de l'article 86 du projet et non pas les autres entités adjudicatrices.

Par ailleurs, le Conseil d'État préférerait parler de „dispositions spéciales“ du Livre III plutôt que de „dispositions particulières“. La même observation vaut pour l'intitulé du Livre II.

Le paragraphe 2 reprend le paragraphe 2 de l'article 1<sup>er</sup> de la loi à abroger, mais le Conseil d'État s'interroge sur sa signification. Est-ce que les auteurs veulent dire que les articles 8, 12 et 13 de la loi du 26 décembre 2012 sur les marchés publics de défense tombent sous l'application du présent Livre ou est-ce que cela signifie que ces marchés en sont exclus? À l'article 59 du projet sous avis, la formulation choisie est différente et plus claire.

Le paragraphe 3 de l'article sous examen est superfétatoire, sachant qu'il reprend uniquement la possibilité qu'offre l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE aux États membres de définir les services d'intérêt économique général ainsi que le rappel que les États membres peuvent décider dans quelle mesure ils souhaitent assumer certaines fonctions publiques, sans néanmoins préciser davantage ces deux éléments. À défaut de valeur normative, le Conseil d'État préconise d'omettre ce paragraphe.

Le paragraphe 4 tel qu'il est formulé est superfétatoire et peut être omis. Si la volonté du législateur est d'exclure la sécurité sociale du présent Livre, il faut l'exclure expressément et non pas parler seulement de son „organisation“.

## Chapitre II – Définitions

### *Article 2 – Notions relatives à la définition de pouvoir adjudicateur*

Si le Conseil d'État comprend le souci d'une meilleure lisibilité à la base de la répartition des articles de définition sur plusieurs articles, cette façon de faire réunit des notions de façon artificielle. Le Conseil d'État suggère de regrouper toutes les définitions dans un seul article et par ordre alphabétique.

Concernant le point a), étant donné que le Luxembourg ne dispose pas d'autorités régionales, le Conseil d'État préconise d'enlever ce terme de la définition du pouvoir adjudicateur et de remplacer dans tout le projet la notion de „autorité régionale et locale“ par „commune“.

Le Conseil d'État s'interroge encore sur l'utilité de faire référence au règlement (CE) n° 1059/2003 du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 relatif à l'établissement d'une nomenclature commune des unités territoriales statistiques (NUTS), qui est certes visée dans les considérations générales de la directive 2014/24/UE, mais non pas dans le corps de la directive.

Concernant la définition des „autorités publiques centrales“ au point b), le Conseil d'État demande le retrait de la référence „au niveau national“.

### *Article 3 – Notions en lien avec la définition de marché public et avec les procédures*

Le Conseil d'État note que le texte du projet de loi se réfère souvent à la notion de „marchés“ pour parler de „marchés publics“. Afin d'assurer la cohérence du texte, le Conseil d'État demande à ce que cette abréviation soit mentionnée dans la définition des „marchés publics“.

À l'endroit du paragraphe 1<sup>er</sup>, point b), la notion d'„ouvrage“ est à définir de la même façon que dans les autres définitions reprises de la directive 2014/24/UE.

Les auteurs reprennent ensuite, au paragraphe 2, les définitions des différentes procédures figurant à l'article 3, point 10, a) de la loi précitée du 25 juin 2009, mais qui ne figurent pas telles quelles dans la directive. Les auteurs expliquent s'être inspirés d'éléments de langage de la directive 2014/24/UE. Étant donné qu'en ce qui concerne les points 2, a) et b), les auteurs ont textuellement repris les articles 26 et 27 de la directive, le Conseil d'État peut s'accommoder de cette façon de faire. Concernant les points c) et d), il est à noter que le texte de la directive ne connaît pas les expressions „procédures restreintes avec publication d'avis“ et „procédure restreinte sans publication d'avis“. Même si ces procédures ne s'appliquent qu'aux marchés du Livre I<sup>er</sup>, donc non soumis à la directive, se pose la question de la cohérence et de la lisibilité des différentes procédures de marché. Étant donné que le législateur a fait le choix de reprendre pour le Livre I<sup>er</sup> bon nombre de procédures et de principes de la directive, il aurait été souhaitable de veiller à la cohérence et à l'homogénéité entre les procédures du Livre I<sup>er</sup> et celles du Livre II. Ceci serait un élément facilitateur pour les opérateurs économiques.

La définition au point e) de la notion „procédure négociée sans publication préalable“ fait référence à une appellation différente pour le même type de procédure dans les Livres I et II. Ceci peut prêter à confusion et le Conseil d'État demande une homogénéisation des termes utilisés pour des procédures identiques.

La définition au point f) reformule et résume des éléments contenus à l'article 29 de la directive 2014/24/UE au sujet de la procédure concurrentielle avec négociation définie en détail à l'article 67 de la loi en projet.

Il en va de même des définitions des points g) et h), relatives au „dialogue compétitif“ et au „partenariat d'innovation“. Le Conseil d'État renvoie à ses observations sous l'article 63.

Concernant la définition de l'„avis de marché“ au point m), le Conseil d'État estime que cette définition n'a pas de plus-value et peut être supprimée.

Au point u), il y a lieu de remplacer la référence au règlement européen visé à l'article 23 de la directive 2014/24/UE par une référence directe au règlement (CE) n° 2195/2000 du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV).

En ce qui concerne la définition du point v), celle-ci ne figure pas telle quelle dans la directive. S'y ajoute qu'elle est reprise quasiment en intégralité à l'article 72 du projet sous avis, de sorte qu'elle est à omettre ici.

Il en va de même de la définition du point w). La définition y retenue pourra être intégrée à l'article 73 du projet sous avis.

*Article 4 – Notions relatives à certains modes et techniques de passation des marchés publics*

La définition du point a) de l'article sous examen ne figure pas en tant que définition dans la directive 2014/24/UE. Si le Conseil d'État peut néanmoins donner son accord au texte retenu, étant donné qu'il est repris textuellement de l'article 33 de la directive, il estime que cette définition pourrait tout aussi bien être intégrée à l'article 22 de la loi en projet.

La définition du point b) est en partie reprise de l'article 34 de la directive 2014/24/UE. Le Conseil d'État note qu'une autre partie de l'article 34 de la directive précitée se trouve à l'article 205 du projet de règlement grand-ducal pris en application de la présente loi en projet.

La définition du point c) se base sur l'article 35 de la directive 2014/24/UE. Étant donné que le terme ne revient que pour renvoyer au règlement grand-ducal, le Conseil d'État préconise d'inclure ce texte à l'article 70 de la loi en projet tout en reprenant textuellement l'article 35 de la directive.

La définition du point d) est reprise du considérant 55 de la directive 2014/24/UE. Le Conseil d'État préconise d'introduire cette notion uniquement à l'article 70 de la loi en projet, étant donné qu'elle ne revient plus dans le reste du projet de loi.

**Chapitre III – Marchés mixtes et régime applicable**

*Article 5 – Marchés mixtes et régime applicable*

Sans observation.

**Chapitre IV – Exclusions**

*Section I<sup>re</sup> – Marchés publics passés et concours organisés en vertu de règles internationales*

*Article 6 – Marchés publics passés et concours organisés en vertu de règles internationales*

Sans observation.

*Section II – Marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif*

*Article 7 – Exclusions spécifiques pour les marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif*

Sans observation.

*Section III – Marchés publics passés entre entités appartenant au secteur public*

*Article 8 – Caractéristiques et conditions de contrôle à exercer*

Le mécanisme prévu à cet article constitue une clarification par rapport au régime existant. Il s'agit de déterminer sous quelles conditions les marchés conclus par des entités appartenant au secteur public ne sont pas soumis à la réglementation sur les marchés publics. Le texte sous avis est repris de la directive 2014/24/UE, qui, elle, se fonde sur les principes élaborés par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Il ne s'agit pas d'exclure d'office les marchés conclus entre entités publiques de la réglementation sur les marchés publics, tout en garantissant aux pouvoirs publics la liberté d'exercer leur mission de service public en s'associant à d'autres pouvoirs publics. L'article sous avis prévoit trois cas de figure: la coopération verticale (le pouvoir adjudicateur exerce un pouvoir de contrôle sur la personne morale concernée); la coopération horizontale (plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent un pouvoir de contrôle sur la personne morale concernée); le transfert de service public (coopération entre pouvoirs adjudicateurs en vue de la réalisation d'un objectif commun de service public).

*Article 9 – Détermination du pourcentage d'activité*

Sans observation.

## TITRE II

**Principes et règles applicables à la passation des marchés****Chapitre I<sup>er</sup> – Principes***Article 10 – Publication d'un avis de marché*

Les dispositions de l'article 10 ne proviennent ni de la loi actuellement en vigueur, ni de la directive et concernent la publication d'un avis de marché, sauf disposition légale contraire.

Afin de garantir la lisibilité de l'article et de permettre aux pouvoirs adjudicateurs de savoir dans quelles circonstances il n'est pas nécessaire de recourir à l'avis de marché, le Conseil d'État demande aux auteurs d'énumérer au présent article les procédures pour lesquelles il n'est pas nécessaire de procéder par publication d'avis de marché.

*Article 11 – Mise en adjudication*

Cet article est repris de l'article 10, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> de la loi précitée du 25 juin 2009 actuellement en vigueur. Suivant un amendement gouvernemental du 31 août 2016, le volet traitant de la sous-traitance à l'alinéa 2 a été transféré vers l'article 33 du projet sous avis.

En ce qui concerne l'expression „mise en adjudication“, il est renvoyé aux considérations générales.

Concernant l'agencement et la terminologie utilisés dans l'article sous examen, le Conseil d'État demande aux auteurs de les aligner sur ceux utilisés aux articles 2 à 7 du projet de règlement grand-ducal portant exécution du projet de loi sous avis. La différence principale n'est-elle pas constituée désormais par l'adjudication en bloc ou en lots?

*Article 12 – Principes de la passation de marchés*

Cet article énonce les principes directeurs des marchés publics.

Le paragraphe 1<sup>er</sup> est repris de l'article 18 de la directive 2014/24/UE.

Le paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup> est repris de l'article 4 de la loi précitée du 25 juin 2009, mais ne figure pas dans la directive 2014/24/UE. Le Conseil d'État demande aux auteurs de remplacer l'expression „veillent à ce que“ par „tiennent compte“.

Le paragraphe 3 ne reprend qu'une partie de l'article 55 de la directive 2014/24/UE. Le Conseil d'État demande à ce que l'article soit transposé dans sa totalité.

Le paragraphe 4 renvoie au règlement grand-ducal en ce qui concerne l'utilisation des moyens électroniques.

*Article 13 – Conflits d'intérêts*

Cet article transpose l'article 24 de la directive 2014/24/UE au sujet des conflits d'intérêt. L'introduction de cette notion dans la loi est nouvelle pour le Luxembourg en matière de marchés publics.

*Article 14 – Opérateurs économiques*

L'article sous avis reprend essentiellement l'article 19 de la directive 2014/24/UE.

L'alinéa 2 du paragraphe 2 ajoute néanmoins une condition non prévue par la directive 2014/24/UE, reprise de l'article 2 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi précitée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, à savoir qu'en vertu du principe de l'offre unique, un opérateur ne peut faire partie de plusieurs groupements, ni remettre en parallèle une offre à titre individuel. Cette disposition ajoute une condition non prévue à la directive.

Au-delà de la directive, le Conseil d'État renvoie vers la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>3</sup> qui exclut une interdiction générale dans les termes suivants: „Une telle règle d'exclusion systématique, qui comporte également, pour les pouvoirs adjudicateurs, une obligation

<sup>3</sup> CJUE, 23 décembre 2009, affaire C-376/08, Serrantoni SRL, Consorzio Stabile edili SCRL c/ Comune di Milano [ECLI:EU:C:2009:808].

absolue d'exclusion des entités concernées, même dans les cas où les rapports existant entre ces dernières restent sans incidence sur leur comportement dans le cadre des procédures auxquelles elles ont participé, est contraire à l'intérêt communautaire à ce que soit assurée la participation la plus large possible de soumissionnaires à un appel d'offres et va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif consistant à assurer l'application des principes d'égalité de traitement et de transparence (voir, en ce sens, à propos des marchés publics entrant dans le champ d'application de la directive 92/50, arrêt Assitur, précité, points 26 à 29)<sup>4</sup> en se basant également sur les articles 39, 43, 49 et 81 du Traité instituant la Communauté européenne (TCE)<sup>4</sup> ainsi que sur le principe de non-discrimination.

Le Conseil d'État doit dès lors s'opposer formellement à l'alinéa sous avis et demande aux auteurs soit de l'omettre, soit de prévoir que les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir dans des cas dûment justifiés une interdiction pour des opérateurs économiques de faire partie d'un groupement, tout en remettant une offre en nom personnel, voire de faire partie de plus d'un groupement.

*Article 15 – Marchés réservés*

Sans observation.

*Article 16 – Durée des marchés publics*

Sans observation.

## **Chapitre II – Procédures**

*Article 17 – Désignation des procédures applicables dans le cadre du Livre I<sup>er</sup>*

Cet article détaille les procédures applicables aux marchés dits nationaux, donc en-dessous des seuils prévus à l'article 4 de la directive 2014/24/UE et repris à l'article 52 du projet sous avis.

Le paragraphe 1<sup>er</sup>, dans sa version amendée, reprend l'article 5, paragraphe 1<sup>er</sup> de la loi précitée du 25 juin 2009.

Le paragraphe 3 de l'article sous avis permet aux pouvoirs adjudicateurs soumis au Livre III de mettre en œuvre les procédures de concurrence visées au Livre III, même lorsque les seuils prévus à l'article 98 (et non pas 97 comme indiqué dans l'article sous avis) ne sont pas atteints. La publication d'avis et les délais applicables restent néanmoins ceux du Livre I<sup>er</sup>.

Le Conseil d'État estime qu'il aurait été plus lisible d'énumérer les différentes procédures auxquelles il peut être recouru tout en renvoyant vers les articles détaillant ces procédures.

Compte tenu des modifications relatives à l'harmonisation de la terminologie apportées à l'article 3, l'article devra être amendé.

*Article 18 – Principe du recours à la procédure ouverte*

Sans observation.

*Article 19 – Conditions de recours à la procédure restreinte avec publication d'avis*

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéas 1<sup>er</sup> et 2, le Conseil d'État demande d'écrire à chaque fois „... euros, adapté conformément à l'article 160<sup>4</sup>. Cette observation vaut également pour les articles 20, 47, 49 et 159 du projet de loi sous examen. Pour le surplus, le Conseil d'État renvoie à son observation à l'endroit de l'article 160.

*Article 20 – Conditions de recours à la procédure restreinte sans publication d'avis et à la procédure négociée*

L'article sous avis énumère les cas de figure permettant de procéder à une procédure restreinte sans publication d'avis ainsi qu'à la procédure négociée. Les situations permettant de recourir à ces deux procédures sont énumérées aux points a) à m). Le texte ne modifie pas la loi précitée du 25 juin 2009 en ce qui concerne les cas de figure énumérés aux points a) à f). Concernant les points g) à m), ceux-ci sont nouveaux par rapport à la législation actuelle. Les auteurs expliquent avoir repris les points g)

<sup>4</sup> Actuellement: articles 45, 49, 56 et 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

et i) de la directive 2014/25/UE „afin que (le Livre I<sup>er</sup>) ne soit pas jugé plus restrictif que ce que permet la réglementation européenne“.

Le point h) reprend l'essence du point h) de l'article 8, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la loi précitée du 25 juin 2009.

Les points j) à l) reprennent les points i) à k) de l'article 8, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la loi précitée du 25 juin 2009.

Le point m) intègre dans le projet sous avis une exception relative aux marchés de la protection nationale, identique à la modification apportée à l'article 8, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la loi précitée du 25 juin 2009 par la loi du 23 juillet 2016 portant création d'un Haut-Commissariat à la Protection nationale.

À noter que le point g) de l'article 8, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la loi précitée du 25 juin 2009 relatif aux travaux ou services complémentaires ne figure plus dans l'énumération de l'article sous avis, mais relève dorénavant de l'article 155 du projet de loi sous avis, alors que suivant les auteurs „la directive 2014/24/UE considère ces cas de figure comme une „modification de marchés en cours d'exécution““. À ce cas de figure s'applique dès lors la procédure prévue par l'article 43 du présent projet.

Le paragraphe 2 énumère les cas de figure permettant le recours à la procédure négociée.

Le point a) du paragraphe 2 est repris de l'article 8, paragraphe 2, point a) de la loi précitée du 25 juin 2009.

Le point b) précise, par rapport à la loi précitée du 25 juin 2009, que dans le cadre d'un concours pour un marché public de services une procédure négociée peut être lancée, lorsqu'il est prévu que le marché est attribué à un des lauréats et tous les lauréats du concours sont alors invités aux négociations. Le texte sous avis reprend l'article 32, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE.

Les points c) et d) sont identiques aux points c) et d) de l'article 8, paragraphe 2, de la loi précitée du 25 juin 2009. Le paragraphe 3 est identique au paragraphe 3 de l'article 8 de la loi précitée du 25 juin 2009.

Le paragraphe 4 de l'article sous avis dispose que tous les services sociaux, de même que les autres services spécifiques visés à l'article 76 et à l'article 148 de la loi en projet sous avis et qui tombent sous le champ d'application du Livre I<sup>er</sup> peuvent être conclus par voie de procédure négociée.

Les paragraphes 5 et 6 de l'article sous avis élargissent considérablement les cas de figure pour lesquels il pourra être recouru à des marchés négociés. Tous les marchés exclus du Livre II en application des articles 55 à 61 ainsi que tous les marchés exclus du Livre III en application des articles 99 à 114 peuvent être conclus par voie d'un marché négocié. Il s'agit là encore de l'avis des auteurs „de tenir compte, au niveau national, de l'esprit des nouvelles directives et de ne pas prévoir des règles plus contraignantes que celles édictées au niveau européen.“

#### *Article 21 – Obligation de motivation*

Sans observation.

### **Chapitre III – Règles applicables à certains modes et techniques de passation des marchés publics**

#### *Article 22 – Marchés fondés sur un accord-cadre*

Cet article règle les accords-cadres en reprenant l'article 33 de la directive 2014/24/UE.

À noter qu'au paragraphe 6, les auteurs ont omis le bout de phrase „notamment par l'objet de l'accord-cadre“ figurant à l'article 33, paragraphe 5, point d), alinéa 2, de la directive 2014/24/UE. Le Conseil d'État demande qu'il soit inclus ici.

#### *Article 23 – Activités d'achat centralisées et centrales d'achat*

L'article sous avis reprend les dispositions de l'article 37 de la directive 2014/24/UE relatives aux activités centralisées et centrales d'achat.

À l'alinéa 2 du paragraphe 1<sup>er</sup>, la phrase devrait se lire comme suit:

„Pour les marchés tombant sous le champ d'application du Livre II, les pouvoirs adjudicateurs peuvent acquérir des travaux, des fournitures et des services par le biais de marchés attribués par une centrale d'achat: ...“.



Le paragraphe 3 renvoie aux dispositions transitoires de l'article 164, qui n'existe pas. Est visé en fait l'article 163 du projet de loi. Or, par principe, le renvoi, dans le corps d'un texte de loi, à une disposition transitoire est à omettre comme étant superfétatoire. Dès lors, le Conseil d'État demande de supprimer le début de phrase „[s]ans préjudice des dispositions transitoires prévues à l'article 164“. La même observation vaut pour l'article 72, paragraphes 2, alinéa 2 et 5, alinéa 2, l'article 73, et l'article 132, paragraphe 3, de la loi en projet.

*Article 24 – Marchés conjoints occasionnels*

Sans observation.

*Article 25 – Marchés auxquels participent des pouvoirs adjudicateurs de différents États membres*

Sans observation.

## **Chapitre IV – Déroulement de la procédure et adjudication**

### *Section 1<sup>re</sup> – Préparation*

*Article 26 – Consultations préalables du marché*

Sans observation.

*Article 27 – Participation préalable de candidats ou de soumissionnaires*

Sans observation.

### *Section II – Choix des participants et attribution des marchés*

#### Sous-section I<sup>re</sup> – Principes

*Article 28 – Principes généraux*

L'article sous avis s'inspire aussi bien de l'article 56 de la directive 2014/24/UE que de l'article 2 de la loi précitée du 25 juin 2009 et énonce les principes généraux régissant les marchés publics.

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, point a), le texte sous avis ajoute à la directive en indiquant que l'offre doit être „formellement et techniquement“ conforme aux exigences. Cet ajout est superfétatoire et à omettre.

Les paragraphes 2 à 4 sont repris de la loi précitée du 25 juin 2009.

Le Conseil d'État donne à considérer que ce mélange de textes européens et nationaux est critiquable. Ceci d'autant plus que dans le cadre des critères de sélection prévus aux articles 29, paragraphe 2, et 30 du présent projet, des conditions similaires sont énoncées aux paragraphes 2 à 5.

Le Conseil d'État demande dès lors que les auteurs omettent à cet endroit les paragraphes 2 à 4.

#### Sous-section II – Critères de sélection qualitative

*Article 29 – Motifs d'exclusion de la participation à une procédure de passation de marché*

L'article sous avis transpose l'article 57 de la directive 2014/24/UE relatif aux motifs d'exclusion d'un candidat à un marché.

En ce qui concerne le délai de trois ans fixé au paragraphe 7, le Conseil d'État donne à considérer qu'il est différent du délai prévu à l'article 45, paragraphe 3, point a).

Le Conseil d'État constate par ailleurs que deux procédures sont proposées dans le projet sous avis en ce qui concerne l'exclusion d'un opérateur à la participation à des marchés.

L'article sous avis énumère au paragraphe 4 les motifs pouvant mener à l'exclusion d'un marché. L'article 45 énumère également des motifs pouvant mener à l'exclusion, qui se recoupent avec le point g) du paragraphe 4 de l'article sous avis. La terminologie utilisée n'est pas la même.

Concernant la procédure, l'article sous avis n'en prévoit aucune, alors que l'article 45 détaille les modalités applicables.

Concernant le délai, l'article sous avis prévoit un délai maximal de trois ans, alors que l'article 45 prévoit un délai maximal de deux ans.

Il est préconisé de regrouper toutes les modalités et conditions d'exclusion dans l'article sous avis qui s'intitule „Motifs d'exclusion de la participation à une procédure de passation de marché“, de prévoir une seule et même procédure pour cette exclusion et un délai maximal unique.

*Article 30 – Critères de sélection*

L'article sous avis transpose l'article 58 de la directive 2014/24/UE relatif aux critères de sélection.

Cet article limite dorénavant pour tous les marchés la capacité financière pouvant être demandée des opérateurs économiques afin de participer à un marché donné au double de la valeur estimée du marché, mis à part des cas dûment justifiés comportant des risques particuliers.

*Article 31 – Moyens de preuve*

Sans observation.

*Article 32 – Normes d'assurance et de qualité et normes de gestion environnementale*

L'article sous avis transpose l'article 62 de la directive 2014/24/UE au sujet des normes d'assurance et de qualité et des normes de gestion environnementale.

Le Conseil d'État demande aux auteurs de modifier le titre du présent article et de reprendre le titre de la directive, à l'instar de l'article 142 du projet de loi. En effet, s'il s'agit bien du texte de la directive à transposer, le Conseil d'État demande aux auteurs d'expliquer la signification des notions d'„organisme indépendant“ et d'„organisme accrédité“.

Si l'entité adjudicatrice fait le choix de réclamer un certificat de conformité à des normes d'assurance de la qualité, le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 32 prévoit que l'exigence ne peut porter que sur la conformité à des systèmes d'assurance de la qualité qui mettent en œuvre des normes européennes (au sens de l'annexe VII de la directive 2014/24/UE) et sur des certificats émis par des organismes d'accréditation au sens du règlement (CE) n° 765/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 fixant les prescriptions relatives à l'accréditation et à la surveillance du marché pour la commercialisation des produits (au Luxembourg, l'Office luxembourgeois d'accréditation et de surveillance).

Si l'entité adjudicatrice choisit de réclamer une certification en matière de systèmes ou normes de gestion environnementale, le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 32 prévoit qu'elle doit le faire par référence aux systèmes prévus ou reconnus par le règlement (CE) n° 1221/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 concernant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS), abrogeant le règlement (CE) n° 761/2001 et les décisions de la Commission 2001/681/CE et 2006/193/CE (dit „règlement EMAS III“).

Il est important de souligner que la possibilité, pour les entités adjudicatrices, d'exiger la production de certificats de conformité est une faculté.

*Article 33 – Recours aux capacités d'autres entités*

Suivant cet article, un opérateur économique peut avoir recours aux capacités d'autres entités. Le commentaire des articles explique que cette possibilité est désormais ouverte explicitement aux sous-traitants. Or, l'alinéa 6 du paragraphe 1<sup>er</sup> dispose que le pouvoir adjudicateur peut, dans ce cas de figure, exiger que „l'opérateur économique et les autres entités en question soient solidairement responsables de l'exécution du marché“. Il peut dès lors également s'agir du soumissionnaire et de son sous-traitant. Cette disposition déroge à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance. Or, suivant les règles classiques de résolution de conflits de lois, la future loi sur les marchés publics prévaut, étant donné qu'il s'agit de la loi la plus récente et que par ailleurs, si la loi précitée du 23 juillet 1991 énonce les règles générales applicables à la sous-traitance, le projet de loi sous avis énonce des règles particulières au sujet de la sous-traitance. Or, la loi spéciale prévaut sur la loi générale.

*Article 34 – Listes officielles d'opérateurs économiques agréés et certification par des organismes de droit public ou privé*

Sans observation.

Sous-section III – Critères d’attribution et moyens de preuve  
relatifs à la conformité technique de l’offre

*Article 35 – Critères d’attribution*

L’article sous avis transpose les articles 67 et 45, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE concernant les critères d’attribution du marché.

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, le Conseil d’État estime qu’il serait indiqué de préciser la référence aux „dispositions législatives, réglementaires ou administratives relatives au prix de certaines fournitures ou à la rémunération de certains services“ sur lesquelles les pouvoirs adjudicateurs peuvent se fonder pour attribuer les marchés publics. Le Conseil d’État note tout d’abord que la notion de „dispositions administratives“ n’existe pas dans l’ordre juridique luxembourgeois. Ensuite, et sur le fondement du principe de sécurité juridique, le Conseil d’État doit s’opposer formellement à ce renvoi trop vague et imprécis. Par ailleurs, le renvoi à des dispositions réglementaires ou administratives pour circonscrire le champ d’application de la loi est contraire à la hiérarchie des normes. La même observation vaut pour l’article 60, paragraphe 2, l’article 106, paragraphe 3, et l’article 143, paragraphe 1<sup>er</sup>.

Le Conseil d’État constate que le dernier paragraphe figure également – en partie – à l’article 156, paragraphe 2 du projet de règlement grand-ducal portant exécution du projet sous avis. Il est suffisant de faire état de cette précision à un seul endroit, en l’occurrence dans le projet de règlement grand-ducal.

*Article 36 – Spécifications techniques et labels, rapports d’essais, certification ou autres moyens de preuve*

L’article sous avis transpose une partie de l’article 42 de la directive 2014/24/UE ainsi que l’article 44, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la directive.

La majeure partie de l’article 42 de la directive précitée est transposée par voie de règlement grand-ducal.

Le paragraphe 2 de l’article sous avis consiste en une reformulation de l’article 43, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la directive. Le Conseil d’État préconise de maintenir la formulation exacte de la directive.

Afin d’assurer la cohérence dans la méthode de transposition de la directive, le Conseil d’État préconise encore de reprendre l’ensemble de cet article de la directive dans le corps de la loi et non pas pour partie dans la loi et pour partie dans le règlement grand-ducal.

*Article 37 – Coût du cycle de vie*

Sans observation.

*Article 38 – Offres anormalement basses*

Sans observation.

*Section III – Renonciation à une mise en adjudication et annulation*

*Articles 39 à 41 – Hypothèses – Nouvelle mise en adjudication après annulation – Analyse des prix*

Sans observation.

TITRE III

**Exécution des marchés publics**

*Article 42 – Respect des règles applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail*

L’article 18 de la directive 2014/24/UE dispose que les États membres prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l’exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations environnementales, sociales et du travail.

Or, reprendre simplement ce texte à l’article sous avis ne constitue pas une mesure appropriée. Le Conseil d’État estime que l’État veille déjà au respect de ces obligations. Si toutefois les auteurs souhaitent ancrer cette obligation dans le projet de loi sous avis, ils pourraient s’inspirer de l’article 7 de

la loi belge du 17 juin 2016 relative aux marchés publics – tout en prévoyant une annexe similaire à celle de l'annexe II de la loi belge – qui dispose ce qui suit:

„Les opérateurs économiques sont tenus de respecter et de faire respecter par toute personne agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit et par toute personne mettant du personnel à disposition pour l'exécution du marché, toutes les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union européenne, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe II.

Sans préjudice de l'application des sanctions visées dans d'autres dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles, les manquements aux obligations visées à l'alinéa 1<sup>er</sup> sont constatés par l'adjudicateur et donnent lieu, si nécessaire, à l'application des mesures prévues en cas de manquement aux clauses du marché.“

#### *Article 43 – Modification de marchés en cours*

L'article sous avis transpose essentiellement l'article 72 de la directive 2014/24/UE concernant la modification des marchés en cours et reprend également au paragraphe 2, alinéa 2, les dispositions de l'article 114 du règlement grand-ducal précité du 3 août 2009, relatives aux possibilités de modifier un marché „tombant dans le champ d'application du Livre I<sup>er</sup>“. Étant donné néanmoins que, suivant l'article 1<sup>er</sup> de la loi en projet, tous les marchés tombent sous le champ d'application du Livre I<sup>er</sup>, „sans préjudice des dispositions particulières des Livres II et III“, il serait préférable de reformuler ce paragraphe et de dire „ne tombant pas dans le champ d'application des Livres II et III“.

#### *Article 44 – Résiliation de marchés*

L'article sous avis transpose, au paragraphe 1<sup>er</sup>, l'article 73 de la directive 2014/24/UE relatif à la résiliation de marchés.

Au paragraphe 2, il reprend les articles 100 à 102 du règlement grand-ducal précité du 3 août 2009. Étant donné que la directive permet aux États membres de prévoir d'autres circonstances de résiliation du marché (l'article 73 dispose que la possibilité est accordée aux pouvoirs adjudicateurs „au moins dans les circonstances“ énoncées), le Conseil d'État peut marquer son accord avec cette façon de procéder.

#### *Article 45 – Sanctions et primes*

Cet article permet, au paragraphe 1<sup>er</sup>, à l'instar de l'article 13, paragraphe 1<sup>er</sup> de la loi précitée du 25 juin 2009, au pouvoir adjudicateur de prévoir des clauses pénales et astreintes dans le cahier des charges.

Les auteurs introduisent également la possibilité de déduire les montants des clauses pénales et astreintes des acomptes et factures intermédiaires, alors que jusqu'à présent cette possibilité était uniquement envisagée pour les factures définitives.

En ce qui concerne le paragraphe 3, point a) qui reprend l'article 13, paragraphe 3, de la loi précitée du 25 juin 2009 permettant l'exclusion d'un opérateur économique à la participation d'un marché public pendant une durée de deux ans, il est renvoyé au commentaire de l'article 29.

Concernant la résiliation du marché aux torts de l'adjudicataire, le Conseil d'État préconise de regrouper toutes les causes de résiliation sous l'article 44 du projet sous avis qui traite de la résiliation. Le Conseil d'État constate là encore des recoupements avec l'article 44 précité. En effet, l'article 44, paragraphe 1<sup>er</sup>, point b), permet au pouvoir adjudicateur de résilier le marché si l'adjudicataire se trouvait dans une des situations visées à l'article 29, paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 du projet sous avis. Or, le paragraphe 2 de l'article 29, vise entre autres le défaut de probité commerciale, tout en étant bien plus spécifique. Cette redite est à omettre.

Le paragraphe 6, première phrase de l'article sous examen est superfétatoire.

#### *Article 46 – Avances et acomptes*

Sans observation.

#### *Article 47 – Décomptes*

À l'instar de l'article 19, le Conseil d'État demande d'écrire à l'alinéa 2 du paragraphe 1<sup>er</sup> „... euros, adapté conformément à l'article 160“. Pour le surplus, le Conseil d'État renvoie à son observation à l'endroit de l'article 160.

## TITRE IV

**Dispositions particulières et règles d'exécution****Chapitre I<sup>er</sup> – Dispositions particulières concernant les marchés publics conclus par les pouvoirs adjudicateurs relevant de l'État ou des entités assimilées***Article 48 – Décomptes pour ouvrages importants*

Sans observation.

**Chapitre II – Dispositions particulières concernant les marchés publics des pouvoirs adjudicateurs relevant des communes ou des entités assimilées***Article 49 – Clause préférentielle en faveur d'un soumissionnaire local*

À l'instar de l'article 19, le Conseil d'État demande d'écrire „... euros, adapté conformément à l'article 160“. Pour le surplus, le Conseil d'État renvoie à son observation à l'endroit de l'article 160.

*Article 50 – Suspension et annulation*

Sans observation.

**Chapitre III – Règles d'exécution***Article 51 – Règles d'exécution*

Sans observation.

\*

## LIVRE II

**DISPOSITIONS PARTICULIÈRES RELATIVES AUX MARCHÉS D'UNE CERTAINE ENVERGURE**TITRE I<sup>er</sup>**Champ d'application****Chapitre 1<sup>er</sup> – Seuils***Article 52 – Montants des seuils*

Cet article définit le cadre dans lequel s'appliqueront les dispositions spécifiques du Livre II du projet de loi sous examen. Ce cadre est constitué par ce que le titre du Livre II appelle les „marchés d'une certaine envergure“ auxquels s'appliquent des règles particulières.

L'article 52 transpose ainsi principalement l'article 4 de la directive 2014/24/UE en prévoyant les seuils à partir desquels s'appliquent les dispositions du Livre II qui couvrent les marchés européens dits classiques.

Avant de procéder à la définition des seuils en question, les auteurs du projet de loi estiment cependant nécessaire de préciser que ne sont visés que les marchés publics qui ne sont pas exclus en vertu des exceptions prévues aux articles 54 à 61 ainsi qu'aux articles 6 à 9. Le Conseil d'État note que seuls les articles 6 à 8 et 54 à 56 sont libellés comme constituant directement des exclusions. L'article 9 se limite à définir des modalités d'application de l'article 8. Les situations visées par les articles 57 à 61 ont trait à des „situations spécifiques“ qui en principe sont couvertes par la loi, celle-ci prévoyant ensuite des dérogations, ou qui n'échappent à l'application de la loi en projet que sous certaines conditions. En lui-même, le renvoi à des exceptions est en fait superfétatoire, alors que les dispositions précitées circonscrivent de façon précise le cadre qui s'applique à ce que les auteurs appellent des

exceptions et en soulignent à suffisance le caractère dérogatoire. Le Conseil d'État suggère dès lors aux auteurs du projet de loi de s'en tenir à la démarche du législateur européen qui se limite, dans l'article de la directive qui est le pendant de l'article sous revue, à fixer les seuils à partir desquels s'applique le cadre européen.

Sur ce point, et dans sa version initiale, le texte proposé à l'endroit de l'article 52 était structuré de la même façon que l'article 21 actuel de la loi précitée du 25 juin 2009, c'est-à-dire qu'il fixait les montants en euros qui constituaient les limites à partir desquelles les dispositions du Livre II étaient censées s'appliquer à différentes catégories de marchés publics. Dans les amendements soumis au Conseil d'État le 31 août 2016, les auteurs du projet de loi changent d'approche en s'inspirant des propositions formulées par le Conseil d'État dans son avis du 27 novembre 2012 concernant le projet de loi sur les marchés publics de la défense et de la sécurité et portant transposition de la directive 2009/81/CE<sup>5</sup>. À l'époque, le Conseil d'État avait critiqué l'approche des auteurs du projet de loi limitant les formalités entourant la transposition dans le champ de la législation nationale de la mise à jour des seuils révisés par la Commission européenne à leur publication au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, une publication au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg d'un texte de source européenne ne constituant pas, selon le Conseil d'État, une transposition correcte du texte afférent. Le Conseil d'État avait proposé de faire abstraction, dans le texte de la loi en projet, des montants en valeur absolue représentant les différents seuils, et de se limiter à une référence directe aux seuils prévus dans la directive, tels que ces seuils seraient ensuite modifiés par les actes de la Commission européenne pris en exécution des dispositions de la directive.

Dans le cas sous revue, les auteurs du projet de loi s'inspirent de cette démarche, tout en se limitant à un renvoi au texte de la directive (paragraphe 1<sup>er</sup>) pour ensuite détailler la procédure que la Commission européenne suivra pour réviser et publier les seuils (paragraphe 2 à 5). S'agissant, dans ce dernier cas, de dispositions qui se limitent à conférer des compétences et à imposer des obligations aux seules autorités de l'Union, en l'occurrence la Commission européenne, le Conseil d'État aurait tendance à y voir des dispositions qui ne requièrent pas l'adoption de mesures de transposition spécifiques dans l'ordre juridique national. Le Conseil d'État propose dès lors de faire référence au paragraphe 1<sup>er</sup> aux seuils prévus par l'article 4 de la directive 2014/24/UE et par les actes de la Commission européenne pris en exécution de l'article 6 de cette directive. Une référence aux articles 87 et 88 de la directive n'est par contre pas de mise, vu qu'il s'agit de dispositions qui règlent les modalités d'après lesquelles s'exerce la délégation conférée à la Commission européenne.<sup>6</sup>

Il y a dès lors lieu de renoncer aux paragraphes 2, 3 et 4, ainsi qu'à l'alinéa 1<sup>er</sup> du paragraphe 5, seules les dispositions des alinéas 2 et 3 concernant la date de l'entrée en vigueur des actes modificatifs de l'Union européenne et la publication par le ministre d'un avis au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg étant à maintenir.

#### *Article 53 – Méthodes de calcul de la valeur estimée du marché*

L'article 53 transpose l'article 5 de la directive 2014/24/UE et définit les méthodes de calcul qui devront être appliquées pour déterminer la valeur estimée d'un marché. Il reprend dans une large mesure le prescrit de la directive, de sorte qu'il ne donne pas lieu à des observations de principe de la part du Conseil d'État. Quelques observations sur le détail du texte s'imposent toutefois.

Le Conseil d'État en est tout d'abord à se demander, si les méthodes de calcul qui figurent en l'occurrence au niveau du Livre II, et qui sont ensuite reprises à l'article 99 pour s'y appliquer aux marchés visés par le Livre III, n'auraient pas leur place dans une disposition générale s'appliquant à tous les marchés publics, y compris dès lors les marchés nationaux qui tombent en dessous des seuils fixés pour la publicité européenne. Les enjeux sont en effet les mêmes. Si la valeur estimée du marché est un élément-clé pour vérifier si un marché tombe dans le champ d'application du Livre II ou III, elle

<sup>5</sup> Doc. parl. n° 6439<sup>1</sup>.

<sup>6</sup> Dans le même sens: avis du Conseil d'État du 2 juin 2015 sur le projet de loi concernant la mise à disposition sur le marché des équipements sous pression (doc. parl. n° 6755<sup>2</sup>, pp. 4 et 7), du 30 juin 2015 sur le projet de loi portant 1. transposition de la décision 2009/426/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 sur le renforcement d'Eurojust et modifiant la décision 2002/187/JAI instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, 2. modification de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire (doc. parl. n° 6805<sup>1</sup>, p. 3) et du 28 mars 2017 sur le projet de loi portant transposition de la directive 2008/90/CE du Conseil du 29 septembre 2008 concernant la commercialisation des matériels de multiplication de plantes fruitières et des plantes fruitières destinées à la production de fruits (doc. parl. n° 7091<sup>2</sup>, p. 2).

l'est tout aussi bien lorsqu'il s'agit de déterminer les procédures auxquelles le pouvoir adjudicateur pourra avoir recours à l'intérieur de l'application des dispositions du Livre I<sup>er</sup>.

L'intérêt d'une telle façon de procéder devient encore plus apparent lorsqu'on analyse plus en avant la logique qui est sous-jacente au texte de l'article 53. La disposition en question ne fixe en effet pas seulement, comme le laisserait croire son intitulé, les méthodes de calcul permettant d'établir la valeur d'un marché, mais prévoit également des règles qui interdisent l'utilisation d'artifices destinés à soustraire un marché à l'application des règles du Livre II. Ainsi, d'après le paragraphe 3, le choix de la méthode pour le calcul de la valeur estimée d'un marché ou la subdivision du marché pour le soustraire à l'application du Livre II sont interdits. Une telle disposition aurait sa place au niveau de l'article 12 qui traite des principes de passation de marchés.

Toujours en ce qui concerne le paragraphe 3, le Conseil d'État s'interroge encore sur le libellé de la phrase finale de ce paragraphe aux termes de laquelle „un marché ne peut être subdivisé de manière à l'empêcher de relever du champ d'application du présent Livre, sauf si des raisons objectives le justifient“. Cette disposition fait écho à la clause générale insérée à l'article 12 du projet de loi qui prévoit, dans sa substance, que les dispositions du texte sous revue ne peuvent être utilisées pour privilégier un opérateur économique ou, d'une façon générale, pour soustraire un marché à l'application d'une disposition spécifique de la loi. Il n'est cependant précisé nulle part quelles pourraient être les raisons „objectives“ pouvant justifier une démarche consistant à „empêcher“ un marché de relever du champ d'application du Livre II à travers sa subdivision. Le Conseil d'État aurait, ici encore, compte tenu de l'enjeu, vu qu'il s'agit de limiter dans son application un principe clé réglant la passation de marchés publics, préféré l'insertion d'un dispositif cohérent, couvrant l'ensemble de la matière, dans le texte du projet de loi. Le Conseil d'État ne peut, en l'occurrence, s'accommoder du dispositif proposé qu'en raison du fait qu'il transpose fidèlement le texte de la directive.

Au niveau du paragraphe 4, il conviendrait de faire abstraction de l'exemple donné pour préciser la notion de „moment où le pouvoir adjudicateur engage la procédure de passation du marché“, vu que cette façon de procéder ne comporte aucun ajout normatif et que la détermination de ce moment ne devrait guère poser de problème au vu de l'agencement général du texte. À défaut, il conviendrait de donner une définition précise dans le texte du moment où se calculera la valeur du marché.

Au paragraphe 9, le renvoi à l'article 52, points b) et c) est erroné en raison de l'amendement proposé par le Gouvernement à l'endroit de cet article. Il en résulte une incohérence de texte à laquelle le Conseil d'État doit s'opposer formellement pour insécurité juridique. La même observation vaut pour l'article 148 de la loi en projet.

## **Chapitre II – Exclusions et situations spécifiques**

### *Section I – Exclusions*

#### *Article 54 – Marchés passés dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux*

Transposant ainsi l'article 7 de la directive 2014/24/UE, l'article 54 du projet de loi exclut les marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux du champ d'application du Livre II. Les marchés en question relèvent en effet du Livre III. Par ailleurs, les marchés exclus du Livre III en application des articles 100, 105 et 115 le sont pareillement en ce qui concerne le Livre II. Enfin, un certain nombre de marchés passés par un pouvoir adjudicateur qui fournit des services postaux, tels que ces services sont définis par l'article 96, paragraphe 2, point b), du Livre III, sont également exclus du Livre II.

De l'avis du Conseil d'État, la disposition sous revue est inutile, vu que le Livre III, de par son intitulé et de par sa configuration, fournit tous les éléments nécessaires pour circonscrire avec précision le régime d'exception, par rapport à ceux des Livres I et II, auquel les marchés y visés sont soumis et pour le délimiter dès lors clairement par rapport au régime que suivent les marchés relevant du Livre II. Si le Conseil d'État peut s'accommoder du texte proposé, tel n'est le cas qu'au vu du fait qu'il suit la logique développée par les directives européennes qui sont transposées en l'occurrence.

#### *Article 55 – Exclusions spécifiques dans le domaine des communications électroniques*

L'article en question se réfère à un certain nombre d'exclusions spécifiques dans le domaine des communications électroniques, et plus précisément aux marchés concernant la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communication ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs

services de communications électroniques. Il transpose fidèlement l'article 8 de la directive 2014/24/UE et n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

*Article 56 – Exclusions spécifiques pour les marchés de services*

L'article 56 exclut du champ d'application du Livre II une série de marchés de services. La disposition, dont la rédaction s'inspire de l'article 10 de la directive 2014/24/UE, ne donne pas lieu à observation sur le fond.

Toutefois, aux points i. et ii. du point d), il y a lieu de viser à chaque fois: „l'État, un autre État membre de l'Union européenne, un pays tiers ou (...)“. En effet, la notion de pays tiers désigne couramment les pays qui ne font pas partie de l'Union européenne.

Par ailleurs, au point i. du point d), la référence à la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat est erronée. En effet, la directive 77/249/CEE du Conseil du 22 mars 1977 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats, visée à l'article 10 de la directive 2014/24/UE n'a pas été transposée par la loi sur la profession d'avocat, mais déjà par une loi modifiée du 29 avril 1980 réglant l'activité en prestations de service, au Grand-Duché de Luxembourg, des avocats habilités à exercer leurs activités dans un autre État membre des Communautés Européennes.

Les mêmes observations valent pour l'article 103 de la loi en projet.

*Section II – Situations spécifiques*

Sous-section I<sup>ce</sup> – Marchés subventionnés

*Article 57 – Marchés subventionnés par les pouvoirs adjudicateurs*

L'article 57 inclut dans le champ d'application du Livre II les marchés qui sont subventionnés par les pouvoirs adjudicateurs à hauteur de plus de cinquante pour cent de la valeur estimée du marché. Il s'agit en l'occurrence de marchés de travaux et de marchés de services qui y sont liés. L'article en question, qui transpose l'article 13 de la directive 2014/24/UE, a fait l'objet d'un amendement gouvernemental qui va dans le même sens que celui formulé à l'endroit de l'article 52 du projet de loi. D'après les termes de cet amendement, les seuils initialement prévus en valeur absolue sont désormais remplacés par un renvoi aux valeurs prévues à l'article 13 de la directive 2014/24/UE, la modification des valeurs en question étant effectuée conformément aux dispositions des paragraphes 3 à 5 de l'article 52.

L'article sous revue transposant fidèlement dans la législation luxembourgeoise le texte de la directive, le Conseil d'État n'a pas d'observation à formuler sur ce point. En ce qui concerne les seuils et les modalités de leur modification, le Conseil d'État renvoie à ses observations formulées à l'endroit de l'article 52.

Sous-section II – Recherche et développement

*Article 58 – Services de recherche et de développement*

L'article 58, qui transpose l'article 14 de la directive 2014/24/UE, limite l'applicabilité du Livre II en ce qui concerne les marchés de services de recherche et de développement aux marchés relevant de certains codes CPV de la nomenclature européenne des marchés publics et remplissant les conditions définies par le projet de loi.

Le texte en question ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'État.

Sous-section III – Marchés comportant des aspects  
ayant trait à la défense ou à la sécurité

*Article 59 – Défense et sécurité*

L'article 59 transpose en son paragraphe 1<sup>er</sup> l'article 15, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la directive 2014/24/UE. Ainsi, tous les marchés publics ou concours organisés dans les domaines de la défense et de la sécurité relèvent en principe du Livre II, à l'exception toutefois des marchés tombant dans le champ d'application de la loi du 1<sup>er</sup> décembre 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité et de ceux qui sont exclus du champ d'application de cette loi en vertu d'un certain nombre de ses dispositions



(points a) et b)). La disposition est calquée, de par sa structure, sur celle de l'article 15 de la directive 2014/24/UE qui se réfère à la directive 2009/81/CE qui a été transposée par la loi précitée du 1<sup>er</sup> décembre 2012. S'y ajoute une exception touchant aux marchés et concours qui ont trait à la défense et à la sécurité et qui sont passés ou organisés en vertu de règles internationales et qui remplissent les conditions visées à l'article 6 du projet de loi (point c)).

Si le Conseil d'État n'a pas d'observation à formuler concernant les dispositions figurant sous les points a) et b), la nécessité qu'il y aurait de compléter le texte transposé de la directive par un point c) destiné à exclure du champ du Livre II les marchés et concours comportant des aspects ayant trait à la défense ou à la sécurité passés ou organisés en vertu de règles internationales et qui par ailleurs remplissent les conditions visées à l'article 6 du projet de loi, ne s'impose pas avec la clarté de l'évidence. L'exclusion des marchés et concours en question semble en effet être déjà couverte par les dispositions, libellées de façon tout à fait générale, de l'article 12, point a) de la loi précitée du 1<sup>er</sup> décembre 2012 auxquelles la disposition sous revue fait référence sous son point b) et qui exclut de son champ les marchés passés en vertu de règles internationales et plus précisément en vertu des règles de procédure spécifiques en application d'un accord ou d'un arrangement international, conclus entre l'État ou plusieurs États membres et un ou plusieurs pays tiers. Par ailleurs, le Conseil d'État ne voit pas l'intérêt qu'il y aurait, comme l'expliquent les auteurs du projet de loi au commentaire des articles, de „faire le lien avec les dispositions prévues dans le cadre du Livre I<sup>er</sup> relatives aux marchés passés en vertu de règles internationales“, et plus précisément à l'article 6, paragraphe 4. En effet, et vu qu'il s'agit de situations qui, comme le laisse entendre le texte du projet de loi, doivent remplir les conditions visées à l'article 6, une différence entre les situations visées par les deux dispositions du projet de loi sous revue n'apparaît guère. Le Conseil d'État suggère dès lors de renoncer au texte figurant sous le point c).

*Article 60 – Marchés et concours déclarés secrets ou devant s'accompagner de mesures particulières de sécurité*

L'article 60, qui transpose l'article 15, paragraphes 2 et 3, de la directive 2014/24/UE, exclut tout d'abord, au niveau de son paragraphe 1<sup>er</sup>, du champ du Livre II des marchés non visés par l'article 59, dont la publication selon les règles du Livre II ne permettrait pas de garantir la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État, à moins qu'il ne soit possible à l'État de recourir à des mesures moins intrusives que celles consistant à ne pas soumettre le marché public aux dispositions de la loi en projet pour garantir les intérêts en question. Il en est de même de marchés qui, au cas où la législation en projet venait à s'appliquer, obligeraient l'État à fournir des informations dont il estime la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité. La directive, et le projet de loi, se réfèrent, dans ce contexte, explicitement au texte de l'article 346, paragraphe 1<sup>er</sup>, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui, sous le point a), précise qu'aucun État membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité.

Le Conseil d'État constate que les dispositions proposées reprennent exactement le texte de la directive. Elles ne soulèvent dès lors pas d'observation de principe de sa part. Il estime toutefois que l'exemple repris de la directive et qui figure *in fine* du paragraphe 1<sup>er</sup> pour illustrer la notion de „mesures moins intrusives“ n'a pas sa place dans un texte normatif et est dès lors à omettre. Par ailleurs, la référence à l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne au paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2 n'est pas nécessaire, et ce d'autant plus que dans la suite du texte, le libellé exact de l'article 346 est repris.

L'article 60, paragraphe 2, prévoit ensuite la possibilité de déclarer certains marchés et concours secrets ou de les accompagner de mesures particulières de sécurité. Cette démarche doit s'appuyer sur les dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur doit établir que la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État ne peut être garantie par des mesures moins intrusives que celle consistant à ne pas soumettre le marché public aux dispositions de la loi en projet. De telles mesures sont visées au paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 60 et peuvent, d'après cette disposition, consister dans des conditions que le pouvoir adjudicateur imposera en vue de protéger la confidentialité des informations qu'il met à disposition dans le cadre d'une procédure d'attribution de marchés. Pour les raisons indiquées à l'endroit du paragraphe 1<sup>er</sup>, le renvoi aux mesures en question est à omettre. Par ailleurs, et s'il était décidé de maintenir tel quel le texte proposé, il conviendrait de se référer, *in fine* de l'article 60, non pas au paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, mais bien au paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>.

Enfin, le Conseil d'État estime qu'il serait indiqué de préciser la référence aux „dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur“ sur base desquelles la passation et l'exécution du marché public ou du concours seront déclarées secrètes ou devront s'accompagner de mesures particulières de sécurité. Il s'oppose formellement à ce texte pour les raisons déjà exposées à l'endroit de l'article 35.

*Article 61 – Marchés mixtes comportant des aspects ayant trait à la défense ou à la sécurité*

Cet article, qui transpose l'article 16 de la directive 2014/24/UE, règle la façon de procéder en présence de marchés qui sont mixtes et dont une partie a trait à la défense et à la sécurité de sorte que les achats qu'ils couvrent relèvent à la fois du Livre II ainsi que de l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou de la loi du 1<sup>er</sup> décembre 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité. Le texte proposé reprend celui de la directive et ne donne pas lieu à observation de principe de la part du Conseil d'État. Tout au plus pourrait-on préciser au paragraphe 1<sup>er</sup>, pour mieux faire ressortir le caractère „mixte“ des marchés concernés, que l'article s'applique „aux marchés mixtes qui ont à la fois pour objet des achats relevant du Livre II ainsi que des achats relevant de l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou de la loi du 1<sup>er</sup> décembre 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité“.

TITRE II

**Règles particulières applicables à la passation des marchés relevant du Livre II**

**Chapitre I<sup>er</sup> – Choix de la procédure et règles applicables**

*Observation générale concernant les articles 63 à 69 du Chapitre I<sup>er</sup>*

Le Conseil d'État constate que, dans la configuration des dispositions sous revue, les auteurs du projet de loi ont abandonné la structure de la directive. Ils introduisent tout d'abord les différentes procédures en y mêlant, ce que fait d'ailleurs également la directive, des conditions de recours à certaines de ces procédures. Ils traitent ensuite du dispositif d'exception que constitue la procédure négociée sans publication préalable. Enfin, ils reviennent aux autres procédures dans lesquelles le recours à la concurrence, à des degrés divers, est la règle, pour en expliciter le fonctionnement.

Afin d'augmenter la lisibilité du dispositif, le Conseil d'État propose de restructurer cette partie du texte comme suit: énumération dans un article 1<sup>er</sup> des procédures qui font, d'une façon ou d'une autre, appel à la concurrence (article 63); articles définissant les conditions du recours aux procédures visées par l'article 63 et donnant le détail de leur déroulement (articles 64 à 68); article spécifique consacré à la procédure négociée sans publication préalable (article 69).

*Section I – Conditions de recours aux procédures*

*Article 62 – Dispositions découlant de l'Accord sur les marchés publics (AMP) et d'autres conventions internationales*

L'article 62 reprend les dispositions de l'article 25 de la directive 2014/24/UE. Il précise que les pouvoirs adjudicateurs accordent aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des pays signataires d'un certain nombre de conventions internationales, et notamment de l'Accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce, et dans la mesure où les conventions en question le prévoient, un traitement non moins favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union européenne.

Même si une disposition analogue figure déjà à l'heure actuelle à l'article 52 de la loi précitée du 25 juin 2009, le Conseil d'État ne voit pas l'utilité qu'il y aurait de rappeler dans une norme de droit national des obligations internationales auxquelles l'État luxembourgeois aura souscrit. La disposition afférente serait partant à retirer du texte.

*Article 63 – Désignation des procédures*

L'article 63 transpose l'article 26 de la directive 2014/24/UE. La disposition en question énumère les différents types de procédures auxquelles les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir dans le cadre du Livre II.

Le paragraphe 1<sup>er</sup> précise que les procédures visées par l'article 63, et auxquelles il est recouru en principe, sont précédées d'un appel à la concurrence.

Le paragraphe 2 mentionne un premier bloc de procédures, à savoir les procédures de type ouvert et celles qui sont restreintes.

Le paragraphe 3 introduit un nouvel instrument, à savoir celui du partenariat d'innovation. Le texte renvoie dans ce contexte à la définition du nouvel instrument qui figure à l'article 3, paragraphe 2, point h) du projet de loi. Le Conseil d'État note que la définition précitée reprend la substance de l'article 31, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, de la directive 2014/24/UE et la combine à des éléments figurant au paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du même article. Une partie de cette définition sera ensuite reprise au moment de la transposition de l'article 31 de la directive, au niveau de l'article 69 du projet de loi, l'autre partie étant omise pour réapparaître au niveau de l'article 187, paragraphe 1<sup>er</sup>, du projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi sur les marchés publics et de la loi sur l'attribution des contrats de concession et portant modification du seuil prévu à l'article 106, point 10°, de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988. L'article 31 de la directive et son pendant au niveau du projet de loi contiennent ensuite d'autres éléments de définition qui viennent la parfaire et qui permettent de circonscrire avec plus de précision la notion de „partenariat d'innovation“. Les auteurs du projet de loi ont d'ailleurs procédé de la même façon lors de la rédaction de l'article 129 du projet de loi qui transpose l'article 49 de la directive 2014/25/UE pour introduire le partenariat d'innovation au niveau du Livre III. Face à ce constat, et vu que la notion de „partenariat d'innovation“ n'apparaîtra qu'à un nombre limité d'endroits de la nouvelle législation, et qu'il s'agit d'une notion complexe qui donnera certainement lieu, au début, à des difficultés d'application, le Conseil d'État suggère de ne pas l'inclure au niveau des définitions figurant en entrée au projet de loi, mais de transposer fidèlement le texte des deux directives en incluant la définition en question, à deux reprises, dans les articles 69 et 129 du projet de loi.

Le paragraphe 4 définit les conditions sous lesquelles il peut être recouru à la procédure concurrentielle avec négociation, qui correspond au marché négocié avec publication d'un avis de marché sous l'actuelle législation, et au dialogue compétitif. Le Conseil d'État note que les conditions sous lesquelles le recours à la procédure concurrentielle avec négociation est possible, ont été élargies et sont identiques à celles permettant désormais le recours au dialogue compétitif. Le Conseil d'État propose d'intégrer les conditions de recours à la procédure concurrentielle avec négociation et au dialogue compétitif aux articles 67 et 68 du projet de loi (articles 66 et 67 selon le Conseil d'État).

Le paragraphe 5 retient le principe que l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de marché, et cela „conformément aux règles prévues par voie de règlement grand-ducal“. L'avis de marché peut être remplacé par un avis de préinformation lorsque les pouvoirs adjudicateurs sous-centraux s'engagent dans une procédure restreinte ou une procédure concurrentielle avec négociation. La disposition en question précise ensuite la procédure à suivre en présence d'un avis de préinformation. Le recours à l'avis de préinformation et la procédure à suivre par la suite seront encadrés par des règlements grand-ducaux. Cette disposition ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'État.

Enfin, le paragraphe 6 renvoie à une disposition spécifique, en l'occurrence l'article 64 du projet de loi en vue de la définition des cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs pourront recourir à la procédure négociée sans publication préalable d'un appel à concurrence. Le Conseil d'État estime que cette disposition, bien que reproduisant, avec un libellé différent de celui du texte figurant sous l'article 26, paragraphe 6, de la directive 2014/24/UE, la substance du texte de la directive, est superflue, vu que l'article 64 (article 69 selon le Conseil d'État) du projet de loi définit avec toute la précision voulue les cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs pourront attribuer des marchés publics en recourant à la procédure négociée sans publication préalable.

L'article 63 serait dès lors à libeller comme suit (étant précisé que les renvois aux articles en question sont effectués selon la numérotation préconisée par le Conseil d'État):

„**Art. 63.** Lorsqu'un appel à la concurrence a été publié, la passation du marché public se fait selon l'une des procédures suivantes:

1. la procédure ouverte conformément aux modalités fixées à l'article 64;
2. la procédure restreinte conformément aux modalités fixées à l'article 65;
3. la procédure concurrentielle avec négociation, selon les conditions et modalités fixées à l'article 66;

4. le dialogue compétitif selon les conditions et les modalités fixées aux articles 66, paragraphe 1<sup>er</sup>, et 67;
5. le partenariat d'innovation selon les conditions et modalités fixées à l'article 68.“

*Article 64 (69 selon le Conseil d'État) – Recours à la procédure négociée sans publication préalable*

L'article 64 a trait à la procédure négociée sans publication préalable et énonce les conditions sous lesquelles il peut être recouru à cette procédure. Il transpose de façon fidèle l'article 32 de la directive 2014/24/UE et n'appelle dès lors pas d'observation de principe de la part du Conseil d'État.

Le Conseil d'État voudrait toutefois formuler un certain nombre d'observations concernant le détail du texte proposé:

Sous le point a) du paragraphe 2, la possibilité y prévue d'un recours à la procédure négociée sans publication préalable pour les marchés publics de travaux, de fournitures et de services est soumise à la condition qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne. Le texte précise cependant ensuite que cette „condition“ ne s'appliquerait qu'en cas de demande de la part de la Commission européenne. En définitive, le texte de la directive ne définit dès lors pas une vraie condition, mais réserve un pouvoir d'intervention dans le processus de passation du marché public à la Commission européenne. De l'avis du Conseil d'État, cette partie du dispositif ne devrait dès lors pas nécessairement être transposée par la loi en projet.

La phrase finale du paragraphe 2 prévoit que „les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne sont en aucun cas imputables au pouvoir adjudicateur“. Même si le texte afférent est repris fidèlement de la directive 2014/24/UE, le Conseil d'État estime qu'il faudrait écrire de façon plus correcte que les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse „ne doivent en aucun cas être imputables au pouvoir adjudicateur“.

Le Conseil d'État estime que la précision selon laquelle la disposition concernant la durée des marchés visés sous le point b) du paragraphe 3, à savoir trois ans, ne s'applique qu'„en règle générale“, et même si elle est reprise du texte de la directive 2014/24/UE, n'a pas sa place dans un texte à visée normative. Le Conseil d'État propose dès lors d'en faire abstraction.

Si le Conseil d'État est suivi dans sa proposition de reformulation de l'article 63, la référence à l'article 63, paragraphe 1<sup>er</sup>, figurant au paragraphe 5 serait à remplacer par une référence à l'article 63.

Enfin, à l'alinéa 3 du paragraphe 5, le Conseil d'État propose de reformuler le début de la phrase comme suit: „Il ne peut être recouru ...“.

*Section II – Les règles applicables aux procédures*

*Article 65 (64 selon le Conseil d'État) – Procédure ouverte*

L'article 65 décrit le déroulement de la procédure ouverte en reprenant les dispositions de l'article 27 de la directive 2014/24/UE. Il renvoie ensuite à des règlements grand-ducaux pour la définition du détail des règles de publication des appels à la concurrence, du délai minimal de réception des offres et des règles permettant de réduire ce délai.

L'article, qui reprend ici encore fidèlement le texte de la directive 2014/24/UE, n'appelle pas d'observation de principe de la part du Conseil d'État qui s'interroge toutefois sur la nécessité de préciser que l'offre présentée par l'opérateur économique doit être accompagnée des informations aux fins de la sélection qualitative réclamées par le pouvoir adjudicateur.

*Article 66 (65 selon le Conseil d'État) – Procédure restreinte*

L'article 66 reprend, dans son essence, le texte de l'article 28 de la directive 2014/24/UE pour décrire le déroulement de la procédure restreinte. Il renvoie ensuite à des règlements grand-ducaux pour la définition des règles relatives au délai minimal de réception des demandes de participation, au délai minimal de réception des offres, ainsi que des règles permettant de réduire ce dernier délai. Il n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

*Article 67 (66 selon le Conseil d'État) – Procédure concurrentielle avec négociation*

Cet article reprend les dispositions de l'article 29 de la directive 2014/24/UE pour définir le déroulement de la procédure concurrentielle avec négociation.

Selon le commentaire des articles, cette disposition ne figure pas dans la législation actuellement en vigueur. D'après l'exposé des motifs, la procédure en question s'apparente toutefois à la procédure reprise dans la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics sous la dénomination de „procédure négociée avec publication préalable d'un avis de marché“.

Ici encore, certains détails de la procédure, à savoir les règles relatives au délai minimal de réception des demandes de participation, le délai minimal de réception des offres et les règles permettant de réduire celui-ci seront fixés par voie de règlement grand-ducal.

Le Conseil d'État renvoie à ses observations concernant l'article 63, paragraphe 4, et à sa proposition de faire figurer le texte afférent qui définit les conditions du recours à la procédure concurrentielle avec négociation, en introduction à l'article sous revue.

Au paragraphe 3, le Conseil d'État propose de renoncer au début de phrase qui, même s'il est repris de la directive 2014/24/UE, est mal libellé. Le paragraphe 4 auquel il est fait référence prévoit en effet directement une exception à la procédure développée au paragraphe 3, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'écrire „sauf disposition contraire au paragraphe 4“. Le paragraphe 3 serait, le cas échéant, à introduire par les mots „sans préjudice du paragraphe 4“. Alternativement, les auteurs du projet de loi pourraient renoncer au début de phrase qu'ils proposent et introduire le paragraphe 4 par les mots „par dérogation au paragraphe 3“.

Au paragraphe 6, la référence à l'article 75 du projet de loi qui traite de la procédure de réduction du nombre d'offres et de solutions n'ajoute rien à la substance de la disposition. Elle peut dès lors être omise.

Au paragraphe 7, il convient de se référer correctement au pendant des articles 66 à 69 de la directive 2014/24/UE, à savoir les articles 35, 37, 38 et 75.

La disposition sous revue n'appelle pas d'autre observation de la part du Conseil d'État.

#### *Article 68 (67 selon le Conseil d'État) – Dialogue compétitif*

L'article 68 transpose l'article 30 de la directive 2014/24/UE. Il définit les différentes étapes de la procédure du dialogue compétitif. L'article reprend dans sa substance le dispositif figurant aux articles 210 à 218 du règlement grand-ducal précité du 3 août.

Les règles relatives au délai minimal de réception des demandes de participation seront fixées ici encore par voie de règlement grand-ducal.

Si le Conseil d'État est suivi dans ses propositions formulées à l'endroit de l'article 63, la disposition sous revue serait à compléter par un renvoi aux conditions de recours à la procédure concurrentielle avec négociation que le Conseil d'État propose d'insérer à l'endroit de l'article 67 (66 selon le Conseil d'État).

D'après l'alinéa 3 du paragraphe 3, les pouvoirs adjudicateurs ne révéleront pas aux autres participants au dialogue compétitif les solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un candidat ou un soumissionnaire, sauf l'accord de celui-ci. Le Conseil d'État note que ce processus sera encadré par la voie d'un règlement grand-ducal.

L'article 68 n'appelle pas d'autre observation de la part du Conseil d'État.

#### *Article 69 (68 selon le Conseil d'État) – Partenariat d'innovation*

Le partenariat d'innovation constitue une nouvelle forme de passation des marchés publics prévue à l'article 31 de la directive 2014/24/UE qui est transposé en l'occurrence.

Le paragraphe 1<sup>er</sup> instaure le principe du nouvel instrument et renvoie à des règlements grand-ducaux pour la définition des règles de publication de l'avis de marché qui déclenche la procédure et des règles relatives au délai minimal de réception des demandes de participation.

Le paragraphe 2 décrit l'objectif poursuivi à travers l'instauration d'un partenariat d'innovation.

Les paragraphes 3 à 6 contiennent des éléments de procédure relatifs à la mise en place du partenariat d'innovation.

Le paragraphe 7 invite le pouvoir adjudicateur à veiller au respect de certains principes.

Le Conseil d'État renvoie à ses observations concernant l'article 63, paragraphe 3. Si le Conseil d'État était suivi dans ses observations, l'article 69 serait à compléter par le texte figurant à l'article 31, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de la directive 2014/24/UE. Le Conseil d'État note par ailleurs que les auteurs

du projet de loi ont également renoncé à la transposition par le biais de la loi du dernier alinéa du paragraphe 6 de l'article 31 de la directive 2014/24/UE qui fait référence à la définition dans les documents de marché des dispositions applicables aux droits de propriété intellectuelle et qui par ailleurs a trait aux obligations de confidentialité qui s'imposent au pouvoir adjudicateur en cas de partenariat d'innovation associant plusieurs partenaires. Le Conseil d'État note que ces dispositions sont transposées à l'article 187, paragraphe 2, du projet de règlement grand-ducal précité, disposition qui elle-même opère de nouveau un renvoi à un règlement grand-ducal qui fixe les règles sur la confidentialité. En ce qui concerne les règles de confidentialité, le Conseil d'État relève que les règles du même type s'appliquant en matière de dialogue compétitif et de partenariat d'innovation sont transposées par la loi aux articles 68, paragraphe 3, alinéa 3 et 69, paragraphe 4, alinéa 2, à un niveau général. Afin d'assurer la cohérence dans la méthode de transposition de la directive, le Conseil d'État préconise que l'intégralité de l'article 31 de la directive 2014/24/UE soit transposée par le biais de la loi, y inclus dès lors le dernier alinéa du paragraphe 6.

## **Chapitre II – Règles applicables à certains modes et techniques de passation des marchés publics**

### *Article 70 – Des systèmes d'acquisition dynamiques, enchères électroniques et catalogues électroniques*

D'après le commentaire des articles, l'article 70 transpose les dispositions de l'article 33 de la directive 2014/24/UE. Toujours selon le commentaire des articles, cette disposition se limiterait à prévoir la base légale pour l'introduction des systèmes d'acquisition dynamiques, des enchères électroniques et des catalogues électroniques, les modalités et conditions d'utilisation de ces instruments étant définies par voie de règlement grand-ducal.

Le Conseil d'État constate qu'en fait l'article 70 ne transpose pas l'article 33 de la directive 2014/24/UE qui a trait à l'instrument de l'accord-cadre. Les systèmes d'acquisition dynamiques, les enchères électroniques et les catalogues électroniques sont visés par les dispositions des articles 34, 35 et 36 de la directive. Le renvoi au niveau de l'article 70 à l'article 5, paragraphe 3, points b) et d) du projet de loi est par ailleurs erroné et devrait se faire aux dispositions de l'article 4, points b), c) et d) qui donnent les définitions, en vue de l'application des Livres I et II, des systèmes électroniques mentionnés à l'article 70 du projet de loi.

## **Chapitre III – Choix des participants et attribution des marchés**

### *Section I – Principes généraux et moyens de vérification des offres applicables dans le cadre du Livre II*

#### *Article 71 – Vérification de la situation des soumissionnaires et, le cas échéant, des entités aux capacités desquelles un soumissionnaire entend avoir recours*

D'après le commentaire des articles, l'article 71 reproduirait le texte de l'article 63, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3, première phrase de la directive 2014/24/UE. Il aurait pour vocation d'introduire des moyens de vérification spécifiques au Livre II trouvant leur origine dans la directive 2014/24/UE, à savoir le document unique de marché européen (DUME) et e-Certis. Le Conseil d'État ne comprend pas ce renvoi à l'article 63, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3, première phrase, de la directive 2014/24/UE qui a trait à certaines modalités du recours par l'opérateur économique, qui formule une offre, aux capacités d'autres entités. En définitive, l'article 71 ne fait que rappeler une partie des dispositions sur la base desquelles le pouvoir adjudicateur procédera pour vérifier si le soumissionnaire et ses éventuels sous-traitants ne tombent pas sous l'un des motifs d'exclusion prévus par la loi et pour opérer le choix de l'offre. À la limite, le texte est superflu.

#### *Article 72 – Document unique de marché européen (DUME)*

L'article 72 transpose une partie de l'article 59 de la directive 2014/24/UE.

Le paragraphe 1<sup>er</sup> décrit le contenu du document unique de marché européen. Le Conseil d'État suggère tout d'abord de ne pas reproduire littéralement le texte de la directive et d'écrire que „[l]ors du dépôt des demandes de participation ou d'offres, selon le cas, les candidats ou soumissionnaires produisent le Document unique de marché européen ...“. Le Conseil d'État renvoie à la loi belge précitée du 17 juin 2016 qui, dans son article 73, paragraphe 1<sup>er</sup>, dispose que „[l]ors du dépôt des

demandes de participation ou d'offres, selon le cas, les candidats ou soumissionnaires produisent le Document unique de marché européen, qui consiste en une déclaration sur l'honneur propre actualisée et qui est accepté par le pouvoir adjudicateur à titre de preuve a priori en lieu et place des documents ou certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers pour confirmer que le candidat ou soumissionnaire concerné remplit, toutes les conditions suivantes: (...)“.

Le Conseil d'État propose ensuite d'écrire *in fine* de la phrase introductive que l'opérateur économique remplit ou bien „les conditions suivantes“ ou „toutes les conditions suivantes“. La formulation utilisée par les auteurs du projet de loi, bien que reprise du texte de la directive, ne correspond en effet manifestement pas au sens que les auteurs ont voulu donner à la disposition.

Le paragraphe 2 précise que le document unique de marché européen prendra la forme d'un formulaire établi par la Commission européenne et qu'il sera rendu accessible dans le système e-Certis. La Commission procédera au moyen d'actes d'exécution qui seront adoptés selon la procédure d'examen visée à l'article 89, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE. Le Conseil d'État propose de reformuler le paragraphe 2 de la façon suivante en vue d'éviter de faire figurer dans la loi nationale des „invitations à faire“ adressées à la Commission européenne:

„Le Document unique de marché européen est établi sur la base du modèle fixé par la Commission européenne et est fourni uniquement sous forme électronique.“

Le Conseil d'État note enfin que le renvoi à l'article 164 est erroné – il s'agit en fait de l'article 163 du projet de loi sous examen – et que de toute façon il est superfétatoire. Cette observation vaut également pour le renvoi figurant au paragraphe 5, alinéa 2. Le Conseil d'État renvoie encore à ses observations concernant l'article 23, paragraphe 3, du projet de loi.

Les paragraphes 3, 4 et 5 déterminent un certain nombre de modalités d'utilisation du document unique de marché européen. Y sont notamment définies les conditions dans lesquelles le pouvoir adjudicateur pourra demander la production de tout ou partie des documents justificatifs que le document unique de marché européen est censé remplacer. Le paragraphe 5 précise ainsi que les opérateurs économiques ne sont pas tenus de présenter des documents justificatifs ou d'autres pièces justificatives lorsque le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'obtenir directement les certificats ou les informations pertinentes en accédant à une base de données nationale qui est accessible gratuitement.

Le Conseil d'État estime que les exemples qui sont ensuite fournis et qui sont inspirés du texte de la directive 2014/24/UE n'ajoutent rien à la substance normative du texte et sont à omettre.

Le Conseil d'État s'interroge par ailleurs sur la nature et la configuration de la banque de données mentionnée par le projet de loi. Par ailleurs, et afin de transposer complètement le texte de la directive, il demande de se référer au paragraphe 5, sous peine d'opposition formelle, à „une base de données nationale dans un État membre“.

Le Conseil d'État se demande encore pourquoi le projet de loi sous examen se réfère de façon déterminée à „un système de préqualification“ qui n'est mentionné nulle part ailleurs dans le projet de loi, là où la directive fait référence à un système de préqualification qui n'est pas autrement déterminé.

#### *Article 73 – Base de données de certificats en ligne (e-Certis)*

L'article 73 transpose en droit interne l'article 61, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE. La disposition prévoit que les pouvoirs adjudicateurs ont recours à la base de données de certificats en ligne e-Certis et exigent principalement les types de certificats ou les formes de pièces justificatives qui sont prévus par le système en question.

Le renvoi aux dispositions transitoires de l'article 164 est à omettre comme étant superfétatoire. Le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 23, paragraphe 3.

Le Conseil d'État note que l'article 61, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la directive 2014/24/UE, d'après lequel les États membres veillent à ce que les informations relatives aux certificats et aux autres formes de pièces justificatives introduites dans la base de données soient tenues à jour en permanence, n'est pas transposé par la disposition légale sous examen. Le Conseil d'État constate que l'article 280 du projet de règlement grand-ducal précité prévoit que le Gouvernement rend accessibles et met à jour les données qui doivent figurer dans la base de données. Le Conseil d'État recommande que soit la loi, soit le règlement grand-ducal, déterminent avec précision quelle sera l'administration en charge de cette obligation que la directive fait peser sur les destinataires de son prescrit.

*Section II – Réduction du nombre de candidats, d’offres et de solutions*

*Article 74 – Réduction du nombre de candidats invités à participer et qui remplissent par ailleurs les conditions requises*

Les dispositions de l’article 74 constituent la transposition de l’article 65 de la directive 2014/24/UE. Elles règlent le processus selon lequel il peut être procédé à la réduction du nombre de candidats invités à participer dans les procédures restreintes, les procédures concurrentielles avec négociation, les dialogues compétitifs et les partenariats d’innovation.

La disposition ne donne pas lieu à des observations de principe de la part du Conseil d’État. À l’instar de la loi belge précitée du 17 juin 2016, il propose cependant de reformuler la phrase finale du paragraphe 2, alinéa 2 et de dire que „le nombre de candidats invités doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle“.

*Article 75 – Réduction du nombre d’offres et de solutions*

L’article 75 transpose l’article 66 de la directive 2014/24/UE. La disposition en question a trait au processus d’après lequel les pouvoirs adjudicateurs peuvent procéder à la réduction du nombre d’offres et de solutions, facultés qui leur sont réservées par l’article 67, paragraphe 6 (procédure concurrentielle avec négociation) et l’article 68, paragraphe 4 (dialogue compétitif) du projet de loi.

Pour renforcer le caractère normatif de la disposition, le Conseil d’État propose d’écrire à la dernière phrase que „ce nombre doit permettre d’assurer une concurrence réelle“.

Le texte n’appelle pas d’autre observation de la part du Conseil d’État.

TITRE III

**Systèmes spéciaux de passation de marchés**

**Chapitre I<sup>er</sup> – Services sociaux et autres services spécifiques**

*Article 76 – Attribution de marchés pour des services sociaux et d’autres services spécifiques*

L’article en question transpose l’article 74 de la directive 2014/24/UE. Il instaure un régime particulier applicable aux marchés publics de services sociaux et d’autres services spécifiques énumérés à l’annexe IV du projet de loi lorsque la valeur des marchés publics afférents dépasse un certain seuil. Le Conseil d’État attire l’attention des auteurs du projet de loi sur le fait que, dans le sillage des amendements opérés le 31 août 2016 à l’endroit des dispositions de l’article 52, paragraphe 1<sup>er</sup>, il convient de remplacer le renvoi à l’article 52, point d), par un renvoi aux dispositions pertinentes de la directive 2014/24/UE.

Le paragraphe 2 de l’article 74 renvoie, dans le domaine sous revue, à des règles particulières de publication des avis de marché par voie de règlement grand-ducal. Le Conseil d’État note que la directive 2014/24/UE prévoit des règles concernant la publicité dans le domaine sous revue au niveau de son article 75, article qui sera transposé dans la réglementation luxembourgeoise par le biais des articles 190 et 191 du projet de règlement grand-ducal précité.

L’article 76 ne donne pas lieu à d’autres observations de la part du Conseil d’État.

*Article 77 – Principes d’attribution de marchés*

À l’article 77, les auteurs du projet de loi utilisent la marge de manœuvre que l’article 76 de la directive 2014/24/UE laisse aux États membres en leur donnant la possibilité d’édicter des règles nationales au niveau des principes d’attribution des marchés publics sociaux et d’autres services spécifiques énumérés à l’annexe IV du projet de loi. L’article 77 offre, pour les services visés par l’article 76 du projet de loi, une plus grande souplesse au pouvoir adjudicateur en relation avec le choix des différentes procédures, que ce soit la procédure ouverte, la procédure restreinte, la procédure concurrentielle avec négociation ou le partenariat d’innovation, mais également la procédure négociée sans publication préalable, le pouvoir adjudicateur devant simplement respecter les principes de transparence et d’égalité de traitement des opérateurs économiques (paragraphe 1<sup>er</sup>). Le degré de souplesse supplémentaire introduit varie cependant selon la procédure utilisée. À y regarder de plus près, les conditions et modalités définies de façon plus précise pour le recours aux différentes procédures ne



diffèrent guère de celles applicables en principe aux marchés publics. En définitive, il est seulement dérogé aux conditions de recours à la procédure concurrentielle avec négociation. En ce qui concerne la procédure négociée sans publication préalable, le texte précise encore que le pouvoir adjudicateur devra se trouver dans les conditions prévues à l'article 64 (69 selon le Conseil d'État) du projet de loi sous examen s'il compte y recourir.

Le paragraphe 2 reprend ensuite les dispositions du paragraphe 2 de l'article 76 de la directive 2014/24/UE en énumérant un certain nombre de paramètres que les pouvoirs adjudicateurs prendront en compte lors du processus qui mènera à l'attribution du marché. Dans sa dernière phrase, le paragraphe 2 précise enfin que le choix du prestataire de services pourra être opéré sur base de l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix. Ici encore, il s'agit d'une règle qui ne diffère pas de celle définie, dans cette perspective, à l'article 35 du projet de loi qui développe les critères d'attribution des marchés, tout en complétant cette définition par une vague référence à des critères de qualité et de durabilité en ce qui concerne les services à caractère social.

Le Conseil d'État, tout en reconnaissant que les auteurs du projet de loi épousent étroitement les contours du texte de la directive, s'interroge toutefois sur l'apport normatif du texte proposé, notamment pour ce qui est du paragraphe 2. Concernant l'ensemble du dispositif, il se demande s'il ne serait pas indiqué de profiter de la marge que la directive 2014/24/UE laisse aux États membres pour définir dans la loi un régime ou une procédure spécifique applicable aux services sociaux et autres services spécifiques visés par l'annexe IV du projet de loi. Il note au passage que le législateur belge, après avoir fait référence à certaines des procédures prévues par la directive 2014/24/UE, prévoit pour le pouvoir adjudicateur une possibilité de „recourir à une procédure *sui generis* avec publication préalable dont il fixe les modalités<sup>7</sup>. Il est ensuite précisé dans la loi belge que l'ensemble de ces procédures „doivent, en tout état de cause, respecter les principes de transparence, de proportionnalité et d'égalité de traitement des opérateurs économiques<sup>8</sup>.

Se pose dès lors la question s'il ne serait pas indiqué de retravailler l'article sous revue. Au minimum, les auteurs du projet de loi sous examen devraient motiver les choix qu'ils ont opérés en l'occurrence. Le commentaire des articles ne fournit en effet, en dehors d'une référence aux considérants de la directive, aucune indication à ce niveau.

#### *Article 78 – Marchés réservés pour certains services*

L'article 78 transpose l'article 77 de la directive 2014/24/UE. Il prévoit la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de réserver les marchés qui y sont visés et qui couvrent essentiellement les services de santé, sociaux ou culturels aux organisations qui correspondent à la définition qui est donnée à l'article 78, paragraphe 2, du projet de loi.

Le Conseil d'État propose de reformuler le texte et de viser au paragraphe 1<sup>er</sup> les „organisations remplissant les conditions fixées au paragraphe 2<sup>e</sup>. En ce qui concerne le paragraphe 2, il conviendrait de le rédiger systématiquement dans la perspective du singulier sous les points a) à d).

## **Chapitre II – Règles applicables aux concours**

#### *Article 79 – Champ d'application*

L'article 79 transpose l'article 78 de la directive 2014/24/UE. Il définit les deux types de concours qui tombent dans le champ d'application de la loi. Il détermine ensuite, en vue de l'application des seuils de l'article 52 du projet de loi, la façon dont sont calculés les montants en jeu, y compris la valeur estimée hors TVA du marché public sur lequel débouchera le concours.

Ce texte, qui reprend fidèlement le prescrit de la directive 2014/24/UE, n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

#### *Article 80 – Règles concernant l'organisation des concours et la sélection des participants*

L'article 80, qui transpose l'article 80 de la directive 2014/24/UE, définit les règles selon lesquelles les concours et la sélection des participants sont organisés.

<sup>7</sup> Article 89 de la loi belge du 10 juin 2016 relative aux marchés publics.

<sup>8</sup> *Ibid.*

Le Conseil d'État constate le manque de précision du paragraphe 1<sup>er</sup> selon lequel, pour organiser des concours, les pouvoirs adjudicateurs appliquent des procédures qui sont conformes aux dispositions du „présent Livre“. Il note toutefois que cette imprécision trouve sa source dans le texte de la directive 2014/24/UE. Sous le point a) du paragraphe 2, il convient de se référer au territoire du Grand-Duché de Luxembourg, la référence au territoire ou à une partie du territoire d'un État membre de l'Union européenne étant dépourvue de sens vu le contexte. Par ailleurs, le Conseil d'État demande d'écrire au point b) „en vertu de la loi ou d'un règlement grand-ducal, d'être soit des personnes physiques, soit des personnes morales“<sup>9</sup>. Enfin, dans la phrase finale du paragraphe 3, le Conseil d'État propose d'écrire que „[d]ans tous les cas, le nombre de candidats invités à participer aux concours doit être suffisant pour garantir une concurrence réelle“.

*Article 81 – Composition du jury*

L'article 81, qui est la copie conforme de l'article 81 de la directive 2014/24/UE, règle la composition du jury. Il ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'État.

*Article 82 – Décisions du jury*

L'article 82, qui transpose l'article 82 de la directive 2014/24/UE, règle la façon dont sont prises les décisions du jury. Il n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

TITRE IV

**Règles d'exécution**

*Article 83 – Règles d'exécution*

L'article 83, qui reprend le texte de l'article 54 de la loi précitée du 25 juin 2009, prévoit que les mesures d'exécution du Livre II seront prises par voie de règlement grand-ducal. Le Conseil d'État se demande si le règlement grand-ducal en question portera, vu son intitulé, exclusivement sur l'institution d'un cahier général des charges applicable aux marchés publics d'une certaine envergure.

\*

LIVRE III

**DISPOSITIONS SPÉCIFIQUES AUX MARCHÉS PUBLICS  
DANS LES SECTEURS DE L'EAU, DE L'ÉNERGIE, DES  
TRANSPORTS ET DES SERVICES POSTAUX**

TITRE I<sup>er</sup>

**Champ d'application, définition et principes généraux**

**Chapitre I<sup>er</sup>. – *Objet, champ d'application et définitions***

*Article 84 – Objet et champ d'application du Livre III*

Les paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 reprennent les paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 de l'article 1<sup>er</sup> de la directive 2014/25/UE. Afin de clarifier l'articulation des Livres I et III dans le sens du paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 1<sup>er</sup>, il convient de préciser que „Le présent Livre établit les règles spéciales applicables ...“.

Les paragraphes 3 et 4 sont à omettre, étant donné qu'ils ne font que reprendre le principe selon lequel les directives européennes en matière de marchés publics n'entendent pas restreindre la liberté des États membres en ce qui concerne la définition de services d'intérêt économique général ou celle d'assumer eux-mêmes des activités économiques.

Le paragraphe 5 (3 selon le Conseil d'État) exclut du domaine d'application du Livre III les services non-économiques d'intérêt général. Cette exclusion figure au paragraphe 6 de l'article 1<sup>er</sup> de la direc-

<sup>9</sup> Cf. Article 50 de la loi belge du 10 juin 2016 relative aux marchés publics.

tive 2014/25/UE. Le Conseil d'État relève que si les services non économiques d'intérêt général se trouvent exclus du champ d'application du Livre III, ils sont en revanche susceptibles de relever des Livres I et II. En vertu de l'article 76, les services sociaux et autres services énumérés à l'Annexe I relèvent du Livre II si le seuil de l'article 5, d) est dépassé; seul un type de service non-économique d'intérêt général, les „services de sécurité sociale obligatoire“, est en effet exclu du champ d'application de la loi dans son ensemble par une note de bas de page de l'Annexe I. Quand bien même la directive 2014/24/UE ne comporte pas de disposition explicite à ce sujet, le considérant n° 6 de la directive 2014/24/UE prend soin „de préciser que les services d'intérêt général non économiques ne devraient pas relever du champ d'application de la présente directive.“

#### *Article 85 – Définitions*

À la définition 21, il y a lieu de remplacer la référence au „règlement (CE) visé à l'article 41 de la directive 2014/25/UE“ par une référence directe au règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV):

„(21) Les références aux nomenclatures dans le cadre de la passation des marchés publics renvoient aux codes CPV prévus par le règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics, tels qu'adaptés par des actes délégués de la Commission européenne. (...)“

Au même endroit, il convient de modifier le texte pour prévoir la publication d'un avis non plus au Mémorial, mais au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg.

Le Conseil d'État doit marquer son opposition formelle à l'encontre de l'alinéa final de l'article 85, vu que la formule selon laquelle „les entités adjudicatrices et les opérateurs peuvent également se référer aux définitions énoncées aux articles 3 et 4“ n'assure pas la sécurité juridique du fait de son caractère facultatif („peuvent également“) et parce qu'il n'est pas énoncé à quelles fins les pouvoirs publics pourraient se référer aux définitions des articles 3 et 4. Il est d'autre part problématique que le renvoi ne soit pas limité aux seuls cas dans lesquels le Livre III ne comporte aucune définition des notions concernées.

Les autres définitions, qui sont reprises de l'article 2 de la directive 2014/25/UE, ne donnent pas lieu à observation.

#### *Article 86 – Pouvoirs adjudicateurs*

Au lieu d'insérer une nouvelle fois la définition du „pouvoir adjudicateur“ à l'article 86, les auteurs du projet auraient pu faire un renvoi au point a) de l'article 2, qui est identique à l'article sous examen. Ce d'autant plus que la notion de pouvoir adjudicateur n'est définie qu'aux fins d'être utilisée dans la définition de la notion d'„entité adjudicatrice“, employée dans la suite du Livre III. Si la définition est maintenue, il y a lieu de tenir compte des observations formulées par le Conseil d'État à l'encontre de l'article 2 du projet.

#### *Article 87 – Entités adjudicatrices*

À l'instar de la directive 2014/25/UE, le Livre III du projet de loi utilise l'expression „entité adjudicatrice“ pour désigner les pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques et les entreprises, même privées, jouissant de droits spéciaux ou exclusifs qui assument l'une des activités visées aux articles 90 et suivants du projet de loi.

Au point b) du paragraphe 1<sup>er</sup> et à l'alinéa 1<sup>er</sup> du paragraphe 3, il est nécessaire d'omettre la restriction selon laquelle seuls les droits accordés à une „autorité compétente de l'État“ sont visés. La formule „une autorité compétente d'un État membre“ employée dans les dispositions correspondantes de la directive 2014/25/UE vise en effet toutes les autorités des États membres habilitées à accorder des droits spéciaux ou exclusifs, ce qui inclut les communes. Afin d'assurer une transposition conforme de la directive, les mots „de l'État“ sont à omettre aux deux endroits visés, sous peine d'opposition formelle.

Le point b) de l'alinéa 2 du paragraphe 3, tel qu'amendé (amendement gouvernemental n° 27 du 31 août 2016), renvoie simplement à l'annexe II de la directive. Cette annexe énumère quatre directives et un règlement ayant prévu des procédures pour l'octroi de diverses autorisations. Cette annexe peut être modifiée par la Commission européenne, mais uniquement „lorsque cette modification est rendue nécessaire par l'adoption de nouveaux actes juridiques, ou par l'abrogation ou la modification de tels

actes“ (Article 4, paragraphe 4, de la directive). Concernant le renvoi aux directives, le Conseil d’État a rappelé dans son avis du 27 novembre 2012 concernant le projet de loi sur le secteur des assurances (doc. parl. n° 6456<sup>2</sup>) sa position de principe selon laquelle „la loi nationale a pour objet de transposer la directive en droit national et [...] cet acte de transposition doit être complet. Un renvoi, dans l’acte de transposition, à la directive est, en principe, à proscrire. Dans la mesure où un tel renvoi est censé suppléer l’absence de mesures de transposition en droit national, il est inadmissible. Dans la mesure où le renvoi est destiné à mettre en évidence le lien avec la directive à transposer, à souligner la conformité de la norme nationale avec la directive, ou à situer le champ d’application de la norme nationale par rapport à celui de la directive, le renvoi ne saurait être censuré au motif d’une transposition incorrecte ou incomplète de la directive. Il n’en reste pas moins qu’il s’agit d’une technique législative sur laquelle le Conseil d’État doit exprimer ses réserves“. En l’occurrence, il y a lieu dès lors de remplacer les renvois aux directives en question par des renvois aux lois nationales de transposition. Le Conseil d’État demande donc aux auteurs du texte d’insérer ces renvois dans le texte du projet ou dans une annexe, étant précisé que l’Annexe IX du projet initial présentait les mêmes défauts, étant donné qu’elle comportait également des renvois vers les directives ici visées et non pas vers les lois qui en assurent la transposition.

#### *Article 88 – Marchés mixtes couvrant la même activité*

L’article 88 vise des marchés qui ont trait à une seule des activités visées au chapitre 2 qui sont mixtes:

- parce qu’ils concernent plusieurs types d’achats (fournitures, travaux ou services), ou
- parce qu’ils sont soumis à plusieurs régimes juridiques (régime du secteur spécial, régime classique ou encore régime de concession).

Le régime applicable aux marchés mixtes qui concernent à la fois la prestation de services et la fourniture de produits ou la prestation de services et des activités de travaux ou encore la fourniture de produits et des activités des travaux est déterminé conformément aux dispositions du paragraphe 2 tandis que pour les marchés soumis à plusieurs régimes juridiques, il y a lieu de se référer aux paragraphes 3 à 5.

Cet article, rédigé sur le modèle de l’article 5 de la directive 2014/25/UE, ne donne pas lieu à observation.

#### *Article 89 – Marchés couvrant plusieurs activités*

L’article 89 concerne les marchés publics destinés à la poursuite de plusieurs activités différentes relevant toutes des secteurs spéciaux.

S’il est possible de déterminer l’activité principale, le paragraphe 2 prévoit que le marché est régi par les règles applicables à cette activité. Dans le cas contraire, le paragraphe 3 énonce trois règles permettant d’identifier le régime applicable.

L’article suit la trame de l’article 6 de la directive 2014/25/UE et ne donne pas lieu à observation.

C’est à juste titre que les auteurs du projet ont inséré au point c) un renvoi à la future loi sur l’attribution des contrats de concession (projet de loi n° 6984). Le renvoi à la directive 2014/25/UE figurant à l’article 5, paragraphe 3, point c), de la directive est en effet dénué de sens puisque la directive renvoie à elle-même.

## **Chapitre II. – Activités**

#### *Article 90 – Dispositions communes*

L’article 90, alinéa 1<sup>er</sup>, assure la transposition de l’article 7 de la directive 2014/25/UE, en précisant que le terme „alimentation“, employé aux articles 91 à 93, est à entendre comme comprenant la production, la vente en gros et la vente en détail.

D’après la doctrine, „si la précision semble *a priori* curieuse, dans la mesure où l’alimentation du réseau ne semble, littéralement, pas comprendre la „sortie“ d’électricité, vers les particuliers, en aval du réseau, elle ne semble cependant pas pouvoir être ignorée et reflète clairement la volonté du législateur européen de soumettre également la vente d’électricité à la réglementation relative aux marchés publics. Cet ajout étend donc considérablement le champ d’application du régime des secteurs

spéciaux.<sup>10</sup> Cette opinion est cependant en apparence contradiction avec le considérant 23 de la directive 2014/25/UE, qui paraît au contraire indiquer que le champ d'application de la directive ne doit pas être étendu: „Sans étendre en aucune façon le champ d'application de la présente directive, il y a lieu de spécifier que lorsque la présente directive renvoie à l'alimentation en électricité, elle couvre sa production, sa vente en gros et sa vente de détail.“<sup>11</sup>

*Article 91 – Gaz et chaleur*

Sans observation.

*Article 92 – Électricité*

Sans observation.

*Article 93 – Eau*

Sans observation.

*Article 94 – Services de transport*

Au second alinéa, la restriction aux services dont les conditions de fourniture sont déterminées par une „autorité compétente de l'État“ doit être omise. En effet, la disposition correspondante de la directive 2014/25/UE vise toute „autorité compétente d'un État membre“, ce qui inclut les communes. Afin d'assurer une transposition conforme de la directive, les mots „de l'État“ sont à omettre, sous peine d'opposition formelle.

*Article 95 – Ports et aéroports*

Sans observation.

*Article 96 – Services postaux*

Sans observation.

*Article 97 – Extraction de pétrole et de gaz et exploration et extraction de charbon et d'autres combustibles solides*

Sans observation.

### **Chapitre III. – Champ d'application matériel**

#### *Section I<sup>re</sup> – Seuils*

*Article 98 – Montants des seuils*

L'article 98 du projet de loi vise à transposer en droit interne les dispositions de la directive 2014/25/UE ayant trait aux seuils d'application. Étant donné les similitudes entre les deux dispositions en projet, le Conseil d'État renvoie aux observations déjà formulées à l'endroit de l'article 52 du projet sous examen.

*Article 99 – Méthodes de calcul de la valeur estimée du marché*

L'article 99 du projet de loi reprend fondamentalement les mêmes dispositions que l'article 53 en projet. Le Conseil d'État renvoie aux observations formulées à l'endroit de cette disposition.

Au paragraphe 9 de l'article sous examen, le renvoi à „l'article 98, lettres b) et c)“ est inopérant dès lors que les points b) et c) de cet article ont disparu suite à l'amendement gouvernemental n° 26 du 31 août 2016. L'article sous examen doit être adapté, sous peine d'opposition formelle, pour insécurité juridique.

<sup>10</sup> Virginie DOR et Marie VASTMANS, *Commentaire article par article de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics*, Waterloo, éd. Wolters Kluwer, 2016, p. 435.

<sup>11</sup> Directive 2014/25/UE, considérant 23.

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

*Sous-section I<sup>er</sup> – Exclusions applicables à toutes les entités adjudicatrices et exclusions spéciales pour les secteurs de l'eau et de l'énergie*

*Article 100 – Marchés passés à des fins de revente ou de location à des tiers*

Sans observation.

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

L'article sous examen ne donne pas lieu à observation. Le Conseil d'État voudrait cependant suggérer de remplacer la référence à la Communauté européenne par une référence à l'Union européenne, et ce nonobstant le fait que l'article 19 de la directive 2014/25/UE se réfère également toujours à „l'intérieur de la Communauté“.

*Article 102 – Marchés passés et concours organisés en vertu de règles internationales*

La disposition sous examen exempte du respect du Livre III les marchés et concours régis par des procédures internationales qui diffèrent de celles prévues par la loi. Il s'agit, en substance, d'éviter les conflits entre deux règles différentes.

Comme la teneur de l'article 102 est identique aux paragraphes 1<sup>er</sup> à 3 de l'article 6, le Conseil d'État propose de simplifier la rédaction de la loi en projet en donnant à l'article 102 la teneur suivante:

„L'article 6, paragraphes 1<sup>er</sup> à 3, est applicable aux marchés publics visés par le présent Livre.“

*Article 103 – Exclusions spécifiques pour les marchés de services*

Par analogie à l'article 56 de la loi en projet, l'article 103 exclut du champ d'application du Livre III une série de marchés de services. La disposition, dont la rédaction s'inspire de l'article 21 de la directive 2014/25/UE, ne donne pas lieu à observation sur le fond. Concernant les points i. et ii. du point c), le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 56.

*Article 104 – Marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif*

Dans la mesure où l'article 104 a une teneur identique à l'article 7 du projet, le Conseil d'État propose de reformuler l'article 104 de la manière suivante:

„L'article 7 est applicable aux marchés publics visés par le présent Livre.“

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

Sans observation.

*Sous-section II – Passation de marchés comportant des aspects ayant trait à la défense ou à la sécurité*

*Article 106 – Défense et sécurité*

L'article 106 reprend, pour l'essentiel, les mêmes dispositions que les articles 59 et 60 du projet de loi. Le Conseil d'État renvoie dès lors aux observations formulées à l'endroit des articles 59 et 60.

*Article 107 – Marchés mixtes couvrant la même activité et comportant des aspects ayant trait à la défense ou à la sécurité*

L'article 107 du projet de loi reprend à la lettre les dispositions de l'article 61 du projet de sorte que le Conseil d'État renvoie à ses observations faites au sujet de cette disposition.

Dans la mesure où les articles 15 à 17 de la directive 2014/24/UE et les articles 24 à 27 de la directive 2014/25/UE sont pratiquement identiques, les articles 106 et 107 du projet de loi pourraient être remplacés par un simple renvoi:

„Les articles 59 à 61 sont applicables aux marchés publics visés par le présent Livre.“

Il y a lieu de signaler que le législateur belge a opté pour cette solution.

*Article 108 – Marchés couvrant plusieurs activités et comportant des aspects ayant trait à la défense ou à la sécurité*

L'article 108 en projet est la seule disposition de la sous-section consacrée aux marchés comportant des aspects ayant trait à la défense ou à la sécurité qui n'a pas de pendant au Livre II. Il ne suscite pas d'observation de la part du Conseil d'État dès lors qu'il reprend fidèlement les dispositions de l'article 26 de la directive 2014/25/UE.

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

Sans observation.

Sous-section III – Relations spéciales  
(Coopération, entreprises liées et coentreprises)

*Article 110 – Marchés passés entre pouvoirs adjudicateurs*

Comme la teneur de l'article 110 est identique à celle des articles 8 et 9 du projet de loi, le Conseil d'État propose de le remplacer par une disposition aux termes de laquelle:

„Les articles 8 et 9 sont applicables aux marchés publics visés par le présent Livre.“

*Article 111 – Marchés attribués à une entreprise liée*

Sans observation.

*Article 112 – Marchés attribués à une coentreprise ou à une entité adjudicatrice faisant partie d'une coentreprise*

Sans observation.

*Article 113 – Notification d'informations*

Sans observation.

Sous-section IV – Situations spécifiques

*Article 114 – Services de recherche et développement*

L'article 114 du projet de loi prévoit une exemption du champ d'application du Livre III en faveur des marchés de recherche et de développement relevant des codes d'activité qu'il énumère.

Sous-section V – Activités directement exposées à la concurrence

*Article 115 – Activités directement exposées à la concurrence*

L'article 115 du projet, étroitement inspiré de l'article 34 de la directive 2014/25/UE, traite de la possibilité d'obtenir une exemption au profit d'activités directement exposées à la concurrence.

La lecture du texte en projet peut faire naître l'impression que l'exemption découlerait de la seule démonstration que l'activité en question „est directement exposée à la concurrence, sur des marchés dont l'accès n'est pas limité“. Or, en réalité, l'exemption n'est acquise qu'à la suite d'un acte d'exécution de la Commission européenne reconnaissant le bien-fondé de la démonstration ainsi faite<sup>12</sup>. La loi belge est, à ce titre, à la fois plus succincte et plus explicite en disposant que „le présent titre ne s'applique pas aux marchés publics que les entités adjudicatrices passent pour la poursuite des activités visées [...] si l'activité prestée est directement exposée à la concurrence, sur des marchés dont l'accès n'est pas limité. Cette exclusion est toutefois subordonnée à une procédure de demande d'exemption

<sup>12</sup> Article 35, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE.

par l'autorité nationale compétente et à une décision de la Commission européenne. Le Roi fixe les modalités matérielles et procédurales additionnelles de la demande d'exemption<sup>13</sup>.

#### *Paragraphe 1<sup>er</sup>*

La disposition sous examen institue une compétence concurrente pour l'introduction des demandes d'exemption („le ministre ayant dans ses attributions le secteur concerné ou l'entité adjudicatrice qui a introduit la demande“). Si l'article 35 de la directive à transposer n'exclut pas une saisine directe de la Commission européenne par une entité adjudicatrice<sup>14</sup>, il se dégage cependant de l'ensemble des textes soumis au Conseil d'État que les auteurs du texte entendent faire transiter de telles demandes par les mains du ministre du ressort<sup>15</sup>.

Si tel est le cas, il conviendra de reformuler le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article sous examen pour différencier plus clairement entre la demande que le ministre adresse à la Commission européenne et celle, préalable, introduite auprès du ministre par l'entité adjudicatrice.

#### *Paragraphes 2 et 3*

Les paragraphes 2 et 3 reproduisent les conditions de fond auxquelles sont subordonnées les décisions d'exemption. Une reproduction de ces conditions dans la loi nationale ne semble pas de mise dès lors que c'est la Commission européenne et non pas une autorité nationale du Grand-Duché de Luxembourg qui est chargée de leur exécution. Pour le surplus, le Conseil d'État renvoie à son observation sous l'article 52.

## TITRE II

### **Règles particulières applicables aux marchés relevant du Livre III**

#### **Chapitre I<sup>er</sup>. – Principes généraux**

##### *Article 116 – Publication d'un avis de marché*

L'article 116 en projet pose la règle que toute procédure de passation d'un marché doit être annoncée au moyen d'un avis de marché (paragraphe 1<sup>er</sup>), à moins que l'entité adjudicatrice n'en soit dispensée par une disposition légale expresse (paragraphe 2).

Les auteurs du projet n'expliquent pas quelle est la *ratio legis* de cette disposition, qui ne figure pas dans la directive à transposer.

L'avis de marché est, avec l'avis périodique indicatif et l'avis sur l'existence d'un système de qualification, l'une des formes d'appel à la concurrence prévues par l'article 44, paragraphe 4, de la directive 2014/25/UE. La généralisation du recours à la publication d'un avis de marché n'est pas prohibée: aux termes de l'article 69 de la directive 2014/25/UE, en effet, „les avis de marché peuvent être utilisés comme moyen d'appel à la concurrence pour toutes les procédures“. Le Livre III se rapprocherait alors sur ce point du Livre I<sup>er</sup>, dans le contexte duquel les avis de marché sont utilisés comme moyen d'appel à la concurrence pour toutes les procédures, à l'exception des cas visés aux articles 20, 63, paragraphe 3, alinéa 2 et 64.

Le Conseil d'État se demande cependant si les auteurs ont voulu ainsi généraliser l'usage de l'avis de marché dans le contexte du Livre III. Si tel est le cas, force est de constater qu'ils n'ont pas poursuivi sur leur lancée car, d'une part, le projet ne comporte aucune disposition dérogeant expressément à l'obligation générale de publier un avis de marché introduite par le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article sous examen et, d'autre part, bon nombre d'articles prévoient, d'une manière qui serait alors surabondante, expressément la publication d'un avis de marché selon des modalités pour lesquelles il est renvoyé à un règlement grand-ducal.

<sup>13</sup> Loi belge du 17 juin 2016, Article 116.

<sup>14</sup> Directive 2014/25/UE, Article 35, paragraphe 1<sup>er</sup>.

<sup>15</sup> Article 262, paragraphe 1<sup>er</sup>, du projet de règlement grand-ducal: „Lorsqu'une entité adjudicatrice estime que, sur la base des critères énoncés à l'article 115, paragraphes 2 et 3, de la loi, une activité donnée est directement exposée à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité, elle en informe le ministre ayant dans ses attributions le secteur concerné, qui peut soumettre à la Commission européenne une demande (...)“.



Si les auteurs du projet souhaitent simplement rappeler, dans un article introductif, l'importance de l'appel à la concurrence, la disposition sous examen ferait double emploi avec le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 123 du projet, qui prévoit également la publication obligatoire d'un „appel à la concurrence“. Le Conseil d'État propose l'omission de cet article.

#### *Article 117 – Mise en adjudication*

D'après le commentaire des articles, la finalité de l'article est „de faire le lien vers le règlement grand-ducal d'exécution“. Une telle disposition est superflue et le Conseil d'État en propose l'omission.

Cet article se démarque aussi du reste du Livre III en ce qu'il est le seul à évoquer la notion d'„adjudication“, terminologie qui ne se retrouve pas dans la directive 2014/25/UE. Le Conseil d'État renvoie à ce sujet aux considérations générales.

#### *Article 118 – Principes de la passation de marché*

##### *Paragraphe 1<sup>er</sup>*

Le paragraphe sous examen, qui reproduit le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 36 de la directive 2014/25/UE, ne donne pas lieu à observation.

##### *Paragraphe 2*

Le paragraphe 2 reprend les deux premiers alinéas de l'article 4 de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, suivis du paragraphe 2 de l'article 36 de la directive 2014/25/UE.

Le Conseil d'État renvoie aux observations formulées à l'endroit de l'article 42, qui sont transposables à la disposition sous examen.

#### *Article 119 – Opérateurs économiques*

L'article sous examen, qui reprend le libellé de l'article 37 de la directive 2014/25/UE, est le pendant pour les marchés du Livre III de l'article 14 du projet de loi.

##### *Paragraphe 1<sup>er</sup>*

Si le texte ne suscite pas d'observation sur le fond, le Conseil d'État se doit de faire remarquer que „l'État dans lequel le marché est attribué“ évoqué au premier alinéa du paragraphe 1<sup>er</sup> est forcément l'État du Grand-Duché de Luxembourg, de sorte qu'il conviendrait de modifier le libellé de ce paragraphe comme suit:

„Les opérateurs économiques qui, en vertu de la législation de l'État où ils sont établis, sont habilités à fournir la prestation concernée ne peuvent être rejetés au seul motif qu'ils seraient tenus, en vertu de la législation luxembourgeoise, d'être soit des personnes physiques, soit des personnes morales.“

À l'alinéa 2, il serait indiqué de préciser que:

„Toutefois, pour les marchés de services et de travaux, ainsi que pour les marchés de fournitures comportant en outre des services ou des travaux de pose et d'installation, les documents du marché peuvent prévoir l'obligation, pour les personnes morales, d'indiquer, dans leurs offres ou leurs demandes de participation, les noms et les qualifications professionnelles appropriées des personnes chargées de l'exécution du contrat en question.“

##### *Paragraphe 2*

Le paragraphe 2, qui reprend le paragraphe 2 de l'article 37 de la directive 2014/25/UE, traite du cas de figure où plusieurs entreprises s'associent pour répondre à un marché public, au moyen, par exemple, d'une société momentanée. Il énonce le principe que les groupements formés de plusieurs entreprises sont à traiter à égalité avec les entreprises individuelles.

Habituellement, les sociétés momentanées peuvent faire appel aux capacités et qualifications de l'ensemble de leurs membres pour satisfaire aux conditions de participation du marché (par exemple les conditions ayant trait au chiffre d'affaires ou aux effectifs). L'alinéa 2 du paragraphe 2 permet cependant aux entités adjudicatrices de déroger à cette règle générale en précisant „la manière dont les groupements d'opérateurs économiques doivent remplir les critères et conditions relatifs à la qualifi-

cation et à la sélection qualitative<sup>16</sup>. Il convient de souligner qu'une telle exigence n'est admissible que si elle est „nécessaire“, „justifiée par des motifs objectifs“ et „proportionnée“. L'entité adjudicatrice pourrait donc exiger par exemple qu'une condition particulièrement importante soit remplie dans le chef de tous les membres du groupement<sup>16</sup>. Selon des auteurs belges, elle pourrait aussi, dans le souci de promouvoir la concurrence, interdire l'accès au marché des associations formées par des sociétés remplissant à titre individuel les conditions de participation<sup>17</sup>.

L'alinéa 3 du paragraphe 2 permet aussi d'imposer, par dérogation au principe d'égalité, des conditions d'exécution particulières du marché aux groupements d'entreprises. Le considérant 18 de la directive cite en exemple l'exigence que l'association désigne un représentant unique<sup>18</sup>. De telles exigences doivent également être objectivement justifiées et respecter le principe de proportionnalité.

Le Conseil d'État propose de modifier le libellé de l'alinéa 3 comme suit:

„Les conditions d'exécution d'un marché par de tels groupements d'opérateurs économiques, qui sont différentes de celles imposées aux participants individuels, doivent également être justifiées par des motifs objectifs et être proportionnées.“

### *Paragraphe 3*

La disposition sous examen, qui transpose le paragraphe correspondant de l'article 37 de la directive 2014/25/UE permet aux entités adjudicatrices d'imposer aux groupements d'opérateurs qu'ils adoptent une forme juridique spécifique si le marché leur est attribué, lorsque cela est nécessaire à la bonne exécution du marché.

L'entité adjudicatrice pourrait ainsi par exemple exiger que les membres d'un consortium ne disposant pas de la personnalité juridique forment une société pour l'exécution du contrat.

Le Conseil d'État donne à considérer que, si une entité adjudicatrice impose une forme juridique déterminée aux groupements d'entreprises, le principe d'égalité commande *a priori* d'appliquer la même exigence aux entreprises participant à titre individuel qui ne sont pas constituées dans la forme juridique en question.

Cette disposition introduit aussi une série de problématiques juridiques nouvelles. Le régime de l'adjudication conditionnelle, soumise à la condition que le groupement adopte effectivement la forme juridique imposée, n'est pas autrement organisé: dans quel délai cette transformation doit-elle être réalisée? Qu'advierait-il si le groupement ne se constitue pas dans la forme juridique demandée?

### *Article 120 – Marchés réservés*

Sans observation.

### *Article 121 – Conflits d'intérêt*

Sans observation.

## **Chapitre II. – Procédures**

### *Article 122 – Dispositions découlant de l'Accord sur les marchés publics (AMP) et d'autres conventions internationales*

Cet article est le pendant, pour les marchés relevant du Livre III, de l'article 62 applicable aux marchés du Livre II. Le Conseil d'État renvoie dès lors aux observations formulées à l'encontre de l'article 62.

De par sa thématique, la disposition de l'article 122 pourrait éventuellement être déplacée pour former un paragraphe supplémentaire de l'article 118, qui traite des principes de la passation de marché.

16 Klaus GREB u. Hans-Peter MÜLLER, *Kommentar zum Sektorenvergaberecht*, Köln, Werner Verlag, 2017, p. 615.

17 Virginie DOR et Marie VASTMANS, *Commentaire article par article de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2016, p. 435.

18 „L'exécution d'un marché par des groupements d'opérateurs économiques peut nécessiter la fixation de conditions qui ne sont pas imposées aux participants individuels. Ces conditions, qui devraient être justifiées par des motifs objectifs et être proportionnées, pourraient par exemple imposer la désignation d'une représentation commune ou d'un chef de file aux fins de la procédure de passation de marché ou la communication d'informations concernant la constitution de tels groupements“ (Directive 2014/25/UE, considérant 18).

*Article 123 – Choix de la procédure*

L'article 123 est le pendant, pour le Livre III, de l'article 63.

À l'instar du paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 63, le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article sous examen énonce la règle que les marchés du Livre III doivent en principe être précédés d'un appel à la concurrence. Il n'en est autrement que dans les cas où l'article 124 autorise le recours à un marché négocié sans mise en concurrence. Le Conseil d'État s'interroge cependant sur la signification de la formule, reprise de la directive, selon laquelle les entités adjudicatrices „mettent en œuvre des procédures adaptées de manière à être conformes au présent Livre“.

Il serait en revanche utile d'explicitier que les entités adjudicatrices peuvent librement choisir, entre les procédures prévues aux articles 125 à 130, celle qui leur paraît la plus adaptée. La seule procédure qui ne peut être utilisée que dans des cas spécifiques est en effet la procédure négociée sans mise en concurrence de l'article 124.

*Article 124 – Recours à la procédure négociée sans mise en concurrence préalable*

L'article sous examen, qui assure la transposition de l'article 50 de la directive 2014/25/UE, est à rapprocher des articles 20 et 64 du projet de loi sous examen. Il s'agit d'encadrer le recours aux procédures négociées sans mise en concurrence pour les marchés régis par le Livre I<sup>er</sup> (article 20), ceux qui relèvent du Livre II (article 64) et ceux qui relèvent du Livre III (article sous examen).

La référence, faite au point f), à „la procédure visée à l'article 123, paragraphe 1<sup>er</sup>“ semble inappropriée dès lors que le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 123 du projet ne vise aucune procédure particulière. Il est vrai que le paragraphe correspondant de l'article 50 de la directive procède de la même manière, mais il semble au Conseil d'État qu'il serait plus correct de viser les procédures figurant aux paragraphes 2 et 3 de l'article 123.

Au point i), il y a lieu de viser également les procédures nationales présentant des similitudes avec la faillite et le concordat préventif, comme par exemple la procédure de liquidation et celle de la gestion contrôlée. La référence aux „procédures de même nature prévues par les législations ou réglementations nationales“ est à remplacer par une référence aux „procédures de même nature prévues par les législations ou réglementations d'autres États“. Par analogie à la loi de 2009, il y a lieu d'écrire „soit auprès du curateur ou liquidateur d'une faillite ...“.

*Article 125 – Procédure ouverte*

Sans observation.

*Article 126 – Procédure restreinte*

Sans observation.

*Article 127 – Procédure négociée avec mise en concurrence préalable*

La „procédure négociée avec mise en concurrence“ est l'équivalent, pour le Livre III de la „procédure concurrentielle avec négociation“ des Livres I<sup>er</sup> et II du projet de loi sous avis. Le Conseil d'État note que la divergence terminologique provient des directives elles-mêmes de sorte qu'il n'y a pas lieu de la redresser. Le texte en projet ne donne pas lieu à observation pour le surplus.

*Article 128 – Dialogue compétitif*

Sans observation.

*Article 129 – Partenariat d'innovation*

Concernant la définition de la notion de „partenariat d'innovation“, le Conseil d'État renvoie à son observation sous l'article 63, paragraphe 3.

### **Chapitre III. – Techniques et instruments pour les marchés électroniques et agrégés**

*Article 130 – Accords-cadres*

Sans observation.

*Article 131 – Systèmes d’acquisition dynamiques, enchères électroniques et catalogues électroniques*  
Sans observation.

*Article 132 – Activités d’achat centralisées et centrales d’achat*

Le Conseil d’État constate qu’alors même que le paragraphe 1<sup>er</sup> évoque l’achat de travaux, de fourniture ou de services „auprès d’une centrale d’achat proposant des activités d’achat centralisées visées à l’article 85 lettre 10 a)“ la disposition à laquelle il est ainsi renvoyé ne vise que l’achat de fournitures ou de services, à l’exclusion de travaux. Il est cependant vrai que la même incohérence figure dans la directive.

Au paragraphe 3, le renvoi aux dispositions transitoires de l’article 164 est à omettre comme étant superfétatoire. Le Conseil d’État renvoie à ses observations à l’endroit de l’article 23, paragraphe 3.

*Article 133 – Marchés conjoints occasionnels*

Sans observation.

*Article 134 – Marchés auxquels participent des entités adjudicatrices de différents États membres*

Sans observation.

## **Chapitre IV. – Déroulement de la procédure**

### *Section I<sup>re</sup>. – Préparation*

*Article 135 – Consultations préalables du marché*

Sans observation.

*Article 136 – Participation préalable de candidats ou de soumissionnaires*

Sans observation.

### *Section II. – Choix des participants et attribution des marchés*

#### Sous-section I<sup>re</sup>. – Principes

*Article 137 – Principes généraux*

Sans observation.

#### Sous-section II. – Qualification et sélection qualificative

*Article 138 – Systèmes de qualification*

Sans observation.

*Article 139 – Critères de sélection qualitative. Réduction du nombre des candidats*

L’article 139 du projet de loi reprend à la lettre la teneur de l’article 78 de la directive 2014/25/UE.

Le paragraphe 2 permet aux entités adjudicatrices de prévoir une réduction du nombre de candidats qui seront invités à présenter une offre ou à négocier lorsque cette étape éliminatoire est nécessaire pour assurer un équilibre approprié entre les caractéristiques spécifiques de la procédure de passation de marché et les moyens que requiert son accomplissement.

Ce texte ne suscite pas d’observation de fond, mais à l’examen du projet de règlement grand-ducal qui lui est également soumis, le Conseil d’État a constaté que les auteurs de ce projet ont inséré à quatre endroits différents (articles 228, 231, 235, paragraphe 3 et 238, paragraphe 3, du projet de règlement grand-ducal) une disposition complémentaire conçue comme suit: „Les entités adjudicatrices indiquent dans l’avis de marché ou dans l’invitation à confirmer l’intérêt les critères ou règles objectifs ou non discriminatoires qu’elles prévoient d’appliquer, le nombre minimum de candidats qu’elle prévoient d’inviter et, le cas échéant, le nombre maximum.“

Il semble au Conseil d’État qu’il serait préférable d’insérer cette disposition complémentaire à l’article 139 du projet de loi vu que la répétition de dispositions identiques dans des articles qui se suivent alourdit inutilement le texte réglementaire. Il note d’ailleurs que les auteurs du texte ont procédé

de la sorte à l'article 74, paragraphe 2, du projet de loi sous examen, qui prévoit la possibilité de réduire le nombre de candidats pour les marchés publics relevant du Livre II.

Le paragraphe à insérer devra cependant être modifié comme suit:

„Les entités adjudicatrices indiquent dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'elles prévoient d'appliquer, le nombre minimum de candidats qu'elles prévoient d'inviter et, le cas échéant, leur nombre maximum.“

*Article 140 – Recours aux capacités d'autres entités*

Sans observation.

*Article 141 – Utilisation des motifs d'exclusion et des critères de sélection prévus par les dispositions des Livres I<sup>er</sup> et II*

Le Gouvernement a, par un amendement n° 33 figurant dans le train d'amendements reçu par le Conseil d'État le 31 août 2016, proposé de remplacer, à l'alinéa final du paragraphe 1<sup>er</sup>, les termes „l'entité adjudicatrice“ par les termes „le pouvoir adjudicateur“. Le commentaire de l'amendement explique cette terminologie inusuelle dans le contexte du Livre III par le fait qu'„il a été constaté que la directive 2014/25/UE (article 88, paragraphe 6), transposé à la lettre, emploie ces termes, et non ceux d'entité adjudicatrice“.

*Article 142 – Normes d'assurance de la qualité et normes de gestion environnementale*

L'article 142, qui reprend la teneur de l'article 81 de la directive 2014/25/UE, est le pendant, pour le Livre III, de l'article 32 du projet de loi. Le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de cet article 32.

Sous-section III. – Attribution du marché

*Article 143 – Critères d'attribution*

L'article 143 du projet de loi, basé sur l'article 82 de la directive 2014/25/UE, est le pendant, pour le Livre III, de l'article 35 du projet. Aussi le Conseil d'État renvoie-t-il aux observations formulées à l'endroit de cet article.

Concernant le paragraphe 2, le Conseil d'État propose d'adopter une présentation inspirée du paragraphe 2 de l'article 81 de la loi belge du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, qui présente l'avantage de mettre en exergue les différentes méthodes pouvant être mises en œuvre pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse:

| <i>Texte du projet de loi</i>   | <i>Texte proposé par le Conseil d'État</i>   |
|---|--|
| <p>(2) L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue de l'entité adjudicatrice est déterminée sur la base du prix, ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le calcul du coût du cycle de vie, conformément à l'article 145, et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux liés à l'objet du marché concerné. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants:</p> <p>a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions;</p> | <p>(2) L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue de l'entité adjudicatrice est déterminée:</p> <p>a) sur la base du prix, ou</p> <p>b) sur la base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le calcul du coût du cycle de vie, conformément à l'article 145, ou</p> <p>c) sur la base du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux liés à l'objet du marché concerné. Parmi ces critères, il peut y avoir par exemple:</p> <p>1. la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour</p> |

| <i>Texte du projet de loi</i>  | <i>Texte proposé par le Conseil d'État</i>   |
|--|--|
| <p>b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché; ou</p> <p>c) le service après-vente et l'assistance technique, les conditions de livraison telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution, l'engagement en matière de pièces de rechange et de sécurité d'approvisionnement.</p> <p>Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.</p> | <p>tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions;</p> <p>2. l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché; ou</p> <p>3. le service après-vente et l'assistance technique, les conditions de livraison telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution, l'engagement en matière de pièces de rechange et de sécurité d'approvisionnement.</p> <p>Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.</p> |

Au paragraphe 3, les auteurs ont, certainement par inadvertance, inséré dans un point c) une disposition qui, à l'article 82 de la directive à transposer, et d'ailleurs également au paragraphe 3 de l'article 35 du projet, est commune aux points a) et b). Il y a lieu de redresser cette erreur.

*Article 144 – Spécifications techniques et labels, rapports d'essais, certification ou autres moyens de preuve*

L'article 144 est le pendant, pour le Livre III, de l'article 36. Il assure la transposition des articles 60 à 62 de la directive 2014/25/UE.

*Article 145 – Coût du cycle de vie*

Aux termes de l'article 143 du projet, le coût du cycle de vie peut être le critère exclusif ou être utilisé en combinaison avec des critères qualitatifs pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Il s'agit, selon le considérant 101 de la directive 2014/25/UE, „du coût du cycle de vie [qui] couvre tous les coûts supportés durant le cycle de vie des travaux, fournitures ou services“.

La disposition sous examen suit la trame de l'article 83 de la directive 2014/25/UE et ne donne donc pas lieu à observation, si ce n'est qu'au paragraphe 3, il convient de substituer à la référence à l'Annexe XV de la directive une référence à une Annexe de la loi qui renseignera les lois et règlements nationaux assurant la transposition, dans le droit interne, des actes législatifs de l'Union européenne visés.

*Article 146 – Offres anormalement basses*

L'article 146 assure la transposition de l'article 84 de la directive 2014/25/UE. Le dispositif évolue par rapport à l'article 320 du règlement grand-ducal modifié du 3 août 2009 en ce que le texte de loi en projet énonce désormais explicitement que le rejet de l'offre est obligatoire s'il se révèle que le prix anormalement bas est une conséquence d'une violation des règles du droit de l'environnement, du droit social ou du droit du travail, visées à l'article 156. La disposition en projet ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'État.

*Section III. – Offres contenant des produits originaires des pays tiers et relations avec ceux-ci*

*Article 147 – Offres contenant des produits originaires des pays tiers*

Sans observation.

## TITRE III

**Systemes spéciaux de passation des marchés****Chapitre I<sup>er</sup>. – Services sociaux et autres services spécifiques***Article 148 – Attribution de marchés pour des services sociaux et d'autres services spécifiques*

La directive 2014/25/UE, à l'instar de la directive 2014/24/UE, permet aux États membres de soumettre les services sociaux et autres services spécifiques à un régime assoupli qui se caractérise, d'une part, par un seuil d'application différent, considérablement plus élevé que les seuils d'application généraux du Livre III, et d'autre part, par la faculté, pour les États membres, de prévoir des assouplissements procéduraux.

L'article sous examen, qui vise à transposer l'article 91 de la directive 2014/25/UE, a pour objet d'introduire ce régime spécifique en désignant les services concernés, qui figurent à l'Annexe I (référence est faite à la numérotation des Annexes résultant des amendements gouvernementaux du 31 août 2016). Sont notamment concernés: des services sanitaires et sociaux, des services sociaux, éducatifs, culturels et de soins de santé, etc.

Le renvoi „au seuil indiqué à l'article 98, lettre c)“ est inopérant dès lors que le point c) de cet article a disparu suite à l'amendement gouvernemental n° 26 du 31 août 2016. L'article sous examen doit être adapté, sous peine d'opposition formelle, pour insécurité juridique.

*Article 149 – Principes d'attribution de marchés*

L'article 93 de la directive 2014/25/UE confère une marge de manœuvre aux États membres en ce qui concerne les procédures que les entités adjudicatrices doivent mettre en œuvre pour la passation des marchés visés au présent chapitre. Les États sont en effet „libres de déterminer les règles de procédure applicables“ qui doivent seulement garantir „que les entités adjudicatrices respectent les principes de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs économiques“ et „permettre aux entités adjudicatrices de prendre en compte les spécificités des services en question“ (article 93 de la directive 2014/25/UE).

Le Conseil d'État constate que les auteurs du projet de loi n'ont pas fait usage de la faculté de soumettre les services sociaux et services spécifiques à un régime assoupli puisque le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 149 ne fait rien d'autre que de rendre applicable les procédures des articles 123 et suivants du projet de loi.

Le législateur belge a, dans ce domaine, été plus loin que les auteurs du projet de loi puisqu'il autorise par exemple les entités adjudicatrices concernées à composer „une procédure *sui generis* avec publication préalable dont il fixe les modalités“ (article 159, § 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>, de la loi belge du 17 juin 2016). Si les entités adjudicatrices ne font pas usage de cette possibilité mais recourent à l'une des procédures ordinaires, elles sont dispensées, par les paragraphes 2 et 3 du même article de la loi belge, du respect de bon nombre de dispositions du régime généralement applicable aux marchés des secteurs spéciaux.

Le Conseil d'État se demande s'il ne serait pas judicieux que le législateur luxembourgeois fasse usage de la flexibilité offerte ici par la directive à transposer.

*Article 150 – Marchés réservés pour certains services*

Sans observation.

**Chapitre II. – Règles applicables aux concours***Article 151 – Champ d'application*

Aux paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 de l'article sous examen, le renvoi „au seuil indiqué à l'article 98, lettre a)“ est inopérant dès lors que le point a) de cet article a disparu suite à l'amendement gouvernemental n° 26 du 31 août 2016. L'article sous examen doit être adapté, sous peine d'opposition formelle, pour insécurité juridique.

*Article 152 – Règles concernant l'organisation des concours, la sélection des participants et le jury*

Sans observation.

*Article 153 – Décisions du jury*

Sans observation.

TITRE IV

**Exécution des marchés**

*Article 154 – Respect des règles applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail*

Le Conseil d'État renvoie aux observations formulées à l'encontre de l'article 42 du projet de loi, qui sont intégralement transposables à la disposition sous examen.

*Article 155 – Modification de marchés en cours*

Sans observation.

*Article 156 – Résiliation de marchés*

Le Conseil d'État renvoie aux observations formulées à l'encontre de l'article 44 du projet de loi.

*Article 157 – Règles d'exécution*

Sans observation.

\*

LIVRE IV

**GOVERNANCE DES MARCHÉS PUBLICS**

*Article 158 – Champ d'application*

Sans observation.

*Article 159 – Commission des soumissions*

À l'instar de l'article 19, le Conseil d'État demande d'écrire au paragraphe 3 de l'article sous examen „... euros, adapté conformément à l'article 160“. Pour le surplus, le Conseil d'État renvoie à son observation à l'endroit de l'article 160 ci-dessous.

\*

LIVRE V

**DISPOSITIONS FINALES**

Quant à l'intitulé du Livre V sous examen, le Conseil d'État propose d'écrire „Dispositions com-  
munes et finales“.

*Article 160 – Adaptation des seuils*

Les auteurs du texte proposent de ne procéder à l'adaptation des montants rattachés l'indice des prix à la consommation au 1<sup>er</sup> janvier 1948, qu'une fois par an, au premier janvier de chaque année. Il s'agit des seuils qui figurent aux articles 19, 20, 47, 49 et 159.

Si l'intérêt pratique de n'adapter ces seuils qu'une fois par an est manifeste, le Conseil d'État estime qu'il y a lieu de mentionner cette modalité d'application particulière du mécanisme d'indexation dans les dispositions concernées, pour éviter des erreurs dans leur mise en application.

Il propose donc d'indiquer à chaque fois que les seuils en question sont „adaptés conformément à l'article 160“.

*Article 161 – Annexes*

Sans observation.



*Article 162 – Clause abrogatoire*

Sans observation.

*Article 163 – Dispositions transitoires relatives à l'utilisation obligatoire de moyens électroniques*

La disposition sous examen ne suscite pas d'observation, sauf à noter qu'elle devra être adaptée pour tenir compte du fait que la loi en projet ne pourra entrer en vigueur qu'après certaines des dates de report qui y sont mentionnées.

\*

### ANNEXES AUX LIVRES I, II ET III, VISÉES À L'ARTICLE 161

*Annexe I. – Services visés à l'article 76 et à l'article 148*

Sans observation.

*Annexe II. – Liste des activités visées à l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup>, lettre b) point i) et à l'article 85, paragraphe 2, lettre a)*

Sans observation.

*Annexe III. – Liste des produits visés à l'article 52, paragraphe 1<sup>er</sup>, point b) en ce qui concerne les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs dans le domaine de la défense*

Sans observation.

*Annexe IV. – Liste des actes juridiques de l'Union visés à l'article 115, paragraphe 3*

Le Conseil d'État demande aux auteurs du texte de viser les textes par leur intitulé complet.

*Annexe V. – Registres visés à l'article 30*

Le Conseil d'État constate que la directive 2014/25/UE se réfère, pour le Luxembourg, toujours au „Registre aux firmes“.

*Annexe VI. – Moyens de preuve du respect des critères de sélection visés à l'article 31 et à l'article 33*

Sans observation.

\*

### OBSERVATIONS D'ORDRE LÉGISTIQUE

*Observations générales*

Dans l'ensemble du projet de loi, il y a lieu de se référer au „Livre I<sup>er</sup>“, au „Titre I<sup>er</sup>“, au „Chapitre I<sup>er</sup>“, à la „Section I<sup>re</sup>“ et à la „Sous-section I<sup>re</sup>“.

Le projet de loi est encore à revoir pour remplacer l'expression „prévu(e)s par voie de règlement grand-ducal“ par celle „déterminé(e)s par voie de règlement grand-ducal“.

Les renvois aux „lettres a), b), c), ...“ sont à remplacer par des renvois „aux points a), b), c), ...“.

*Article 1<sup>er</sup>*

Il y a lieu d'écrire correctement „le présent Livre établit ...“.

*Article 13*

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, il convient d'écrire correctement „conflits d'intérêts“.

*Article 53*

Au paragraphe 5 *in fine*, il convient d'écrire „du système d'acquisition dynamique“.

*Article 56*

Au point d), i., il convient d'ajouter les mots „dans le cadre“ au passage introductif. Par ailleurs, il y a lieu d'écrire „au sens de la loi“ au lieu de „au sens visé par la loi“.

Au point d), ii., il convient d'écrire „au sens de la loi“ au lieu de „aux sens visé par la loi“.

La référence à plusieurs endroits du texte à „l'État membre concerné“ peut être omise.

*Article 58*

Dans l'intitulé de la sous-section II précédant l'article sous examen, il convient de supprimer le mot „de“.

*Article 59*

L'article sous examen se compose d'un seul alinéa, de sorte que la subdivision en paragraphes est à omettre.

*Article 85*

L'article sous examen énumère les définitions. De la sorte, les paragraphes qui se distinguent par un chiffre cardinal arabe, placé entre parenthèses, sont à remplacer par une suite alphabétique: a), b), c), ..., à l'instar de l'article 2 de la loi en projet.

À la définition 2, il est redondant de débiter l'énumération par la conjonction „soit“ dès lors qu'il est déjà indiqué dans la phrase introductive que la définition vise les marchés ayant „l'un des objets suivants“. De plus, il est incohérent de ne pas reprendre la même conjonction au point c). Le Conseil d'État propose dès lors d'omettre le mot „soit“ aux points a) et b).

*Article 87*

Au paragraphe 2 il y a lieu de remplacer les points à la fin des différentes circonstances qui font présumer l'existence d'une influence dominante des pouvoirs publics par les points-virgules, respectivement par „;“ et „;“.

*Article 99*

Dans l'ensemble de cet article, l'abréviation EUR est à remplacer par „euros“. Le nombre arabe 48 est à remplacer par „quarante-huit“.

*Article 109*

Dans le dernier alinéa du paragraphe 1<sup>er</sup>, la référence à „l'alinéa 1<sup>er</sup>, point a)“ peut être remplacée par une simple référence „au point a)“ puisque l'on se situe dans le même paragraphe.

*Article 110*

Dans le dernier alinéa du paragraphe 1<sup>er</sup>, la référence à „l'alinéa 1<sup>er</sup>, lettre a)“ peut être remplacée par une simple référence „au point a)“ puisque l'on se situe dans le même paragraphe.

La même observation vaut à l'encontre du dernier alinéa du paragraphe 3.

*Article 121*

À l'instar de l'article 13 de la loi en projet, il convient d'écrire correctement „conflits d'intérêts“.

*Article 132*

Il convient de renvoyer respectivement „à l'article 85, point 10<sub>2</sub> a)“ et „à l'article 85, point 10<sub>2</sub> b)“.

*Article 144*

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, le terme „adjudicateur“ est à supprimer.

*Article 149*

Il y a lieu de modifier l'intitulé pour parler de l'attribution „des“ marchés.

*Article 163*

Les paragraphes de l'article sous examen doivent se terminer par un point final, et non par un point-virgule.

*Annexes III, VIII et IX*

Les termes „de la présente directive“ sont à remplacer par ceux „de la présente loi“.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 23 mai 2017.

*Le Secrétaire général,*  
Marc BESCH

*Le Président,*  
Georges WIVENES

