

N° 5655<sup>7</sup>

## CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2008-2009

---

---

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

\* \* \*

**AMENDEMENTS ADOPTES PAR LA COMMISSION  
DES TRAVAUX PUBLICS****DEPECHE DU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES  
AU PRESIDENT DU CONSEIL D'ETAT**

(16.4.2009)

Monsieur le Président,

J'ai l'honneur de vous saisir ci-après de deux amendements au projet de loi sous objet, arrêtés par la Commission des Travaux publics à l'occasion de sa réunion du 16 avril 2009, suite à son examen détaillé du projet de loi et de l'avis du Conseil d'Etat.

Ces amendements se présentent comme suit:

*Amendement 1*

L'article 11 du projet de loi est modifié comme suit:

**„Art. 11.** (1) Les marchés à conclure par procédure ouverte ou restreinte sont attribués par décision motivée au soumissionnaire ayant présenté soit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, soit l'offre régulière au prix le plus bas. Est considérée comme offre régulière toute offre qui après évaluation faite est formellement et techniquement conforme, et qui remplit les critères de sélection qualitatifs qui peuvent être prévus par les cahiers spéciaux des charges.

**(2) Lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, divers critères liés à l'objet du marché public en question sont pris en considération. Ces critères peuvent être entre autres la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, l'aspect social, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.**

**(3) Le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges la pondération relative qu'il confère à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.**

**Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié.**

**Lorsque, d'après l'avis du pouvoir adjudicateur, la pondération n'est pas possible pour des raisons démontrables, il indique dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges, l'ordre décroissant d'importance des critères.**

**(4) Dans le cadre des marchés publics de services, l'application de dispositions légales, réglementaires ou administratives n'est pas affectée par les dispositions des paragraphes (1) à (3).“**

*Commentaire de l'amendement:*

La Commission des Travaux Publics se rallie à l'observation faite par le Conseil d'Etat et n'abandonne pas la définition de l'offre économiquement la plus avantageuse au règlement grand-ducal

d'exécution. Comme le texte de l'article 89 du règlement grand-ducal modifié du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics ne correspond plus aux exigences de la directive 2004/18/CE et que la notion de l'offre économiquement la plus avantageuse telle que proposée par cette directive figure aux articles 88 et 89 du projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi sur les marchés publics, il convient d'inclure les précisions relatives à l'offre économiquement la plus avantageuse reprises par ce projet de texte dans le projet de loi sur les marchés publics.

Il échet de remarquer que tous les critères d'attribution figurant dans l'article 89 du règlement du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi sur les marchés publics sont simplement repris, y inclus l'aspect social et les caractéristiques environnementales.

Il est cependant désormais permis, si une pondération des critères n'est pas possible, d'indiquer les critères d'attribution dans l'ordre décroissant. Ceci constitue cependant une situation exceptionnelle et il faut que le pouvoir adjudicateur, en cas de réclamation, puisse démontrer pour quelle raison il n'a pas pris recours à la pondération, qui est le mode d'évaluation le plus transparent.

Finalement le paragraphe (4) prévoit encore que les dispositions relatives à l'attribution des marchés publics n'ont pas vocation à réduire à néant des dispositions législatives, réglementaires ou administratives relatives à la rémunération de certains services, tels qu'à titre d'exemple les services d'architecte ou d'ingénieur.

Les considérants numéros 46 et 47 de la directive 2004/18/CE commentent les dispositions relatives à l'offre économiquement la plus avantageuse comme suit:

*„L'attribution du marché doit être effectuée sur la base de critères objectifs qui assurent le respect des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement et qui garantissent l'appréciation des offres dans des conditions de concurrence effective. Par conséquent, il convient de n'admettre que l'application de deux critères d'attribution, à savoir celui du „prix le plus bas“ et celui de „l'offre économiquement la plus avantageuse“.*

*Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement lors de l'attribution des marchés, il convient de prévoir l'obligation – consacrée par la jurisprudence – d'assurer la transparence nécessaire pour permettre à tout soumissionnaire d'être raisonnablement informé des critères et des modalités qui seront appliqués pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Il incombe dès lors aux pouvoirs adjudicateurs d'indiquer les critères d'attribution ainsi que la pondération relative donnée à chacun de ces critères, et ce en temps utile, par le biais de l'avis de marché, sinon par le cahier spécial des charges, afin que les soumissionnaires en aient connaissance pour établir leurs offres.*

*Les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à l'indication de la pondération des critères d'attribution dans les cas dûment justifiés et motivés, qu'ils doivent être en mesure de motiver, lorsque cette pondération ne peut pas être établie au préalable, notamment en raison de la complexité du marché. Dans ces cas, ils doivent indiquer l'ordre d'importance décroissant de ces critères.*

*Lorsque les pouvoirs adjudicateurs choisissent d'attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, ils évaluent les offres afin de déterminer celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix. Pour ce faire, ils déterminent les critères économiques et qualitatifs qui, dans leur ensemble, doivent permettre de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse pour le pouvoir adjudicateur. La détermination de ces critères est fonction de l'objet du marché dans la mesure où ceux-ci doivent permettre d'évaluer le niveau de performance présenté par chaque offre par rapport à l'objet du marché, tel que défini dans les spécifications techniques, ainsi que de mesurer le rapport qualité/prix de chaque offre.*

*Afin de garantir l'égalité de traitement, les critères d'attribution devraient permettre de comparer les offres et de les évaluer de manière objective. Si ces conditions sont remplies, des critères d'attribution économiques et qualitatifs, comme ceux ayant trait à la satisfaction d'exigences environnementales, peuvent permettre au pouvoir adjudicateur de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, tels qu'exprimés dans les spécifications du marché. C'est dans ces mêmes conditions qu'un pouvoir adjudicateur peut utiliser des critères visant à la satisfaction d'exigences sociales répondant notamment aux besoins – définis dans les spécifications du marché – propres à des catégories de population particulièrement défavorisées auxquelles appartient les bénéficiaires ou utilisateurs des travaux, fournitures, services faisant l'objet du marché.*

*Dans le cadre des marchés publics de services, les critères d'attribution ne doivent pas affecter l'application de dispositions nationales relatives à la rémunération de certains services, tels que, par exemple, les prestations des architectes, des ingénieurs ...“.*

*Amendement 2*

L'article 13 du projet de loi est modifié comme suit:

**„Art. 13. (1) Un règlement grand-ducal prévoit les modalités de l'application par le pouvoir adjudicateur à l'encontre d'un adjudicataire qui ne respecte pas les clauses et conditions du marché public qu'il est chargé d'exécuter, de clauses pénales et d'astreintes.**

**Le cahier des charges régissant un marché déterminé doit indiquer la mention des pénalités susceptibles d'être prises. Elles doivent être adaptées à la nature et à l'importance du marché.** L'amende ne peut pas dépasser vingt pour cent du total de l'offre.

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

**(3) Le pouvoir adjudicateur peut exclure un opérateur économique temporairement de la participation à ses marchés publics pendant une durée ne dépassant pas deux ans si une irrégularité a été commise dans le cadre d'une procédure d'adjudication d'un marché public ou lors de son exécution.**

**Le pouvoir adjudicateur peut également résilier le marché aux torts de l'adjudicataire.**

(4) L'exclusion et la **résiliation** peuvent être décidées s'il y a:

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

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

(6) La décision d'exclusion et **la décision de la résiliation** doivent être motivées et elles doivent être précédées de la consultation de la Commission des soumissions.

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

(8) Les décisions d'exclusion et **les décisions de résiliation** prises sont notifiées à l'opérateur économique visé, aux services publics intéressés et à la Commission des Soumissions.“

*Commentaire de l'amendement:*

La Commission des Travaux Publics se rallie à plusieurs observations faites par le Conseil d'Etat. Ainsi le texte proposé par le Conseil d'Etat pour le paragraphe (1) est-il retenu.

En ce qui concerne le paragraphe (3), la formule „gravité des désordres causés par un opérateur économique“ ayant fait l'objet d'une opposition formelle ne figure plus dans l'actuel amendement.

Il est également tenu compte de la remarque du Conseil d'Etat que l'exclusion d'un opérateur économique s'applique non seulement aux marchés publics à venir, mais également à ceux où l'opérateur est exclu pendant l'une des étapes d'une procédure d'adjudication. A cette fin il est précisé dans le paragraphe (3) que le pouvoir adjudicateur peut être exclu si une irrégularité a été commise dans le cadre d'une procédure *d'adjudication* d'un marché public.

En ce qui concerne l'observation faite quant à la possibilité d'exclure un opérateur économique d'un marché qui lui a été attribué, la Commission des Travaux Publics retient qu'il convient, comme demandé par le Conseil d'Etat, de reprendre la substance de l'article 139 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics dans l'article 13. Ainsi la sanction de la résiliation est-elle désormais également prévue au niveau de la loi. La procédure pour pouvoir prononcer la sanction de la résiliation est identique à celle de l'exclusion.

Or, c'est précisément la résiliation qui a pour conséquence qu'un opérateur économique se voit privé de l'exécution d'un marché qui lui avait été attribué.

Il est encore précisé dans le paragraphe (3) qu'un pouvoir adjudicateur ne peut exclure un opérateur économique que des seuls marchés publics qui relèvent de sa compétence.

En ce qui concerne le paragraphe (4), il est tenu compte de l'observation faite par le Conseil d'Etat relative à la phrase introductive.

Il est cependant à remarquer que le concept de manque de probité commerciale vise à la fois des incidents qui peuvent avoir lieu à l'occasion de la procédure d'attribution du marché public et lors de l'exécution du marché public, de sorte que le projet de texte prévoit à la fois des hypothèses d'exclusion et de résiliation pour la procédure d'adjudication et la phase d'exécution du marché.

Finalement, il y a encore lieu de noter que la décision de l'exclusion constitue une décision administrative, sujette au contrôle du juge administratif, mais que le contentieux de la résiliation relève du champ de compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, alors qu'il est de jurisprudence constante que l'exécution du marché public se fait sur base d'un contrat de droit civil.

\*

Copie de la présente est envoyée pour information au Ministre des Travaux publics et à la Secrétaire d'Etat aux Relations avec le Parlement.

Tout en vous sachant gré de bien vouloir faire aviser les amendements ci-dessus dans un délai permettant à la Chambre des Députés d'adopter encore début mai le projet de loi sous objet, je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma considération très distinguée.

*Le Président de la Chambre des Députés,*  
Lucien WEILER