



Commission du Développement durable

Procès-verbal de la réunion du 15 juin 2017

Ordre du jour :

1. Adoption du projet de procès-verbal du 1^{er} juin 2017
2. 6982 Projet de loi sur les marchés publics
- Rapporteur : Madame Josée Lorsché
- Continuation des travaux
3. Divers

*

Présents : Mme Sylvie Andrich-Duval, M. Gilles Baum, M. Georges Engel, M. Gusty Graas, M. Max Hahn, M. Aly Kaes, M. Henri Kox, M. Marc Lies, Mme Josée Lorsché, M. Roger Negri, M. Marco Schank, M. David Wagner, M. Serge Wilmes

M. Claude Pauly, Mme Véronique Wiot, du Ministère du Développement durable et des Infrastructures

Mme Rachel Moris, de l'Administration parlementaire

*

Présidence : Mme Josée Lorsché, Présidente de la Commission

*

1. Adoption du projet de procès-verbal du 1^{er} juin 2017

Le projet de procès-verbal sous rubrique est adopté.

2. 6982 Projet de loi sur les marchés publics

Les membres de la Commission décident de faire imprimer l'avis de l'Ordre des Architectes et des Ingénieurs-Conseils (OAI) relatif au projet de loi sous rubrique en tant que document parlementaire.

Ils poursuivent ensuite l'examen des articles du projet de loi à partir de l'article 36, ceci à la

lumière de l'avis du Conseil d'État du 23 mai dernier et sur base du tableau synoptique élaboré par les soins du Ministère.

Article 36

Cet article contient les dispositions utiles à la détermination de la conformité technique de l'offre et aux moyens de preuve.

Le Conseil d'État constate que le paragraphe 2 de l'article consiste en une reformulation de l'article 43, paragraphe 1^{er}, de la directive ; il préconise de maintenir la formulation exacte de la directive et de reprendre l'ensemble de cet article de la directive dans le texte de loi et non pas pour partie dans la loi et pour partie dans le règlement grand-ducal.

La Commission décide de suivre l'avis du Conseil d'État et de préciser les conditions de recours à un label dans la loi. Cependant, étant donné que les auteurs ont fait le choix de transposer, dans le projet de règlement grand-ducal, toutes les dispositions ayant trait à la rédaction des spécifications techniques et des conditions d'exécution du marché, elle décide de laisser subsister une partie des dispositions de l'article de la directive dans le règlement grand-ducal.

Les membres de la Commission procèdent également à un échange de vues relatif aux exigences en matière de label. Ils sont notamment informés du fait que les critères de sélection des labels ne peuvent pas être purement nationaux, mais doivent être reconnus au niveau européen. Plusieurs intervenants s'interrogent dans ce contexte sur la marche à suivre par un adjudicateur public souhaitant promouvoir les produits régionaux et locaux et mettent en exergue l'importance du libellé du cahier des charges

Est également évoqué le caractère flou du texte de la directive laissant, de l'avis de certains membres de la Commission, trop de place à l'interprétation. Si, dans un premier temps, il est envisagé d'inscrire dans le texte de loi une définition précise de la notion de label international, en faisant le cas échéant référence à une liste exhaustive, il est finalement décidé de maintenir à l'identique les dispositions de l'article de la directive, afin de ne pas s'exposer à un risque de transposition non conforme.

L'article 36 amendé se lira donc comme suit :

Art. 36. Spécifications techniques et labels, rapports d'essais, certification ou autres moyens de preuve.

(1) Les règles relatives à la détermination et à la formulation des spécifications techniques, qui définissent les caractéristiques des travaux, services ou des fournitures requises par le pouvoir adjudicateur, sont déterminées par voie de règlement grand-ducal.

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs font usage de la possibilité de formuler les spécifications techniques par référence à des normes nationales ou européennes, dans les conditions déterminées par voie de règlement grand-ducal, ils ne rejettent pas une offre au motif que les travaux, fournitures ou services offerts ne sont pas conformes aux spécifications techniques auxquelles ils ont fait référence dès lors que le soumissionnaire prouve dans son offre, par tout moyen approprié, y compris les moyens de preuve visés au paragraphe 3, que les solutions proposées satisfont de manière équivalente aux exigences définies par les spécifications techniques.

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs font usage de la possibilité, déterminée par voie de règlement grand-ducal, de formuler des spécifications techniques en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, ils ne rejettent pas une offre de travaux, fournitures ou services conformes à une norme nationale transposant une norme

européenne, à un agrément technique européen, à une spécification technique commune, à une norme internationale ou à un référentiel technique élaboré par un organisme européen de normalisation, si ces spécifications correspondent aux performances ou aux exigences fonctionnelles qu'ils ont fixées.

Dans son offre, le soumissionnaire prouve, par tout moyen approprié y compris ceux visés au paragraphe 3, que les travaux, fournitures ou services, conformes à la norme, répondent aux conditions de performance ou aux exigences fonctionnelles imposées par le pouvoir adjudicateur.

~~(2) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent, dans les spécifications techniques, les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché, exiger un label particulier en tant que moyen permettant de prouver que les travaux, services ou fournitures correspondent aux caractéristiques spécifiques d'ordre environnemental, social ou autre qu'ils requièrent à condition que l'ensemble des conditions prévues par voie de règlement grand-ducal soient remplies.~~

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs souhaitent acquérir des travaux, des fournitures ou des services présentant certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre, ils peuvent, dans les spécifications techniques, les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché, exiger un label particulier en tant que moyen permettant de prouver que les travaux, services ou fournitures correspondent aux caractéristiques requises, à condition que l'ensemble des conditions suivantes soient respectées :

- a) les exigences en matière de label ne concernent que des critères qui sont liés à l'objet du marché et sont propres à définir les caractéristiques des travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché;
- b) les exigences en matière de label sont fondées sur des critères vérifiables de façon objective et non discriminatoires;
- c) le label est établi par une procédure ouverte et transparente à laquelle toutes les parties concernées, telles que les organismes publics, les consommateurs, les partenaires sociaux, les fabricants, les distributeurs ou les organisations non gouvernementales, peuvent participer;
- d) le label est accessible à toutes les parties intéressées;
- e) les exigences en matière de label sont fixées par un tiers sur lequel l'opérateur économique qui demande l'obtention du label ne peut exercer d'influence décisive.

Les pouvoirs adjudicateurs qui exigent un label particulier acceptent tous les labels qui confirment que les travaux, fournitures ou services remplissent des exigences équivalentes en matière de label.

Lorsqu'un opérateur économique n'avait manifestement pas la possibilité d'obtenir le label particulier spécifié par le pouvoir adjudicateur ou un label équivalent dans les délais fixés pour des raisons qui ne lui sont pas imputables, le pouvoir adjudicateur accepte d'autres moyens de preuve appropriés tels que, par exemple, un dossier technique du fabricant, pour autant que l'opérateur économique concerné établisse que les travaux, fournitures ou services qu'il doit fournir satisfont aux exigences concernant le label particulier ou aux exigences particulières indiquées par le pouvoir adjudicateur.

(3) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que les opérateurs économiques fournissent, comme moyen de preuve de la conformité aux exigences ou aux critères arrêtés dans les spécifications techniques, les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché **public**, un rapport d'essai d'un organisme d'évaluation de la conformité ou un certificat délivré par un tel organisme.

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs demandent que des certificats établis par un organisme d'évaluation de la conformité particulier leur soient soumis, ils acceptent aussi des certificats d'autres organismes d'évaluation de la conformité équivalents.

Aux fins du présent paragraphe, on entend par "*organisme d'évaluation de la conformité*", un organisme exerçant des activités d'évaluation de la conformité telles que le calibrage, les essais, la certification et l'inspection, accrédité conformément au règlement (CE) n°765/2008 du Parlement européen et du Conseil.

(4) Les pouvoirs adjudicateurs acceptent d'autres moyens de preuve appropriés que ceux visés au paragraphe 3, comme un dossier technique du fabricant lorsque l'opérateur économique concerné n'avait pas accès aux certificats ou aux rapports d'essai visés au paragraphe 3 ni la possibilité de les obtenir dans les délais fixés, à condition que l'absence d'accès ne soit pas imputable à l'opérateur économique concerné et pour autant que celui-ci établisse ainsi que les travaux, fournitures ou services qu'il fournit satisfont aux exigences ou aux critères énoncés dans les spécifications techniques, les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché **public**.

Article 37

Cet article a trait au coût du cycle de vie. Il n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État et se lit comme suit :

Art. 37. Coût du cycle de vie

(1) Le coût du cycle de vie couvre, dans la mesure où ils sont pertinents, tout ou partie des coûts suivants du cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage :

a) les coûts supportés par le pouvoir adjudicateur ou d'autres utilisateurs, tels que :

- i. les coûts liés à l'acquisition,
- ii. les coûts liés à l'utilisation, tels que la consommation d'énergie et d'autres ressources,
- iii. les frais de maintenance,
- iv. les coûts liés à la fin de vie tels que les coûts de collecte et de recyclage.

b) les coûts imputés aux externalités environnementales liés au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie, à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée ; ces coûts peuvent inclure le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique.

(2) Lorsque les pouvoirs adjudicateurs évaluent les coûts selon une méthode basée sur le cycle de vie, ils indiquent dans les documents de marché les données que doivent fournir les soumissionnaires et la méthode qu'utilisera le pouvoir adjudicateur pour déterminer le coût du cycle de vie sur la base de ces données.

La méthode utilisée pour évaluer les coûts imputés aux externalités environnementales respecte l'ensemble des conditions suivantes :

a) elle se fonde sur des critères vérifiables de façon objective et non discriminatoires. En particulier, lorsqu'elle n'a pas été prévue pour une application répétée ou continue, elle ne favorise ni ne défavorise indûment certains opérateurs économiques;

b) elle est accessible à toutes les parties intéressées;

c) les données requises peuvent être fournies moyennant un effort raisonnable consenti par des opérateurs économiques normalement diligents, y compris des opérateurs de pays tiers parties à l'AMP (Accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les marchés publics) ou à d'autres accords internationaux par lesquels l'Union est liée.

(3) Lorsqu'une méthode commune de calcul des coûts du cycle de vie est devenue obligatoire de par un acte législatif de l'Union européenne, elle est appliquée pour l'évaluation des coûts du cycle de vie. La liste de ces actes législatifs et, si nécessaire, des actes délégués adoptés par la Commission européenne les complétant, figure à l'annexe XIII de la directive 2014/24/UE du Parlement et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, telle que modifiée par les actes

de la Commission européenne pris en conformité de l'article 87 de cette directive.

Article 38

Cet article dispose que les pouvoirs adjudicateurs doivent exiger que les opérateurs économiques expliquent le prix proposé dans l'offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services. Il n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État et se lit comme suit :

Art. 38. Offres anormalement basses

(1) Les pouvoirs adjudicateurs exigent que les opérateurs économiques expliquent le prix ou les coûts proposés dans l'offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services.

(2) Les explications visées au paragraphe 1^{er} peuvent concerner notamment :

- a) l'économie du procédé de fabrication des produits, de la prestation des services ou du procédé de construction ;
- b) les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux ;
- c) l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire ;
- d) le respect des obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, visées à l'article 42 ;
- e) le respect des obligations relatives aux sous-traitants, visées par voie de règlement grand-ducal ;
- f) l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire.

Pour le surplus, les règles relatives à la justification des prix, déterminées par voie de règlement grand-ducal, trouvent à s'appliquer.

(3) Le pouvoir adjudicateur évalue les informations fournies en consultant le soumissionnaire. Il ne peut rejeter l'offre que si les éléments de preuve fournis n'expliquent pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés, compte tenu des éléments visés au paragraphe 2 ou si le soumissionnaire ne répond pas à la demande du pouvoir adjudicateur dans le délai imparti.

Les pouvoirs adjudicateurs rejettent l'offre s'ils établissent que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, visées à l'article 42.

(4) Le pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et que celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide en question était compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le pouvoir adjudicateur qui, dans le cadre d'un marché relevant du Livre II, rejette une offre dans ces conditions, en informe la Commission européenne.

*

L'intitulé de la Section III est modifié comme suit :

Section III - Renonciation **à la passation d'un marché public** et annulation

En effet, dans les considérations générales de son avis, le Conseil d'État a critiqué l'utilisation du terme « adjudication » pour désigner la passation d'un marché public, alors que cette terminologie n'est pas utilisée dans les directives européennes à transposer et a

suggéré d'adopter une terminologie harmonisée, alignée sur celle des directives.

*

Article 39

Cet article contient les dispositions relatives à la renonciation à la mise en adjudication et à l'annulation de la mise en adjudication. Il n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

De la même manière que ci-avant, la terminologie est adaptée et l'expression « mise en adjudication » est remplacée par l'expression « passation de marché » ; l'article 39 amendé se lira comme suit :

Art. 39. Hypothèses

(1) **Il est** obligatoirement **procédé à** l'attribution du marché **public** s'il a été reçu au moins une soumission répondant aux conditions **du cahier des charges**.

(2) Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut renoncer **la passation d'un marché** par décision motivée. La Commission des soumissions doit, dans ce cas, être préalablement entendue en son avis.

(3) Sans préjudice d'autres causes de nullité, une **procédure de passation d'un marché** peut être annulée pour les motifs suivants :

- a) si aucune des offres ne répond aux conditions prescrites ou si le pouvoir adjudicateur a considéré la soumission comme n'ayant pas donné de résultat satisfaisant. Dans ce dernier cas, le pouvoir adjudicateur doit prendre, préalablement à l'annulation, l'avis de la Commission des soumissions ;
- b) s'il est établi que les soumissionnaires, au mépris de l'honnêteté commerciale, se sont concertés pour établir leur prix ;
- c) si, à la suite de circonstances imprévues, les bases **de la passation du marché** ont subi des changements substantiels ;
- d) si toutes les offres susceptibles d'être acceptées ont été retirées à l'expiration du délai **de la passation du marché** ;
- e) s'il a été reconnu que des erreurs substantielles sont contenues dans le dossier de soumission ou que des irrégularités d'une influence décisive ont été constatées au sujet de l'établissement des offres ;
- f) s'il est établi que des tiers ont entravé ou troublé la liberté des soumissionnaires par violence ou par menaces soit avant, soit pendant les soumissions.

Article 40

Cet article dispose qu'en principe la remise en adjudication d'une procédure ouverte se fera par une nouvelle procédure ouverte, ceci afin d'éviter que l'annulation d'une mise en adjudication ait lieu afin d'avoir facilement la possibilité de procéder ensuite par la procédure négociée. Il n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

De la même manière que ci-avant, la terminologie est adaptée et l'expression « mise en adjudication » est remplacée par l'expression « passation de marché » ; l'article 40 amendé se lira comme suit :

Art. 40. Nouvelle procédure ouverte après annulation

Sans préjudice des dispositions de l'article 20, paragraphe 1^{er}, sous b), ~~la remise en~~

adjudication, après annulation d'une procédure ouverte, **le marché public sera passé selon les règles** d'une nouvelle procédure ouverte.

Article 41

Cet article donne la possibilité de solliciter une analyse des prix dans le cadre de la seconde soumission, après annulation d'une première mise en adjudication, même si les prix ne sont pas anormalement bas. Il n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État et se lit comme suit :

Art. 41. Analyse des prix

Si les prix unitaires d'une seconde soumission visant le même objet diffèrent des prix unitaires de la soumission annulée, les soumissionnaires peuvent être invités à donner des explications sur cette différence et à les justifier par une analyse des prix.

Article 42

Cet article précise que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques doivent respecter les règles applicables en matière de droit environnemental, social et du travail. En cas de non-respect de ces normes, la résiliation pour faute grave dans l'exécution du marché, voire même l'exclusion de la participation aux marchés publics constituent une sanction possible.

Le Conseil d'État suggère de 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^{er} sont constatés par l'adjudicateur et donnent lieu, si nécessaire, à l'application des mesures prévues en cas de manquement aux clauses du marché. »

La Commission fait sienne cette proposition, tout en maintenant cependant, à l'instar de ce qui a été décidé à l'endroit de l'article 12, la référence à l'annexe X de la directive.

L'article 42 amendé se lira donc comme suit :

Art. 42. Respect des règles applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail

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 l'Union européenne, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et

du travail, énumérées, en ce qui concerne les dispositions internationales, à l'annexe X de la directive 2014/24/UE du Parlement et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, telle que modifiée par les actes de la Commission européenne pris en conformité de l'article 87 de cette directive.

Sans préjudice de l'application des sanctions visées dans d'autres dispositions légales, règlementaires ou conventionnelles, les manquements aux obligations visées à l'alinéa 1^{er} sont constatés par les pouvoirs adjudicateurs et donnent lieu, si nécessaire, à l'application des mesures prévues en cas de manquement aux clauses du marché public.

Article 43

Cet article précise les conditions dans lesquelles des modifications apportées à un marché en cours d'exécution imposent une nouvelle procédure de passation de marché. Les nouvelles règles érigent en principe l'interdiction des modifications substantielles du contrat.

Au paragraphe 2, alinéa 2, le Conseil d'État suggère d'écrire « ne tombant pas dans le champ d'application des Livres II et III ». La Commission fait sienne cette proposition ; l'article se lira donc comme suit :

Art. 43. Modification de marchés publics en cours

(1) Les marchés publics et les accords-cadres peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants :

- a) lorsque les modifications, quelle que soit leur valeur monétaire, ont été prévues dans les documents de marchés initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de révision du prix ou d'options claires, précises et univoques. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des éventuelles modifications ou options ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Elles ne permettent pas de modifications ou d'options qui changeraient la nature globale du marché public ou de l'accord-cadre ;
- b) pour les travaux, services ou fournitures supplémentaires du contractant principal qui sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché public initial, lorsqu'un changement de contractant :
 - i. est impossible pour des raisons économiques ou techniques telles que l'obligation d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché public initial ; et
 - ii. présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour le pouvoir adjudicateur.

Toutefois, toute augmentation de prix ne peut pas être supérieure à 50 pour cent de la valeur du marché public initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique à la valeur de chaque modification. Ces modifications consécutives ne visent pas à contourner les dispositions de la présente loi ;

- c) lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies :
 - i. la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir ;
 - ii. la modification ne change pas la nature globale du marché public ;
 - iii. toute augmentation de prix n'est pas supérieure à 50 pour cent de la valeur du marché public ou de l'accord-cadre initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique à la valeur de chaque modification. Ces modifications consécutives ne visent pas à contourner les dispositions de la présente loi ;
- d) lorsqu'un nouveau contractant remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur a initialement attribué le marché public :

- i. en application d'une clause de réexamen ou d'une option univoque conformément au point a) ;
 - ii. à la suite d'une succession universelle ou partielle du contractant initial, à la suite d'opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, assurée par un autre opérateur économique qui remplit les critères de sélection qualitative établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché **public** et ne vise pas à se soustraire à l'application de la présente loi ; ou
 - iii. dans le cas où le pouvoir adjudicateur lui-même assume les obligations du contractant principal à l'égard de ses sous-traitants ;
- e) lorsque les modifications, quelle qu'en soit la valeur, ne sont pas substantielles au sens du paragraphe 4.

Pour les marchés **publics** qui tombent sous le champ d'application du Livre II, les pouvoirs adjudicateurs qui ont modifié un marché **public** dans les cas mentionnés aux points b) et c) du présent paragraphe publient un avis à cet effet, conformément aux règles déterminées par voie de règlement grand-ducal.

(2) En outre, et sans qu'il soit besoin de vérifier si les conditions énoncées au paragraphe 4, points a) à d), sont remplies, les marchés **publics** peuvent également être modifiés sans qu'une nouvelle procédure de passation de marché conformément à la présente loi ne soit nécessaire lorsque la valeur de la modification est inférieure aux deux valeurs suivantes :

- i. les seuils fixés à l'article 52 ; et
- ii. 10 pour cent de la valeur du marché **public** initial pour les marchés **publics** de services et de fournitures et 15 pour cent de la valeur du marché **public** initial pour les marchés **publics** de travaux.

Pour les marchés **publics** ne tombant pas dans le champ d'application des Livres II et III, le contrat peut également être modifié sans qu'il soit besoin de vérifier si les conditions énoncées au paragraphe 4, points a) à d), sont remplies, dans les cas suivants :

- si, du fait du pouvoir adjudicateur, la date de commencement des travaux prévue est dépassée de plus de 40 jours ;
- si des changements sont apportés au contrat entraînant une variation de plus de 20 pour cent de la valeur totale du marché **public** ;
- si du fait du pouvoir adjudicateur, le délai contractuel est dépassé de plus de quarante jours.

Toutefois, la modification ne peut pas changer la nature globale du marché **public** ou de l'accord-cadre. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la valeur est déterminée sur la base de la valeur cumulée nette des modifications successives.

(3) Pour le calcul du prix mentionné au paragraphe 2 et au paragraphe 1^{er}, points b) et c), le prix actualisé est la valeur de référence lorsque le marché **public** comporte une clause d'indexation.

(4) Une modification d'un marché **public** ou d'un accord-cadre en cours est considérée comme substantielle au sens du paragraphe 1^{er}, point e), lorsqu'elle rend le marché **public** ou l'accord-cadre sensiblement différent par nature de celui conclu au départ. En tout état de cause, sans préjudice des paragraphes 1^{er} et 2, une modification est considérée comme substantielle lorsqu'une au moins des conditions suivantes est remplie :

- a) elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale de passation de marché, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation de marché ;
- b) elle modifie l'équilibre économique du marché **public** ou de l'accord-cadre en faveur du contractant d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché **public** ou l'accord-cadre initial ;

c) elle élargit considérablement le champ d'application du marché **public** ou de l'accord-cadre ;

d) lorsqu'un nouveau contractant remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur a initialement attribué le marché **public** dans d'autres cas que ceux prévus au paragraphe 1^{er}, point d).

(5) Une nouvelle procédure de passation de marché conformément à la présente loi est requise pour des modifications des dispositions d'un marché public ou d'un accord-cadre en cours autres que celles prévues aux paragraphes 1^{er} et 2.

(6) La demande de modification du contrat doit, sous peine de nullité, être notifiée par lettre recommandée, dans laquelle les circonstances invoquées pour justifier la modification sont mentionnées. Pour les cas visés au paragraphe 2, alinéa 2, la lettre recommandée doit, sous peine de forclusion, parvenir à l'autre partie dans un délai d'un mois à compter de la survenance de l'évènement ou de la notification des changements.

Article 44

Cet article précise les modalités de résiliation d'un marché public. Le Conseil d'État y marque son accord.

Concernant la résiliation du marché public aux torts de l'adjudicataire, le Conseil d'État préconise de regrouper toutes les causes de résiliation sous l'article 44 du projet qui traite de la résiliation. Le Conseil d'État note que l'article 44, paragraphe 1^{er}, 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^{er} et 2. 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.

La Commission du Développement durable décide ce qui suit :

- au niveau de l'intitulé, le texte est corrigé pour que l'intitulé soit en phase avec le contenu de l'article, qui envisage la résiliation d'un marché public (au singulier)
- un nouveau paragraphe 2 est inséré. Compte tenu de la suggestion du Conseil d'État à l'endroit de l'article 29, il a été jugé préférable de remanier les dispositions prévues aux articles 44 (résiliation), 45 (sanctions et primes). Le nouveau paragraphe 2 reprend les cas de résiliation qui étaient énoncés à l'article 45. Les formalités ont également été reprises de cet article.
- les paragraphes suivants sont renumérotés.
- le libellé du paragraphe 4 initial (nouveau paragraphe 5) est également adapté et les renvois corrigés.

L'article 44 amendé se lira comme suit :

Art. 44. Résiliation de marchés d'un marché public

(1) Le contrat peut être résilié à la demande du pouvoir adjudicateur lorsque :

- a) le marché **public** a fait l'objet d'une modification substantielle qui aurait requis une nouvelle procédure de passation de marché en vertu de l'article 43 ;
- b) le contractant se trouvait, lors de l'attribution du marché **public**, dans une des situations visées à l'article 29, paragraphes 1^{er} et 2, et aurait dès lors dû être exclu de la procédure de passation de marché;
- c) le marché **public** n'aurait pas dû être attribué au contractant en raison d'un manquement grave aux obligations prévues par les traités et la présente loi, qui a été établi par la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre d'une procédure au titre de l'article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

(2) Le contrat peut être résilié à la demande du pouvoir adjudicateur aux torts de l'adjudicataire si une des irrégularités suivantes a été commise :

a) manguement aux conditions du marché adjudgé ou pour non-respect des délais impartis :

b) faute grave dans l'exécution des marchés :

La résiliation aux torts de l'adjudicataire ne peut avoir lieu qu'après une mise en demeure, notifiée par lettre recommandée, précisant clairement les intentions du pouvoir adjudicateur. Un délai d'au moins huit jours doit être accordé à l'opérateur économique pour présenter ses observations écrites.

Après que ces formalités aient été accomplies, la Commission des soumissions doit être demandée en son avis.

La résiliation doit, sous peine de nullité, être notifiée par lettre recommandée, dans laquelle les circonstances invoquées pour justifier la résiliation sont expressément mentionnées.

Les décisions de résiliation visées par le présent paragraphe doivent être notifiées à la Commission des soumissions.

La résiliation aux torts de l'adjudicataire du marché public à l'occasion duquel l'irrégularité visée à l'alinéa 1^{er} a été commise peut intervenir cumulativement avec l'exclusion temporaire de l'adjudicataire de la participation aux marchés publics organisés par le pouvoir adjudicateur, prévue à l'article 29.

(3) Le contrat peut encore être résilié à la demande du pouvoir adjudicateur ou de l'adjudicataire si des variations importantes et imprévisibles de prix, de salaires ou de conditions d'exécution se sont produites à la suite d'un cas de force majeure.

(4) Le contrat peut encore être résilié à la demande de l'adjudicataire si :

a) du fait du pouvoir adjudicateur, la date de commencement des travaux prévue est dépassée de plus de quarante jours ;

b) si, avant le début des travaux, le pouvoir adjudicateur apporte des changements au contrat, qui entraînent une variation de plus de **20** pour cent de la valeur totale du marché **public**.

~~**(5) Sans préjudice des formalités prévues à l'article 45, la résiliation doit, sous peine de nullité, être notifiée par lettre recommandée, dans laquelle les circonstances invoquées pour justifier la résiliation sont mentionnées.**~~ Pour les cas visés aux paragraphes **3 et 4**, ~~la lettre recommandée doit~~ **la résiliation doit être notifiée par lettre recommandée et doit**, sous peine de forclusion, parvenir au pouvoir adjudicateur dans un délai de quinze jours à compter de la survenance de l'évènement.

Article 45

Cet article a trait aux sanctions pour le cas où l'adjudicataire ne se conforme pas aux conditions et aux délais convenus pour le marché public, ainsi qu'aux primes d'achèvement avant terme.

En ce qui concerne le paragraphe 3, point a), le Conseil d'État renvoie au commentaire de l'article 29.

Compte tenu de ce qui précède, l'article 45 amendé se lira comme suit :

Art. 45. Sanctions et primes

(1) Le pouvoir adjudicateur peut prévoir, dans le cahier spécial des charges, des clauses pénales et des astreintes pour le cas où l'adjudicataire ne se conforme pas ou ne s'est pas conformé aux conditions et aux délais convenus pour le marché **public**.

Le montant des clauses pénales et astreintes doit être adapté à la nature et à l'importance du marché **public**. L'amende ne peut pas dépasser 20 pour cent du total de l'offre.

Les clauses pénales et astreintes sont appliquées après une mise en demeure par lettre recommandée de la part du pouvoir adjudicateur précisant clairement ses intentions et

restée sans succès, ou sans le succès escompté.

Les montants des clauses pénales et astreintes sont déduits des acomptes et factures intermédiaires, ou, s'il n'y en a pas, de la facture définitive.

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

~~(3) Si l'une des irrégularités énumérées au paragraphe 4 a été commise par un opérateur économique, le pouvoir adjudicateur peut prendre à son égard, même cumulativement, les sanctions suivantes:~~

~~a) l'exclusion temporaire de la participation aux marchés publics, organisés par le pouvoir adjudicateur, pendant une durée ne pouvant dépasser deux ans;~~

~~b) la résiliation aux torts de l'adjudicataire du marché public à l'occasion duquel l'irrégularité a été commise.~~

~~(4) Constitue une irrégularité au sens du paragraphe 3 ci-dessus:~~

~~a) manquement aux conditions du marché adjudgé ou pour non-respect des délais impartis;~~

~~b) faute grave dans l'exécution des marchés;~~

~~c) manque de probité commerciale.~~

~~(5) L'exclusion et la résiliation ne peuvent avoir lieu qu'après une mise en demeure, notifiée par lettre recommandée, précisant clairement les intentions du pouvoir adjudicateur. Un délai d'au moins huit jours doit être accordé à l'opérateur économique pour présenter ses observations écrites.~~

~~Après que ces formalités aient été accomplies, la Commission des soumissions doit être demandée en son avis.~~

~~(6) Les décisions d'exclusion et les décisions de résiliation doivent être motivées. Elles sont notifiées à l'opérateur économique visé, par voie de lettre recommandée, aux services publics intéressés et à la Commission des Soumissions.~~

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

Article 46

Cet article précise les modalités de versements d'avances et d'acomptes. Il n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État et se lit comme suit :

Art. 46. Avances et acomptes

Pour les marchés publics, aucun acompte à un opérateur économique ne peut avoir lieu que pour des travaux, fournitures ou services faits et acceptés.

Dans des cas dûment justifiés, les contrats relatifs à ces marchés **publics** peuvent stipuler des avances, à titre de provision, à condition qu'elles soient couvertes par des garanties appropriées.

Le montant de l'avance à concéder pour un même contrat ne peut excéder 25 pour cent de la valeur totale du contrat. Exceptionnellement, il peut être dérogé à cette limite par décision motivée du pouvoir adjudicateur, pour les marchés publics de l'État, le ministre ayant le Budget dans ses attributions entendu en son avis, sans que cependant les avances puissent excéder 40 pour cent du montant estimé du marché **public**.

Article 47

Cet article précise les modalités de l'établissement d'un décompte final.

Le Conseil d'État demande d'écrire à l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} « ...euros, adapté conformément à l'article 160 » et renvoie à son observation à l'endroit de l'article 160.

La Commission fait sienne cette proposition. En outre, elle décide d'adapter la terminologie en remplaçant le terme « adjudication » par l'expression « passation d'un marché » comme déjà expliqué ci-avant (voir notamment article 39).

L'article se lit comme suit :

Art. 47. Décomptes

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

Pour toute passation de marché dont la valeur hors TVA dépasse 20.000 euros valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948, adapté conformément à l'article 160, le pouvoir adjudicateur établit, après la réception de la totalité du marché **public**, un décompte final, comportant comparaison du devis établi en vue de la procédure de passation de marché et comparaison, par corps de métiers, du prix adjugé et du coût final de la totalité du marché **public**, marchés supplémentaires compris.

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

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

Article 48

Cet article s'applique aux marchés publics conclus par les pouvoirs adjudicateurs relevant de l'État ou des entités assimilées et concerne les modalités de décomptes pour ouvrages importants. Il n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État et se lit comme suit :

Art. 48. Décomptes pour ouvrages importants

Pour tous les marchés publics relevant de l'Etat, relatifs à un ouvrage dont le coût dépasse le montant prévu à l'article 80 de la loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'État, le décompte établi suivant les dispositions de l'article 47, est transmis au ministre ayant dans ses attributions le Budget, ainsi qu'à la Chambre des députés dans un délai ne dépassant pas un an à compter de la réception de la totalité de l'ouvrage. Une justification est à fournir pour tous les dépassements excédant les hausses légales. Ce décompte est contrôlé par la Cour des comptes et soumis à la Chambre des députés avec les observations éventuelles de la Cour des comptes.

Article 49

Cet article s'applique aux marchés publics relevant des communes et des entités assimilées et introduit une clause préférentielle en faveur d'un soumissionnaire local. Le Conseil d'État demande d'écrire « ...euros, adapté conformément à l'article 160 » et renvoie à son observation à l'endroit de l'article 160. L'article se lit comme suit :

Art. 49. Clause préférentielle en faveur d'un soumissionnaire local

Par dérogation aux dispositions prévues à l'article 35, respectivement le collège des bourgmestre et échevins ou l'organe habilité à engager l'établissement public placé sous la surveillance des communes, peut, lorsque le montant total, hors TVA, du marché **public** à conclure n'excède pas 20.000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1^{er} janvier 1948, adapté conformément à l'article 160, attribuer le marché **public** à un concurrent résidant dans la commune, à condition que le prix offert par le concurrent local ne

dépasse pas de plus de 5 pour cent celui de l'offre économiquement la plus avantageuse ou celui de l'offre au prix le plus bas.

Suite à une question afférente, il est précisé que cette disposition existait déjà dans la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et qu'il s'agit d'une disposition purement nationale n'émanant pas de la directive européenne.

Il est par ailleurs procédé à un bref échange de vues sur l'opportunité d'intégrer la notion de « syndicat intercommunal » dans les dispositions de cet article. Si certains membres de la Commission estiment que le texte de l'article devrait être adapté en ce sens, d'autres sont au contraire d'avis qu'il ne faut pas étendre la clause préférentielle aux syndicats intercommunaux, alors que cela pourrait être considéré comme contraire aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination visés à l'article 12, paragraphe 1^{er} du projet de loi.

Ce point est tenu en suspens et sera tranché au cours de la prochaine réunion.

Article 50

Cet article s'applique également aux marchés publics relevant des communes et des entités assimilées ; il concerne les modalités de suspension et d'annulation d'un marché public conclu en violation de la présente loi ou de ses règlements d'exécution ou contraire à l'intérêt général. Il n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État et se lit comme suit :

Art. 50. Suspension et annulation

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

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

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

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

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

Article 51

Cet article dispose que les mesures d'exécution du Livre I^{er} sont définies par un règlement grand-ducal instituant un cahier général des charges fixant les clauses et conditions générales des marchés publics à conclure par les pouvoirs adjudicateurs. Il n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État et se lit comme suit :

Art. 51. Règles d'exécution

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

(2) Des règlements grand-ducaux peuvent instituer des cahiers spéciaux des charges standardisés. Ces cahiers spéciaux des charges sont publiés par voie électronique.

Suite à une suggestion du Conseil d'État, l'intitulé du Livre II sera le suivant :

« Dispositions spéciales relatives aux marchés publics d'une certaine envergure »

*

Article 52

Cet article définit le cadre dans lequel s'appliquent les dispositions spécifiques du Livre II, à savoir les « marchés d'une certaine envergure » auxquels s'appliquent des règles particulières. Il prévoit les seuils à partir desquels s'appliquent les dispositions du Livre II et précise en outre que ces seuils sont actualisés par règlement de la Commission européenne qui est publié au Journal officiel de l'Union européenne.

Le Conseil d'État note que les auteurs du projet de loi ont précisé 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. Il constate à cet égard que seuls les articles 6 à 8 et 54 à 56 sont libellés comme constituant directement des exclusions. Pour le surplus, il est d'avis qu'en lui-même, le renvoi à des exceptions est superfétatoire, alors que les dispositions précitées circonscrivent de façon précise le cadre qui s'applique aux exceptions et en soulignent à suffisance le caractère dérogatoire. Il suggère dès lors de se limiter à fixer les seuils à partir desquels s'appliquent les dispositions du Livre II. La Commission décide de corriger les renvois et de se référer aux seuls articles 6 à 8 et 54 à 56.

Le Conseil d'État note également que les paragraphes 2 à 5 détaillent la procédure que la Commission européenne suivra pour réviser et publier les seuils. Il estime que ces dispositions ne requièrent pas l'adoption de mesures de transposition spécifiques dans l'ordre juridique national. Il propose dès lors de faire référence au paragraphe 1^{er} 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. Il y a dès lors lieu de renoncer aux paragraphes 2, 3 et 4, ainsi qu'à l'alinéa 1^{er} 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.

La Commission fait siennes ces propositions. À l'endroit du paragraphe 5 initial (nouveau paragraphe 2), elle remplace en outre le terme « Mémorial » par l'expression « Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg » pour utiliser la terminologie exacte de la loi du 23 décembre 2016.

L'article se lira donc comme suit :

Art. 52. Montants des seuils

(1) Le présent Livre s'applique aux marchés publics qui ne sont pas exclus en vertu des exceptions prévues aux articles 54 à 56 ainsi qu'aux articles 6 à 8, et dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure aux seuils prévus par l'article 4 de la directive 2014/24/UE du Parlement et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE et par les actes de la Commission européenne pris en exécution de l'article 6 de cette directive.¹

¹ Les montants (*non actualisés*) fixés par l'article 4 de la directive 2014/24/UE sont les suivants:

~~(2) Tous les deux ans à partir du 30 juin 2013, la Commission européenne vérifie que les seuils prévus à l'article 4, points a), b) et c) de cette directive correspondent aux seuils fixés dans l'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les marchés publics (AMP) et les révisé, s'il y a lieu, conformément aux dispositions prévues à l'article 6 de la prédite directive. Lorsqu'elle procède à la révision prévue à l'alinéa qui précède, la Commission européenne révisé en outre:~~

~~a) le seuil prévu à l'article 57, premier alinéa, lettre a), en l'alignant sur le seuil révisé applicable aux marchés publics de travaux;~~

~~b) le seuil prévu à l'article 57, premier alinéa, lettre b), en l'alignant sur le seuil révisé applicable aux marchés publics de services passés par des pouvoirs adjudicateurs sous-centraux;~~

~~(3) Les seuils prévus à l'article 4 et à l'article 13 de la prédite directive peuvent également être modifiés par des actes de la Commission européenne pris en conformité de l'article 87 de cette directive ou, lorsque des contraintes de délais empêchent le recours à la procédure prévue à la prédite disposition, et qu'en conséquence, il existe des raisons impérieuses de recourir à une procédure d'urgence, par des actes de la Commission européenne adoptés suivant la procédure prévue à l'article 88 de cette directive.~~

~~(4) Tous les deux ans à partir du 1er janvier 2014, la Commission européenne détermine les valeurs, dans les monnaies des Etats membres dont la monnaie n'est pas l'euro, des seuils visés à l'article 4, points a), b) et c) de la prédite directive.~~

~~Dans le même temps, la Commission européenne détermine la valeur, dans les monnaies des Etats membres dont la monnaie n'est pas l'euro, du seuil visé à l'article 4, point d) de cette directive.~~

~~Les actes de la Commission européenne pris en application de l'alinéa 1er et de l'alinéa 2 sont adoptés conformément à l'article 87 de cette directive.~~

~~(2) La Commission européenne publie les seuils révisés, visés au paragraphe 1er, de leur contre valeur dans les monnaies nationales visées au paragraphe 4, alinéa premier, et de la valeur déterminée conformément au paragraphe 4, alinéa 2, au Journal officiel de l'Union européenne au début du mois de novembre qui suit leur révision.~~

Les seuils révisés s'appliquent avec effet au jour de la date de l'entrée en vigueur des actes modificatifs afférents de l'Union européenne.

Le ministre publiera un avis au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, renseignant sur les modifications ainsi intervenues, en y ajoutant une référence à l'acte publié au Journal officiel de l'Union européenne.

Article 53

Le texte de cet article fixe les méthodes de calcul servant à déterminer si une procédure de marchés publics devra être passée conformément aux dispositions du Livre I^{er} ou du Livre II.

Le Conseil d'État émet les remarques suivantes à l'endroit de cet article :

- Il se demande si les méthodes de calcul qui figurent en l'occurrence au niveau du Livre II,

a) 5.186.000 euros pour les marchés publics de travaux;

b) 134.000 euros pour les marchés publics de fournitures et de services passés par des autorités publiques centrales et pour les concours organisés par celles-ci; en ce qui concerne les marchés publics de fournitures passés par des pouvoirs adjudicateurs qui opèrent dans le domaine de la défense, ce seuil ne s'applique qu'aux marchés concernant les produits visés à l'annexe III;

c) 207.000 euros pour les marchés publics de fournitures et de services passés par des pouvoirs adjudicateurs sous-centraux et pour les concours organisés par ceux-ci; ce seuil s'applique également aux marchés publics de fournitures passés par des autorités publiques centrales opérant dans le domaine de la défense, lorsque ces marchés concernent des produits non visés à l'annexe III;

d) 750.000 euros pour les marchés publics de services portant sur des services sociaux et d'autres services spécifiques énumérés à l'annexe I.

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. Les enjeux sont en effet les mêmes. 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 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 que les dispositions du texte 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, préféré l'insertion d'un dispositif cohérent, couvrant l'ensemble de la matière, dans le texte du projet de loi.
- 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.
- 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.

Les membres de la Commission décident de suivre intégralement ces propositions. Ils proposent de transférer la plupart des dispositions générales vers l'article 12 comme suggéré par le Conseil d'État et de maintenir à l'article 53 seulement les dispositions spécifiques au Livre II. L'article 53 amendé se lira donc comme suit :

Art. 53. Méthodes de calcul de la valeur estimée du marché public

(1) Le calcul de la valeur estimée d'un marché est fondé sur les méthodes de calcul prévus à l'article 12 (5). le montant total payable, hors TVA, estimé par le pouvoir adjudicateur, y compris toute forme d'option éventuelle et les éventuelles reconductions des contrats, explicitement mentionnées dans les documents de marché. Si le pouvoir adjudicateur prévoit des primes ou des paiements au profit des candidats ou soumissionnaires, il en tient compte pour calculer la valeur estimée du marché.

(2) Lorsqu'un pouvoir adjudicateur est composé d'unités opérationnelles distinctes, la valeur totale estimée de toutes les différentes unités opérationnelles est prise en compte.

Nonobstant l'alinéa 1er, lorsqu'une unité opérationnelle distincte est responsable de manière autonome de ses marchés ou de certaines catégories d'entre eux, les valeurs peuvent être estimées au niveau de l'unité en question.

(2) Le choix de la méthode pour le calcul de la valeur estimée d'un marché **public** ne peut être effectué avec l'intention de le soustraire à l'application des dispositions du présent Livre.

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.

(4) Cette valeur estimée est valable au moment de l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence, ou, dans les cas où un tel avis n'est pas prévu, au moment où le pouvoir adjudicateur engage la procédure de passation du marché, par exemple, le cas échéant, en entrant en contact avec les opérateurs économiques au sujet de la passation du marché.

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

(6) Pour les partenariats d'innovation, la valeur à prendre en considération est la valeur maximale estimée hors TVA des activités de recherche et de développement qui doivent être menées au cours des différentes phases du partenariat envisagé ainsi que des fournitures, des services ou des travaux qui doivent être mis au point et achetés à la fin du partenariat envisagé.

(7) Pour les marchés publics de travaux, le calcul de la valeur estimée prend en compte le coût des travaux ainsi que la valeur totale estimée des fournitures et des services mis à la disposition du titulaire par le pouvoir adjudicateur, pourvu qu'ils soient nécessaires à l'exécution des travaux.

(3) Lorsque l'ouvrage envisagé ou la prestation de services envisagée peut donner lieu à des marchés passés par lots séparés **la valeur globale estimée de la totalité de ces lots est prise en compte et lorsque** la valeur cumulée des lots est égale ou supérieure au seuil prévu à l'article 52, le présent Livre s'applique à la passation de chaque lot.

(4) Lorsqu'un projet visant à acquérir des fournitures homogènes peut donner lieu à des marchés passés par lots séparés **la valeur totale estimée de l'ensemble de ces lots est prise en compte pour l'application de l'article 52, lettres b) et c) et lorsque** la valeur cumulée des lots est égale ou supérieure au seuil prévu à l'article 52, le présent Livre s'applique à la passation de chaque lot.

(5) Nonobstant les paragraphes **3 et 4**, les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des marchés **publics** pour des lots distincts sans appliquer les procédures prévues par le présent Livre, pour autant que la valeur estimée hors TVA du lot concerné soit inférieure à 80.000 euros pour des fournitures ou des services et à 1.000.000 euros pour des travaux. Toutefois, la valeur cumulée des lots ainsi attribués sans appliquer le présent Livre ne dépasse pas 20 pour cent de la valeur cumulée de tous les lots résultant de la division des travaux envisagés, de l'acquisition de fournitures homogènes envisagée ou de la prestation de services envisagée.

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

a) soit la valeur réelle globale des contrats successifs analogues passés au cours des douze mois précédents ou de l'exercice précédent, corrigée, si possible, pour tenir compte des modifications en quantité ou en valeur qui surviendraient au cours des douze mois suivant le contrat initial;

b) soit la valeur globale estimée des contrats successifs passés au cours des douze mois suivant la première prestation ou au cours de l'exercice si celui-ci est supérieur à douze mois.

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

a) dans le cas de marchés publics ayant une durée déterminée, dans la mesure où

~~celle-ci est égale ou inférieure à douze mois, la valeur totale estimée pour la durée du marché ou, dans la mesure où la durée du marché est supérieure à douze mois, la valeur totale incluant le montant estimé de la valeur résiduelle;~~

~~b) dans le cas de marchés publics ayant une durée indéterminée ou dans le cas où leur durée ne peut être définie, la valeur mensuelle multipliée par 48.~~

~~(13) Pour les marchés publics de services, la valeur estimée du marché est, selon le cas, calculée sur la base suivante:~~

~~a) services d'assurance: la prime payable et les autres modes de rémunération;~~

~~b) services bancaires et autres services financiers: les honoraires, les commissions payables, les intérêts et les autres modes de rémunération;~~

~~c) marchés impliquant la conception: les honoraires, les commissions à payer et les autres modes de rémunération.~~

~~(14) En ce qui concerne les marchés publics de services n'indiquant pas un prix total, la valeur estimée des marchés est calculée sur la base suivante:~~

~~a) dans le cas de marchés ayant une durée déterminée, si celle-ci est égale ou inférieure à quarante-huit mois: la valeur totale pour toute leur durée;~~

~~b) dans le cas de marchés ayant une durée indéterminée ou supérieure à quarante-huit mois: la valeur mensuelle multipliée par 48.~~

Article 54

Cet article dispose que les marchés tombant dans le champ d'application du Livre III, à savoir les marchés passés dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, sont exclus du champ d'application du Livre II. Il précise en outre que les marchés exclus du Livre III sont également exclus du Livre II.

De l'avis du Conseil d'État, cet article 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 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.

Les membres de la Commission décident cependant de maintenir cet article pour une meilleure lisibilité. Il se lira comme suit :

Art. 54. Marchés publics passés dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux

Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés publics ni aux concours qui, dans le cadre du Livre III, sont passés par ou organisés par des pouvoirs adjudicateurs exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 91 à 97 et qui sont passés pour l'exercice de ces activités, ni aux marchés publics exclus du champ d'application dudit livre en vertu de ses articles 100, 105 et 115 ni, lorsqu'ils sont passés par un pouvoir adjudicateur qui fournit des services postaux au sens de l'article 96, paragraphe 2, point b), dudit livre, aux marchés **publics** passés pour l'exercice des activités suivantes:

a) services à valeur ajoutée liés au courrier électronique et effectués entièrement par voie électronique (y inclus la transmission sécurisée de documents codés par voie électronique, les services de gestion des adresses et la transmission de courrier électronique recommandé);

b) services financiers relevant des codes CPV sous les numéros de référence 66100000-1 à 66720000-3 et de l'article 105, point d), y compris notamment les virements postaux et les transferts à partir de comptes courants postaux;

c) services de philatélie; ou

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

Article 55

Cet article met en place des exclusions spécifiques dans le domaine des communications électroniques, et plus précisément aux marchés publics 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 n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État et se lit comme suit :

Art. 55. Exclusions spécifiques dans le domaine des communications électroniques

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

Aux fins du présent article, les expressions „réseau public de communications“ et „service de communication électronique“ revêtent le même sens que dans la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques.

Article 56

Cet article dispose que le Livre II ne s'applique pas dans le cadre de dix catégories de services.

S'il ne donne pas lieu à observation sur le fond de la part du Conseil d'État, ce dernier émet les remarques rédactionnelles et légistiques suivantes :

- 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 (...) ».
- 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 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 par la 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. Il convient en outre 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 ii. du point d), 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.

Hormis la proposition d'ajouter les mots « dans le cadre » qui ne sera pas suivie pour des raisons de transposition fidèle du texte de la directive, la Commission fait siennes les suggestions de la Haute Corporation ; l'article se lira donc comme suit :

Art. 56. Exclusions spécifiques pour les marchés publics de services

Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés publics de services ayant pour objet :

- a) l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou concernant des droits sur ces biens ;
- b) l'achat, le développement, la production ou la coproduction de matériel de programmes destiné à des services de médias audiovisuels ou radiophoniques qui sont passés par des

fournisseurs de services de médias audiovisuels ou radiophoniques, ni aux marchés **publics** concernant les temps de diffusion ou la fourniture de programmes qui sont attribués à des fournisseurs de services de médias audiovisuels ou radiophoniques.

Aux fins du présent point, les expressions „services de médias audiovisuels“ et „fournisseurs de services de médias“ revêtent respectivement le même sens que dans le cadre de la loi du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques, telle que modifiée. Le terme „programme“ a le même sens que dans le cadre de la législation visée dans la phrase qui précède, mais il englobe également les programmes radiophoniques et le matériel pour programmes radiophoniques. L'expression „matériel de programmes“ a le même sens que le terme „programme“.

c) les services d'arbitrage et de conciliation ;

d) l'un des services juridiques suivants :

i. la représentation légale d'un client par un avocat, au sens visé par la 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

- d'un arbitrage ou d'une conciliation se déroulant dans l'État, un autre État membre de l'Union européenne, un pays tiers ou devant une instance internationale d'arbitrage ou de conciliation, ou
- d'une procédure devant les juridictions ou les autorités publiques de l'État, d'un autre État membre de l'Union européenne ou d'un pays tiers ou devant les juridictions ou institutions internationales;

ii. du conseil juridique fourni en vue de la préparation de toute procédure visée au présent point, sous i), ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités selon lesquels la question sur laquelle porte le conseil fera l'objet d'une telle procédure, pour autant que le conseil émane d'un avocat, au sens de la 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

iii. des services de certification et d'authentification de documents qui doivent être réalisés par des notaires;

iv. des services juridiques fournis par des administrateurs légaux ou des tuteurs ou d'autres services juridiques dont les prestataires sont désignés par une juridiction de l'Etat membre concerné ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle de ces juridictions;

v. d'autres services juridiques qui, dans l'Etat membre concerné, sont liés, même occasionnellement à l'exercice de la puissance publique;

e) des services financiers liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, au sens de la loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers, des services fournis par des banques centrales et des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière et le mécanisme européen de stabilité;

f) des prêts, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers;

g) les contrats d'emploi;

h) les services de défense civile, de protection civile et de prévention des risques qui sont fournis par des organisations ou des associations à but non lucratif et qui relèvent des codes CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 et 85143000-3 excepté les services ambulanciers de transport de patients;

i) les services publics de transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro;

j) les services liés aux campagnes politiques, relevant des codes CPV 79341400-0,

92111230-3 et 92111240-6, lorsqu'ils sont passés par un parti politique dans le cadre d'une campagne électorale.

Article 57

Cet article règle la question des marchés subventionnés par les pouvoirs adjudicateurs.

Le Conseil d'État n'a pas d'observation à formuler sur cet article. En ce qui concerne les seuils et les modalités de leur modification, il renvoie à ses observations formulées à l'endroit de l'article 52.

Cet article est amendé pour ajuster la référence à l'article 52 et se lira comme suit :

Art. 57. Marchés subventionnés par les pouvoirs adjudicateurs

Le présent Livre s'applique à la passation:

- a) de marchés de travaux subventionnés directement à plus de 50 pour cent par des pouvoirs adjudicateurs, dont la valeur estimée, hors TVA, est égale ou supérieure à la valeur prévue à l'article 13 de la directive 2014/24/UE du Parlement et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE² et qui concernent l'une des activités suivantes:
 - i. des activités de génie civil figurant sur la liste de l'annexe II;
 - ii. des travaux de construction relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires et aux bâtiments à usage administratif;
- b) de marchés de services subventionnés directement à plus de 50 pour cent par des pouvoirs adjudicateurs, dont la valeur estimée, hors TVA, est égale ou supérieure à la valeur prévue à l'article 13 de cette directive³, et qui sont liés à un marché de travaux visé au point a).

Les pouvoirs adjudicateurs qui fournissent les subventions visées à l'alinéa 1^{er}, points a) et b), veillent au respect des dispositions du présent Livre lorsqu'ils n'attribuent pas eux-mêmes les marchés subventionnés. Ils sont tenus de respecter le présent Livre lorsqu'ils passent eux-mêmes ces marchés au nom et pour le compte d'autres entités.

Les valeurs prévues à l'alinéa 1^{er} sont modifiées conformément aux paragraphes 3 à 5 de à l'article 52.

À noter qu'au niveau de cet article, il n'est pas fait référence à la notion de « marché public » étant donné qu'il y est question de contrats qui sont passés par des entités qui ne sont, à la base pas des pouvoirs adjudicateurs (p.ex. une ASBL, pour la construction d'une Auberge de jeunesse) mais dont les marchés sont subventionnés par les pouvoirs adjudicateurs. L'expression « marchés publics » ne convient donc pas dans le cadre de cette disposition.

Article 58

Cet article 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. Il n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État et se lit comme suit :

Art. 58. Services de recherche et de développement

² Le montant (*non actualisé*) fixé par l'article 13, point a) de la directive 2014/24/UE est de 5.186.000 euros.

³ Le montant (*non actualisé*) fixé par l'article 13, point b) de la directive 2014/24/UE est de 207.000 euros.

Le présent Livre ne s'applique qu'aux marchés **publics** de services de recherche et de développement relevant des codes CPV 73000000-2 à 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 et 73430000-5, pour autant que les deux conditions suivantes soient réunies:

- a) leurs fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité; et
- b) la prestation de services est entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur.

Article 59

Les dispositions de cet article concernent les marchés publics comportant des aspects relatifs à la défense et à la sécurité.

Si le Conseil d'État n'a pas d'observation à formuler concernant les dispositions figurant sous les points a) et b), la nécessité de compléter le texte par un point c) destiné à exclure du champ d'application 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 clarté. 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 du 1^{er} décembre 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité auxquelles la disposition sous rubrique 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. Le Conseil d'État suggère dès lors de renoncer au texte figurant sous le point c).

D'un point de vue légistique, l'article se compose d'un seul alinéa, de sorte que la subdivision en paragraphes est à omettre.

La Commission fait siennes ces propositions ; l'article se lira donc comme suit :

Art. 59. Défense et sécurité

~~(1)~~ Le présent Livre s'applique à la passation de marchés publics et aux concours organisés dans les domaines de la défense et de la sécurité, hormis :

- a) les marchés relevant de la loi du 1^{er} décembre 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité ;
- b) les marchés ne relevant pas de la loi du 1^{er} décembre 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité en vertu de ses articles 8, 12 et 13;

~~c) 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 remplissent les conditions visées à l'article 6.~~

Article 60

Cet article concerne les marchés publics et concours déclarés secrets ou devant s'accompagner de mesures particulières de sécurité.

Le Conseil d'État constate que les dispositions de cet article 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^{er} 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^{er}, alinéa 2 n'est pas nécessaire. De

la même manière, le renvoi aux mesures en question est à omettre au paragraphe 2. Enfin, le Conseil d'État estime qu'il faut 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 des raisons de sécurité juridique.

La Commission décide de suivre les remarques du Conseil d'État. En outre, pour répondre à son opposition formelle, elle se propose d'amender l'article en supprimant le bout de phrase « dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur ». L'article se lira comme suit :

Art. 60. Marchés publics et concours déclarés secrets ou devant s'accompagner de mesures particulières de sécurité

(1) Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés publics ni aux concours qui ne sont pas par ailleurs exclus en vertu de l'article 59 dans la mesure où la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'Etat ne peut être garantie par des mesures moins intrusives. ~~par exemple en imposant des conditions en vue de protéger la confidentialité des informations que le pouvoir adjudicateur met à disposition dans le cadre d'une procédure d'attribution de marché prévue par le présent Livre.~~

En outre, ~~et en conformité avec l'article 346, paragraphe 1^{er}, lettre a), du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,~~ le présent Livre ne s'applique pas aux marchés publics ni aux concours qui ne sont pas par ailleurs exclus en vertu du paragraphe 1^{er} du présent article, dans la mesure où l'application du présent Livre obligerait le pouvoir adjudicateur à fournir des informations dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de la sécurité de l'Etat.

(2) Lorsque la passation et l'exécution du marché public ou du concours sont déclarés secrets ou doivent s'accompagner de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur, le présent Livre ne s'applique pas pour autant que le pouvoir adjudicateur ait établi que la protection des intérêts essentiels concernés ne peut être garantie par des mesures moins intrusives. ~~telles que celles visées au paragraphe 2, alinéa 1^{er}.~~

Article 61

Cet article règle la façon de procéder en présence de marchés publics 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^{er} décembre 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité.

Le texte ne donne pas lieu à observation de principe de la part du Conseil d'État. Au paragraphe 1^{er}, il suggère simplement, 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^{er} décembre 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité ».

La Commission fait sienne cette proposition ; l'article se lira donc comme suit :

Art. 61. Marchés publics mixtes comportant des aspects ayant trait à la défense ou à la sécurité

(1) Le présent article s'applique aux marchés publics 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^{er} décembre 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité.

(2) Lorsque les différentes parties d'un marché public donné sont objectivement séparables, les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de passer des marchés distincts pour les différentes parties du marché ou de passer un marché **public** unique.

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs décident de passer des marchés distincts pour les différentes parties, la décision concernant le régime juridique applicable à chacun de ces marchés distincts est adoptée sur la base des caractéristiques des différentes parties concernées.

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs choisissent de passer un marché **public** unique, les critères ci-après s'appliquent pour déterminer le régime juridique applicable :

a) lorsqu'une partie d'un marché **public** donné relève de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le marché peut être passé sans appliquer le présent Livre, sous réserve que la passation d'un marché **public** unique soit justifiée par des raisons objectives ;

b) lorsqu'une partie d'un marché **public** donné relève de la loi du 1^{er} décembre 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité, le marché peut être passé conformément à ladite loi, sous réserve que la passation d'un marché **public** unique soit justifiée par des raisons objectives. Le présent point est sans préjudice des seuils et exclusions prévus par la loi du 1^{er} décembre 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité.

Cependant, la décision de passer un marché **public** unique ne peut être prise dans le but d'exclure des marchés **publics** de l'application du présent Livre ou de la loi du 1^{er} décembre 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité.

(3) Le paragraphe 2, alinéa 3, point a), s'applique aux marchés **publics** mixtes auxquels tant le point a) que le point b) dudit alinéa pourraient normalement être applicables.

(4) Lorsque les différentes parties d'un marché donné sont objectivement inséparables, le marché peut être passé sans appliquer le présent Livre lorsqu'il comporte des éléments relevant de l'application de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; dans le cas contraire, il peut être passé conformément à la loi du 1^{er} décembre 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité.

*

L'examen des articles sera poursuivi au cours des réunions des 19 et 22 juin prochain.

3. **Divers**

Aucun point divers n'a été abordé.

Luxembourg, le 16 juin 2017

La secrétaire,
Rachel Moris

La Présidente,
Josée Lorsché