

N° 6119⁷**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2009-2010

PROJET DE LOI**instituant les recours en matière de marchés publics**

* * *

RAPPORT DE LA COMMISSION DU DEVELOPPEMENT DURABLE

(23.7.2010)

La Commission se compose de: M. Fernand BODEN, Président; M. Léon Gloden, Rapporteur; M. François BAUSCH, Mme Anne BRASSEUR, MM. Lucien CLEMENT, Fernand DIEDERICH, Fernand ETGEN, Mme Marie-Josée FRANK, M. André HOFFMANN, Mme Lydia MUTSCH, MM. Roger NEGRI, Marcel OBERWEIS et Marc SPAUTZ, Membres.

*

I. ANTECEDENTS

En date du 4 mars 2010, le Ministre du Développement durable et des Infrastructures a déposé le projet sous rubrique à la Chambre des Députés.

Le texte était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

L'avis de la Cour administrative est parvenu à la Chambre des Députés en date du 20 avril 2010 et l'avis du Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg est parvenu à la Chambre des Députés en date du 2 juin 2010.

Lors de sa réunion du 9 juin 2010, la Commission du Développement durable a désigné Monsieur le Député Léon Gloden comme rapporteur.

Le Conseil d'Etat a rendu son avis en date du 29 juin 2010.

Au cours de sa réunion du 8 juillet 2010, la Commission du Développement durable a examiné le projet de loi et a adopté plusieurs amendements parlementaires, à la lumière de l'avis du Conseil d'Etat. Ce dernier a rendu son avis complémentaire en date du 16 juillet 2010.

En date du 19 juillet 2010, la Commission a procédé à l'examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat. En date du 23 juillet 2010, elle a adopté une nouvelle série d'amendements parlementaires. Elle a également adopté le présent rapport, sous réserve que la Haute Corporation se déclare d'accord avec les amendements formulés.

*

II. CONSIDERATIONS GENERALES**A. Situation légale et réglementaire actuelle**

Les voies de recours en matière de marchés publics font depuis 1989 l'objet de directives européennes, différentes de celles réglant et coordonnant l'attribution des marchés publics, en l'occurrence la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, transposées en droit national par la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et le règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

Ainsi la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, transposée en droit national par la loi du 13 mars 1993 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la directive 89/665, et la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, transposée en droit national par la loi du 27 juillet 1997 règlent actuellement les recours pour les marchés publics.

Il fut constaté à l'époque que certaines des exigences de ces directives étaient déjà remplies en droit luxembourgeois, et que d'autres devaient encore être transposées.

Le projet de loi sous rubrique, en reprenant les voies de recours fixées par les deux lois susmentionnées dans la mesure qu'elles ont été reprises par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, détaille les voies de recours et introduit la possibilité de voir déclarer un marché dépourvu d'effet.

Il y a lieu de préciser que le présent projet de loi ne modifie ni le champ d'application de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, ni les règles de procédure prévues par cette même loi.

B. Lignes directrices de la nouvelle législation

Le système juridictionnel du Luxembourg en matière de marchés publics suffit à certaines exigences communautaires dans la mesure que des recours en annulation sont possibles devant les juridictions administratives et que le droit à dédommagement du préjudice subi peut être invoqué devant les juridictions civiles.

Les exigences supplémentaires introduites par les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE, et par la directive 2007/66/CE sont transposées par le biais du présent projet de loi:

1. Contrôle préventif en amont de la conclusion du contrat

Cette exigence, déjà prévue actuellement par les directives 89/665 et 92/13, donne la possibilité aux opérateurs économiques d'introduire par voie de référé un recours déjà avant toute décision d'adjudication, afin de corriger des irrégularités au niveau des dossiers de soumission.

2. Délai de suspension (stand-still)

Le projet de loi prévoit un délai de suspension entre la décision d'adjudication et la conclusion du marché, afin que des opérateurs dont l'offre a été écartée à tort, puissent faire valoir utilement leur droit de recours sans que l'exécution du marché n'ait déjà commencé. Ce délai a déjà été prévu par le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et est déjà actuellement appliqué aux procédures des marchés publics.

3. Absence d'effets des marchés passés en violation de certaines obligations en matière de marchés publics

Une grande nouveauté, afin de faire respecter plusieurs exigences procédurales en matière de marchés publics, consiste dans le fait que les contrats conclus en violation de ces obligations peuvent être déclarés comme sans effet par le Président du Tribunal d'arrondissement, siégeant comme juge des référés. Il s'agit d'une exigence de la directive 2007/66 qui va dans le sens de sanctions à qualifier de sévères, mais efficaces en cas de non-respect des exigences légales et réglementaires en la matière. Ainsi, un contrat conclu dans la violation de ces dispositions pourra être annulé et ne produira plus d'effets. Cette faculté est cependant limitée à certains cas de figure bien précis. En plus, le Président du Tribunal d'arrondissement, siégeant comme juge des référés, dispose de la faculté de considérer des raisons impérieuses d'intérêt général et de prononcer uniquement des sanctions de substitution. Le juge des référés pourra ainsi par ordonnance abréger la durée du marché, voire encore prononcer des sanctions financières.

4. *Publicité ex ante en cas de recours à la procédure négociée sans publication d'avis*

Le projet de loi prévoit la sanction de l'absence d'effets pour les contrats conclus sous forme de procédure négociée sans publication d'avis, dans l'hypothèse que le recours à cette procédure ne soit autorisé par la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

Afin de pouvoir échapper au risque d'une telle sanction, le projet de loi prévoit la possibilité de conférer à un tel marché une publicité ex ante, permettant à des opérateurs économiques potentiellement intéressés de se faire connaître avant que le marché ne soit définitivement attribué, et pouvant empêcher ainsi une attribution sans mise en concurrence.

C. Analyse des avis rendus

1. *Avis de la Cour administrative et du Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg*

Les deux avis proposent plusieurs améliorations de texte, notamment en ce qui concerne le référé précontractuel devant le Président du Tribunal administratif. Il en est tenu compte dans la mesure où le Conseil d'Etat se rallie également à ces avis.

2. *Avis du Conseil d'Etat*

La Haute Corporation tient à préciser qu'en raison de l'urgence, elle rend son avis sans que les avis des Chambres professionnelles aient été rendus.

Le Conseil d'Etat relève que le projet de loi „vise à accélérer les procédures de réclamation et les recours, à mieux tenir compte de tous les intérêts en jeu, à accélérer l'exécution des décisions judiciaires et à introduire un délai de suspension entre la décision d'attribution d'un marché et la conclusion qui en résultera“.

Dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010, le Conseil d'Etat note que les modifications proposées répondent largement à des observations présentées dans son avis du 29 juin 2010.

D. Commentaire des articles

Le texte qui a été retenu par la Commission du Développement durable tient dans la mesure du possible compte de l'avis du Conseil d'Etat. A quelques endroits du texte, la Commission a décidé de suivre la directive au lieu de l'avis du Conseil d'Etat, afin de garantir que les dispositions des directives soient transposées correctement.

Il est à préciser que sous les articles 6 à 8, le Conseil d'Etat a fait la remarque que l'intitulé correct de la loi sur les marchés publics est „la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics“, pour la raison que cette loi vient effectivement de faire l'objet d'une modification. La Commission du Développement durable décide partant de redresser cette erreur dans tous les articles qui mentionnent cette loi ou son règlement d'exécution.

Article 3

La Commission du Développement durable tient compte de l'observation faite par le Conseil d'Etat en ce qui concerne l'ambiguïté produite par le terme „mesure provisoire“, et décide de biffer le terme „provisoire“, alors que les mesures prises, consistant dans des corrections des dossiers de soumissions, ont au niveau de la procédure de mise en adjudication un caractère définitif. Cette modification est transmise en date du 8 juillet 2010 sous forme d'amendement parlementaire au Conseil d'Etat.

Dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à émettre concernant cet amendement.

Article 4

La Commission du Développement durable tient compte des observations formulées par l'avis de la Cour administrative et le Conseil d'Etat, et formule un amendement parlementaire.

Cet article comprendra désormais 4 paragraphes, les deux premiers paragraphes contenant les dispositions telles qu'elles se trouvent dans le texte initial, tout en rayant le terme „provisoire“ dans la notion „mesures provisoires“.

Un troisième paragraphe précisera que l'ordonnance est exécutoire dès sa notification et qu'elle n'est susceptible d'aucune voie de recours.

Le quatrième paragraphe prévoit, comme recommandé par le Conseil d'Etat, qu'en cas d'empêchement du président du tribunal administratif, il sera remplacé par un membre du tribunal administratif.

Dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010, le Conseil d'Etat note que:

- En ce qui concerne l'alinéa 3, le Conseil d'Etat peut se déclarer d'accord avec la première phrase. Quant à la seconde phrase („Elle n'est susceptible d'aucune voie de recours.“), il en recommande l'abandon. Il est vrai que la loi du 13 mars 1993 prévoyait que l'ordonnance présidentielle était exécutoire et non susceptible de faire l'objet d'un recours, mais cette loi était bien antérieure à la création des juridictions administratives qui sont structurées de façon à rendre possible l'appel. La possibilité d'interjeter appel contre la décision du juge du référé est manifestement dans l'intérêt du justiciable. L'abandon de la deuxième phrase aurait pour effet de faire place au fonctionnement des règles procédurales ordinaires devant les juridictions administratives.
- L'alinéa 4 pourrait à son tour être abandonné, et l'effet voulu pourrait être obtenu moyennant léger changement à apporter à l'article 3, première phrase du premier alinéa, qui devrait se lire comme suit dans l'intérêt de l'alignement du libellé à l'article 12 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives:

„Le président du tribunal administratif ou le magistrat qui le remplace peut ordonner au provisoire toutes les mesures nécessaires qui ont pour but ...“.

La Commission décide de suivre ces suggestions, en adaptant les articles 3 et 4.

Articles 6 à 8

La Commission du Développement durable décide, en ce qui concerne ces deux articles, de ne pas tenir compte de la suggestion du Conseil d'Etat en vertu de laquelle le président du Tribunal d'arrondissement disposerait également de la possibilité de se faire remplacer par un juge en cas d'empêchement.

La Commission du Développement durable a introduit des amendements parlementaires aux articles 7 premier tiret et 8 c) premier tiret, de même qu'aux articles 9 b), 13 premier tiret et 15 a) premier tiret du présent projet de loi, adoptés au cours de sa réunion du 23 juillet 2010. Elle a en effet constaté que „*Contrairement aux références à des actes d'une intensité normative supérieure ou égale, qui sont à assortir de l'intitulé exact des actes visés, le renvoi à des actes d'une intensité normative inférieure doit, en principe, se limiter à indiquer leur nature, ceci en raison du principe de la hiérarchie des normes juridiques qui impose le parallélisme des formes.*“ (Traité de légistique formelle, Marc Besch, Publication du Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg). Dès lors, dans un souci de respect de la hiérarchie des normes juridiques, la Commission du Développement durable a décidé de biffer dans les articles 7 premier tiret, 8 c) premier tiret, de même qu'aux articles 9 b), 13 premier tiret et 15 a) premier tiret du présent projet de loi, toute référence au règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics et d'y insérer la description des procédures ou situations visées aux articles de ce règlement grand-ducal qui furent cités dans les articles précités du présent projet de loi.

Article 9

Après explications fournies par Monsieur le Ministre du Développement durable et des Infrastructures, la Commission du Développement durable prend note que le renvoi aux articles 4 alinéa (2), 5, 6, 20 paragraphe (5) ou 21 constitue un renvoi à des articles du projet de loi lui-même, de sorte qu'il doit y avoir une erreur de lecture du texte de la part de la Haute Corporation.

Dans un souci de respect de la hiérarchie des normes, la Commission du Développement durable a introduit un amendement à l'article 9 b). Pour le commentaire de cet amendement, il est prié de se reporter ci-dessus.

Article 10

La Commission du Développement durable décide de suivre le Conseil d'Etat et de préciser que dans l'alinéa (2) il s'agit également du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés.

Dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à émettre concernant cet amendement.

Article 11

La Commission du Développement durable décide de ne pas modifier cet article pour la raison de ne pas vouloir courir le risque de procéder à une transposition non conforme de la directive.

Article 12

La Commission du Développement durable décide, afin de garder une analogie dans le texte, d'amender cet article pour que la première phrase ait la même portée du point de vue de la procédure que la première phrase de l'article 13 concernant lequel le Conseil d'Etat a proposé une modification qui est acceptée par la Commission du Développement durable.

Dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à émettre concernant cet amendement.

Article 13

La Commission du Développement durable décide de suivre le Conseil d'Etat de modifier cet article dans le sens proposé par la Haute Corporation.

Dans un souci de respect de la hiérarchie des normes, la Commission du Développement durable a introduit un amendement à l'article 13, premier tiret. Pour le commentaire de cet amendement, il est prié de se reporter ci-dessus.

Article 15

Dans un souci de respect de la hiérarchie des normes, la Commission du Développement durable a introduit un amendement à l'article 15 a) premier tiret. Pour le commentaire de cet amendement, il est prié de se reporter ci-dessus.

Article 16

La Commission du Développement durable décide de ne pas tenir compte des interrogations de la part du Conseil d'Etat pour la raison qu'il paraît clair qu'il s'agit des recours introduits dans le cadre du présent projet de loi devant le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés.

Article 19

La Commission du Développement durable décide de suivre l'observation faite par le Conseil d'Etat, et de remplacer „leurs“ instances de recours par „les“ instances de recours. Elle formule un amendement parlementaire dans ce sens.

Dans son avis complémentaire du 16 juillet 2010, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à émettre concernant cet amendement.

Article 23

La Commission du Développement durable décide de prévoir, sur recommandation du Conseil d'Etat, des mesures transitoires, et décide d'ajouter un nouvel article 23, qui dispose dans son premier paragraphe que le projet de loi va entrer en vigueur le premier jour du mois qui suit sa publication au Mémorial, de sorte que les acteurs concernés pourront être informés en temps utile des nouvelles possibilités de recours qui s'appliqueront alors aux nouvelles procédures de marchés publics.

Un deuxième paragraphe précise que les procédures visant à attribuer un marché, entamées avant l'entrée en vigueur de la présente loi, demeurent soumises à la législation en matière de recours actuellement applicable.

III. TEXTE PROPOSE PAR LA COMMISSION

Compte tenu de ce qui précède, la Commission du Développement durable recommande à la Chambre des Députés d'adopter le projet de loi sous rubrique dans la teneur qui suit:

*

PROJET DE LOI instituant les recours en matière de marchés publics

Chapitre I – Dispositions générales

Art. 1er. La présente loi s'applique aux marchés visés par les livres II et III de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, dénommée ci-après par „la loi sur les marchés publics“, sauf si ces marchés sont exclus en application des articles 24 à 32, de l'article 59, paragraphe (2), des articles 70 à 78, des articles 80 et 81 et de l'article 89 de cette même loi.

Les marchés visés à l'alinéa 1er incluent les marchés publics, les marchés de fournitures, de travaux et de services, les accords-cadres et les concessions de travaux publics visés par les livres II et III de la loi sur les marchés publics.

Les procédures de recours sont accessibles à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée de droit communautaire ou de droit national transposant le droit communautaire en matière de marchés publics.

Art. 2. Les dispositions des articles 3, 4 et 6 sont uniquement applicables aux pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 2 de la loi sur les marchés publics et aux entités adjudicatrices visées par l'article 56 de cette même loi qui sont des autorités administratives.

Les dispositions des articles 20 et 21 sont uniquement applicables aux entités adjudicatrices privées visées par l'article 56 de la loi sur les marchés publics.

Sauf disposition contraire ou additionnelle prévue dans la présente loi en ce qui concerne le règlement de procédure des juridictions administratives, les dispositions de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif et de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives sont applicables.

Les requêtes en référé devant le président du tribunal administratif prévues aux articles 3 et 6 de la présente loi doivent être signifiées au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice visée de manière parallèle au dépôt au greffe du tribunal.

Sauf disposition contraire ou additionnelle prévue dans la présente loi, les recours qui relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire sont réglés par les dispositions du Nouveau Code de procédure civile.

Art. 3. Le président du tribunal administratif ou le magistrat qui le remplace peut ordonner au provisoire toutes les mesures nécessaires qui ont pour but de faire corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation du marché en cause tant que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas procédé à la correction ordonnée.

Il peut notamment supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause.

Art. 4. (1) Le président du tribunal administratif, en tenant compte des conséquences probables des mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, peut décider de ne pas accorder ces mesures lorsque des conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages. Une décision de ne pas accorder des mesures ne porte pas préjudice aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures.

(2) Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir à la poursuite de la procédure de mise en concurrence, voire à la décision d'adjudication jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé.

(3) L'ordonnance est exécutoire dès sa notification.

Art. 5. La conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché relevant du champ d'application des livres II et III de la loi sur les marchés publics ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés.

Les soumissionnaires sont réputés concernés s'ils n'ont pas encore été définitivement exclus. Une exclusion est définitive si elle a été notifiée aux soumissionnaires concernés et a été jugée licite par une instance de recours indépendante ou ne peut plus faire l'objet d'un recours.

Les candidats sont réputés concernés si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas communiqué les informations relatives au rejet de leur candidature avant que la décision d'attribution du marché soit notifiée aux soumissionnaires concernés.

Art. 6. Le président du tribunal administratif peut être saisi endéans les délais prévus à l'article 5 conformément à l'article 11 de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu à l'article 5.

Art. 7. La décision d'attribution est communiquée à chaque soumissionnaire et candidat concerné, accompagnée:

- d'un exposé synthétique des motifs pertinents à communiquer par le pouvoir adjudicateur sur demande de la partie concernée tel que prévu par règlement grand-ducal, sauf exceptions y prévues, et pour les marchés tombant dans le champ d'application du livre III de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, d'un exposé synthétique des motifs pertinents à communiquer par les entités adjudicatrices sur demande de la partie concernée tel que prévu par règlement grand-ducal, sauf exceptions y prévues,
- d'une mention précise de la durée exacte du délai de suspension applicable.

Art. 8. Les délais visés à l'article 5 ne s'appliquent pas dans les cas suivants:

- a) si une publication préalable d'un avis au *Journal officiel de l'Union européenne* n'est pas obligatoire;
- b) si le seul soumissionnaire concerné au sens de l'article 5 est celui auquel le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés;
- c) lorsqu'il s'agit d'un marché fondé sur un accord-cadre visé à l'article 46 de la loi sur les marchés publics.

Lorsque la dérogation visée au point c) est invoquée, le marché en cause est déclaré comme dépourvu d'effets conformément aux articles 9 à 11 et 15:

- s'il y a violation des dispositions régissant l'attribution des marchés fondés sur les accords-cadres avec plusieurs opérateurs économiques remis en concurrence telles que fixées par règlement grand-ducal,
- et
- si le montant estimé du marché est égal ou supérieur aux seuils d'application du livre II de la loi sur les marchés publics.

Art. 9. Un marché est déclaré dépourvu d'effets par le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés:

- a) si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a passé un marché sans avoir préalablement publié un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, sans que cela soit autorisé en vertu des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics;

- b) en cas de violation des articles 4, alinéa (2), 5, 6, 20, paragraphe (5), ou de l'article 21, si cette violation a privé le soumissionnaire intentant un recours de la possibilité d'engager ou de mener à son terme un recours précontractuel lorsqu'une telle violation est accompagnée d'une violation des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics respectivement des dispositions régissant le cahier général des charges applicables aux marchés publics d'une certaine envergure et le cahier général des charges applicables aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux telles que fixées par règlement grand-ducal, et si cette violation a compromis les chances du soumissionnaire intentant un recours d'obtenir le marché;
- c) dans les cas visés à l'article 8, point c), deuxième alinéa.

La décision déclarant un marché dépourvu d'effets peut être subordonnée à une décision au fond établissant qu'une violation a été commise.

Art. 10. Les conséquences du constat de l'absence d'effets d'un marché sont laissées à l'appréciation du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés.

L'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles est possible, mais la portée de l'annulation peut également être limitée aux obligations qui doivent encore être exécutées. Dans ce deuxième cas, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés devra imposer des pénalités financières au sens de l'article 14, paragraphe (2).

Art. 11. Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés a la faculté de ne pas considérer un marché comme étant dépourvu d'effets, même s'il a été passé illégalement pour des motifs visés à l'article 9, s'il constate, après avoir examiné tous les aspects pertinents, que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus. Dans ce cas, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés doit imposer des sanctions financières, qui s'appliquent à titre de substitution.

L'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison impérieuse que dans le cas où, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence d'effets aurait des conséquences disproportionnées.

Toutefois, l'intérêt économique directement lié au marché concerné ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général. L'intérêt économique directement lié au marché comprend notamment les coûts découlant d'un retard dans l'exécution du contrat, du lancement d'une nouvelle procédure de passation de marché, du changement d'opérateur économique pour la réalisation du contrat et d'obligations légales résultant de l'absence d'effets.

Art. 12. L'intervention du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés prévue par l'article 9, point a) est exclue si:

- le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice estime que la passation du marché sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne* est autorisée en vertu des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics,
- le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a publié au *Journal officiel de l'Union européenne* un avis de transparence ex ante volontaire exprimant son intention de conclure le marché, tel que décrit à l'article 18, et
- le marché n'a pas été conclu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour de publication de cet avis au *Journal officiel de l'Union européenne*.

En cas de recours dans le délai prévu au troisième tiret selon les modalités des articles 6 ou 21, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu au troisième tiret.

Art. 13. L'intervention du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés prévue par l'article 9, paragraphe (1), point c) est exclue si:

- le pouvoir adjudicateur estime que l'attribution d'un marché est conforme à la procédure relative à l'attribution des marchés fondés sur les accords-cadres avec plusieurs opérateurs économiques remis en concurrence telle que fixée par règlement grand-ducal,
- le pouvoir adjudicateur a envoyé aux soumissionnaires concernés une décision d'attribution du marché, accompagnée d'un exposé synthétique des motifs, conformément à l'article 7, premier tiret, et

- la conclusion du contrat n'a pas pu avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé, ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés.

En cas de recours dans le délai prévu au troisième tiret selon les modalités de l'article 6, le pouvoir adjudicateur est obligé de surseoir à la conclusion du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu au troisième tiret.

Art. 14. (1) En cas de violation des articles 4, alinéa (2), 5, 6, 20, paragraphe (5) ou de l'article 21, sans que les conditions d'application de l'article 9, point b) ne soient remplies, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés prononce des sanctions de substitution.

(2) Les sanctions de substitution pouvant être prononcées suivant l'article 10, alinéa (2) et suivant l'article 14, paragraphe (1) doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.

Elles consistent:

- à imposer des pénalités financières au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, ou
- à abréger la durée du marché.

Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés tient compte de tous les facteurs pertinents, y compris la gravité de la violation, le comportement du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice et, dans les cas visés à l'article 10 la mesure dans laquelle le contrat continue à produire des effets.

Dans l'hypothèse où une pénalité financière est imposée, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés émet un ordre de paiement d'une somme déterminée au profit de l'Etat et à percevoir par l'administration de l'enregistrement et des domaines. Le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision au fond établissant que la violation a été commise. La somme à verser doit être de nature à empêcher le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice de commettre une nouvelle infraction à la loi. Cette pénalité financière s'élève au maximum à 15 pour cent du montant hors TVA du marché attribué.

L'octroi de dommages et intérêts ne constitue pas une sanction appropriée aux fins de cet article.

Art. 15. L'introduction d'un recours en application de l'article 9 doit intervenir:

- a) avant l'expiration d'un délai de 30 jours à compter du lendemain du jour où:
 - le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a publié l'avis d'attribution de marché selon les procédures fixées par règlement grand-ducal, à condition que cet avis contienne la justification de la décision d'attribuer le marché sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*
 - le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a informé les soumissionnaires et les candidats concernés de la conclusion d'un accord-cadre ou de l'adjudication d'un marché, pour autant que cette information soit accompagnée d'un exposé synthétique des motifs tel que prévu à l'article 7. Ce délai s'applique également aux cas visés à l'article 8, point c);
- b) avant l'expiration d'un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté les dispositions du point a).

Art. 16. En cas de recours téméraire et vexatoire, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut, à la demande du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, octroyer une indemnité adéquate, dont le montant total ne peut en aucun cas dépasser 5 pour cent du montant hors TVA du marché attribué.

Art. 17. Tout pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice autre que l'Etat qui a fait l'objet d'une notification de la Commission européenne, en application de l'article 3 de la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés

publics de fournitures de travaux, ou en application de l'article 8 de la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application de règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, telles que modifiées par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, est tenu de fournir à l'autorité déterminée par voie de règlement grand-ducal, dans les dix jours de la notification, tous les documents et renseignements nécessaires à l'élaboration de la communication à faire en application des directives précitées.

Art. 18. L'avis de transparence ex ante volontaire visé à l'article 12, deuxième tiret, contient les informations suivantes:

- a) nom et coordonnées du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice;
- b) description de l'objet du marché;
- c) justification de la décision du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice d'attribuer le marché sans publication préalable d'avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*;
- d) nom et coordonnées de l'opérateur économique auquel il a été décidé d'attribuer le marché, et
- e) le cas échéant, toute autre information jugée utile par le pouvoir adjudicateur ou par l'entité adjudicatrice.

Art. 19. Une autorité déterminée par voie de règlement grand-ducal communique chaque année à la Commission européenne le texte de toutes les décisions, accompagnées de leurs motifs, que les instances de recours ont prises conformément à l'article 11.

Chapitre II – Règles particulières applicables aux recours en matière de passation de marchés des entités adjudicatrices privées opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux

Art. 20. (1) Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut soit

- a) prendre des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher que d'autres préjudices soient causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché en cause ou l'exécution de toute décision prise par l'entité adjudicatrice. Il peut notamment supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans l'avis du marché, l'avis périodique indicatif, l'avis sur l'existence d'un système de qualification, l'invitation à soumissionner, les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation de marché en cause;
- soit
- b) prendre toutes mesures autres – que celles prévues au point a), ayant pour but de corriger la violation constatée et d'empêcher que des préjudices soient causés aux intérêts concernés; il peut notamment émettre un ordre de paiement d'une somme déterminée au profit de l'Etat et à percevoir par l'administration de l'enregistrement et des domaines dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée. Le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision au fond établissant que la violation a été commise.

(2) Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés, en tenant compte des conséquences probables de ces mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, peut décider de ne pas accorder ces mesures lorsque leurs conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages. Une décision de ne pas accorder des mesures provisoires ne porte pas atteinte aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures.

(3) La somme à verser conformément au paragraphe (1), point b) doit être de nature à empêcher l'entité adjudicatrice de commettre une infraction ou de persévérer dans une infraction. Le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision au fond établissant que la violation a bien été

commise. La somme à verser doit être de nature à empêcher l'entité adjudicatrice de commettre une nouvelle infraction à la loi. Cette pénalité financière s'élève au maximum à 15 pour cent du montant hors TVA du marché attribué.

(4) L'assignation en référé prévue par le paragraphe (2) doit se faire avant la décision d'adjudication par l'entité adjudicatrice. La requérante notifie par voie d'huissier à l'entité adjudicatrice l'assignation en référé.

(5) L'entité adjudicatrice est obligée de surseoir à la poursuite de la procédure de mise en concurrence, voire à la décision d'adjudication jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé.

Art. 21. Dans les hypothèses et délais prévus à l'article 5, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut ordonner le sursis à exécution de la conclusion du contrat par une entité adjudicatrice.

Les dispositions des articles 5, 7 et 8 doivent être respectées par les entités adjudicatrices.

L'entité adjudicatrice est obligée de surseoir à la signature du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance de référé et jusqu'à l'expiration du délai prévu à l'article 5.

Lorsque le sursis à exécution est prononcé, une décision au fond peut établir qu'une violation a été commise.

Chapitre III – Dispositions finales

Art. 22. La loi modifiée du 13 mars 1993 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive 89/665 du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de marchés publics et la loi du 27 juillet 1997 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications sont abrogées.

Art. 23. (1) La présente loi entre en vigueur le premier jour du mois qui suit sa publication au Mémorial.

(2) Les procédures comportant publication d'un avis, publiées avant la date d'entrée en vigueur, et à défaut de publication d'un avis, les invitations à présenter une candidature ou à remettre une offre, lancées avant la date d'entrée en vigueur, demeurent soumises aux dispositions législatives en vigueur au moment de la publication de l'avis ou de l'invitation.

Luxembourg, le 23 juillet 2010

Le Rapporteur,
Léon GLODEN

Le Président,
Fernand BODEN

