

**N° 6119**  
**CHAMBRE DES DEPUTES**  
 Session ordinaire 2009-2010

---

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

\* \* \*

(Dépôt: le 10.3.2010)

**SOMMAIRE:**

	<i>page</i>
1) Arrêté Grand-Ducal de dépôt (23.2.2010).....	1
2) Exposé des motifs .....	2
3) Texte du projet de loi.....	7
4) Commentaire des articles .....	13

\*

**ARRETE GRAND-DUCAL DE DEPOT**

Nous HENRI, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Sur le rapport de Notre Ministre du Développement durable et des Infrastructures et après délibération du Gouvernement en Conseil;

Arrêtons:

*Article unique.*– Notre Ministre du Développement durable et des Infrastructures est autorisé à déposer en Notre nom à la Chambre des Députés le projet de loi instituant les recours en matière de marchés publics.

Melbourne, le 23 février 2010

*Le Ministre du Développement durable  
 et des Infrastructures,*  
 Claude WISELER

HENRI

\*

## EXPOSE DES MOTIFS

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.

\*

### 1. HISTORIQUE

Les directives initiales relatives aux voies de recours en matière de marchés publics datant de 1989 et de 1992 avaient pour objet d'instaurer des voies de recours efficaces alors qu'il était constaté à l'époque que dans plusieurs Etats membres de l'Union européenne, l'absence de moyens efficaces ou l'insuffisance des moyens existants dissuadait les entreprises de tenter de participer à des marchés publics dans d'autres Etats membres.

Les exigences principales de ces deux directives étaient les suivantes:

- accessibilité et efficacité des recours;
- possibilité de dédommagement en cas de préjudice subi;
- contrôle préventif en amont de la conclusion du marché;
- système d'alarme à déclencher par la Commission européenne.

Il fut constaté lors de la transposition de la directive 89/665 que les deux premières exigences étaient déjà remplies en droit luxembourgeois.

Si à l'époque, le Comité du Contentieux du Conseil d'Etat était compétent pour connaître des recours contre des décisions administratives telles que le constituent les décisions d'adjudication, il y a lieu de préciser que ce sont depuis 1997 les juridictions de l'ordre administratif, à savoir le Tribunal administratif en première instance et la Cour administrative en instance d'appel qui sont compétentes en la matière.

Ces juridictions administratives ont compétence pour annuler des décisions d'adjudication. Le délai de recours est de trois mois à partir de la notification correcte de la décision d'adjudication conformément à l'article 13, paragraphe (1) de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

L'indemnisation du soumissionnaire irrégulièrement évincé, relève en raison du système juridictionnel dualiste, de la compétence du juge civil et se fait sur base de la responsabilité délictuelle, voire quasi délictuelle sur base de l'article 1382 du Code Civil, ou encore sur base de la loi du 1er septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques.

Afin de permettre un contrôle préventif, la loi du 13 mars 1993 a instauré une procédure de référé devant le Président du Comité du Contentieux afin qu'il puisse intervenir avant la conclusion du contrat dans la procédure d'adjudication de marchés publics. Cette nouvelle attribution a dérogé à la règle générale de l'époque qu'un recours devant une juridiction administrative n'est ouvert que contre des décisions à caractère individuel, alors que les dispositions des dossiers de soumissions sont à considérer comme des actes administratifs à caractère réglementaire. En plus, le Président du Comité du Contentieux

a reçu non seulement la faculté d'annuler des dispositions des dossiers de soumission contraires à la norme communautaire, mais encore de corriger des dispositions de la norme communautaire, de suspendre la procédure d'adjudication et même de supprimer des dispositions litigieuses, de sorte qu'il s'agissait d'un recours en réformation.

La loi du 13 mars 1993 concerne uniquement des pouvoirs adjudicateurs constituant des entités publiques qui rendent des décisions administratives, dont le contentieux d'annulation et de réformation relève des juridictions administratives.

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 qui fut transposée par la loi du 27 juillet 1997 ne s'applique pas uniquement à des entités du secteur public, mais également des entités qui relèvent du secteur privé, comme par exemple des sociétés privées bénéficiant d'un droit exclusif comme la S.E.O. ou des entrepreneurs privés de transports d'autobus desservant des lignes de transport public. Pour cette raison, cette directive parle d'entités adjudicatrices et non pas de pouvoirs adjudicateurs.

Les dispositions s'appliquant à ces secteurs se distinguent par une plus grande flexibilité notamment dans le domaine de la procédure d'attribution d'un marché. Elles sont actuellement réglées par 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 transposée en droit national par la loi sur les marchés publics (transposée en droit national par le livre III de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics).

En ce qui concerne la transposition des dispositions de la directive 92/13, la loi du 27 juillet 1997 fait appliquer aux recours contre les décisions des entités publiques, qui rendent des décisions administratives, les dispositions de la loi modifiée du 13 mars 1993 de sorte qu'actuellement les juridictions administratives connaissent des recours en référé avant la conclusion du contrat et des recours en annulation contre la décision d'adjudication, tandis que les juridictions civiles sont compétentes pour le contentieux relatif à l'indemnisation.

Pour les recours contre les marchés relatifs à des commandes des entités privées, appelées ci-après entités adjudicatrices privées, la loi du 27 juillet 1997 a conféré la compétence aux juridictions civiles, la procédure du référé y étant bien ancrée. En effet, les juridictions administratives ne sont pas compétentes pour connaître des recours contre des décisions d'entités privées.

Cette loi a conféré au juge civil la possibilité, soit de prendre par référé des mesures provisoires, de suspendre la procédure et de supprimer des dispositions discriminatoires, soit d'émettre un ordre de paiement dissuasif à l'encontre de l'entité tant qu'elle persiste dans l'illégalité. La possibilité d'annulation n'est donc pas prévue.

L'entité qui s'est vue infliger un ordre de paiement doit verser la somme due à l'Etat, de sorte qu'il n'y pas de risque de double indemnisation, le recours en indemnisation restant toujours ouvert pour des concurrents évincés à tort.

La loi du 27 juillet 1997 a également instauré la possibilité de recourir à un attestateur, ou en cas de litige, la possibilité d'une procédure de conciliation.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi modifiée du 13 mars 1993 et de la loi du 27 juillet 1997, le contentieux en application de ces deux lois était peu abondant, l'on doit même dire que l'application de la loi du 27 juillet 1997, vu le nombre très réduit d'entités visées, est restée quasiment lettre morte.

Les recours usuels contre les décisions d'attribution de marchés publics se font par des recours en annulation devant le Tribunal administratif et ne sont intentés qu'après la notification de rejet d'une offre.

**2. LA NOUVELLE DIRECTIVE 2007/66/CE DU PARLEMENT EUROPEEN  
ET DU CONSEIL DU 11 DECEMBRE 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**

La directive 2007/66/CE prévoit un certain nombre de mécanismes, dont les principales caractéristiques peuvent être résumées de la manière suivante:

- o procédures rapides et efficaces de correction et de protection;
- o annulation des décisions illégales y compris celles contenues dans les documents du marché;
- o octroi de dommages et intérêts;
- o balance des intérêts en présence;
- o exécution efficace des décisions des instances de recours;
- o délai de suspension (standstill);
- o information précise des candidats concernés et des soumissionnaires;
- o absence d'effets des marchés passés en violation de certaines obligations imposées par les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE et sanctions de substitution.

Les consultations des parties concernées au niveau européen, ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ont révélé un certain nombre de faiblesses dans les mécanismes de recours existant dans les Etats membres. En raison de ces faiblesses, les mécanismes visés par les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE ne permettent pas toujours de veiller au respect des dispositions communautaires, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées. Ainsi, la directive 2007/66/CE dispose dans son considérant „*qu'il conviendrait de renforcer les garanties de transparence et de non-discrimination que ces directives cherchent à assurer afin que la Communauté dans son ensemble puisse bénéficier pleinement des effets positifs de la modernisation et de la simplification des règles relatives à la passation des marchés publics auxquelles ont abouti les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE. Il convient donc d'apporter aux directives 89/665/CEE et 92/13/CEE les précisions indispensables pour atteindre les résultats recherchés par le législateur*“.

Il est précisé dans les considérants que „*parmi les faiblesses relevées figure notamment l'absence, entre la décision d'attribution d'un marché et la conclusion dudit marché, d'un délai permettant un recours efficace. Cela conduit parfois les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices désireux de rendre irréversibles les conséquences de la décision d'attribution contestée à précipiter la signature du contrat. Afin de remédier à cette faiblesse, qui compromet gravement la protection juridictionnelle effective des soumissionnaires concernés, c'est-à-dire les soumissionnaires qui n'ont pas encore été définitivement exclus, il y a lieu de prévoir un délai de suspension minimal, pendant lequel la conclusion du contrat concerné est suspendue, que celle-ci intervienne ou non au moment de la signature du contrat*“.

Il est à noter que cette problématique a déjà fait en 2002 l'objet d'une mise en demeure de la part de la Commission européenne alors qu'il fut estimé à l'époque que la législation luxembourgeoise ne satisfaisait pas aux exigences posées par la directive 89/665/CEE telles qu'interprétées par la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'arrêt „Alcatel“ du 28 octobre 1999 dans l'affaire C-81/98, pour la raison que la législation luxembourgeoise, dans la mesure qu'elle prévoyait que la décision d'adjudication vaut en principe conclusion du contrat (article 32 paragraphe 8 du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 portant institution d'un cahier général des charges applicables aux marchés publics de travaux et fournitures pour le compte de l'Etat), et ne permettait pas un recours „utile“ contre cette décision, c'est-à-dire à un stade où les violations peuvent encore être corrigées.

Le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale du 13 décembre 1988 a partant, afin de se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des Communautés européennes, prévu à l'article 90 paragraphe (4):

*„La conclusion du contrat avec l'adjudicataire a lieu après un délai d'au moins quinze jours à compter de l'information donnée aux autres concurrents suivant les dispositions du paragraphe précédent. Elle a lieu par l'apposition de la signature du pouvoir adjudicateur sur le document de soumission remis par l'adjudicataire.“*

Cette disposition a été reprise par le règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics dans l'article 90 (4).

Le délai de suspension minimal sera désormais retenu et encadré plus en détail dans le présent projet de loi.

Il est à préciser que l'article 90 (4) du règlement grand-ducal précité s'applique à tous les marchés publics quelle que soit leur envergure, tandis que les dispositions du projet de loi sous rubrique ont uniquement vocation à s'appliquer aux marchés des livres II et III de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, donc ceux tombant dans le champ d'application des directives sur les marchés publics 2004/17/CE et 2004/18/CE.

La directive 2007/66/CE innove dans la mesure qu'elle introduit des sanctions efficaces notamment à l'encontre de la violation de l'obligation de délai de suspension (standstill) qui sont des conditions indispensables pour qu'un recours soit efficace. Ainsi les marchés conclus en violation du délai de suspension sont considérés en principe comme dépourvus d'effets s'ils s'accompagnent d'une violation de dispositions des directives 2004/17/CE ou 2004/18/CE et si cette violation a compromis les chances du soumissionnaire intentant ce recours d'obtenir le marché.

Dans l'hypothèse d'autres violations des conditions formelles, en sus de la violation du délai de standstill, des sanctions de substitution sont prévues par le présent projet de loi, qui peuvent consister en des pénalités financières ou en un abrègement de la durée du marché.

Une autre grande nouveauté du présent projet de loi consiste dans la lutte contre la passation illégale de procédures négociées sans publication préalable, que la Cour de Justice des Communautés européennes a qualifiée comme la violation la plus importante en matière de marchés publics de la part d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice. La directive prévoit ainsi pour les procédures négociées passées de manière illégale également la sanction de l'absence d'effets, voire des sanctions de substitution. Afin d'éviter l'incertitude juridique susceptible de découler de l'absence d'effets, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices disposeront de la faculté de procéder à la publication d'un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne informant de l'intention de procéder par voie négociée sans publication préalable, qualifié d'avis de transparence ex ante volontaire. En effet, de cette manière, il est donné une publicité adéquate aux marchés négociés sans publication préalable.

Par contre le système d'attestation prévu par la directive 92/13/CEE, qui est resté quasiment inutilisé, et qui ne se justifie plus au vu de l'absence de demande réelle de la part des entités adjudicatrices est supprimé, de même que le mécanisme de conciliation qui n'a suscité aucun intérêt réel de la part des opérateurs économiques.

\*

### **3. TRANSPOSITION EN DROIT NATIONAL**

Le projet de loi va reprendre les possibilités de recours prévues par la loi modifiée du 13 mars 1993 et la loi du 27 juillet 1997, abstraction faite des dispositions qui sont abrogées par la directive 2007/66/CE.

Le projet de loi aura l'ambition de coordonner en un texte les deux directives 89/665/CE et 92/13/CEE qui sont modifiées de manière très substantielle par la directive 2007/66/CE.

Il convient de préciser qu'en matière de marchés publics, les recours de droit commun sont évidemment toujours possibles, à savoir le recours en annulation devant les juridictions administratives et les recours en indemnisation devant les juridictions de l'ordre judiciaire.

L'instauration du délai de suspension minimal de 15 jours à respecter entre la notification de la décision d'adjudication et la conclusion du contrat, prévu à l'article 90 (4) du règlement grand-ducal du 8 août 2009 précité a provoqué à plusieurs reprises la saisine du Président du Tribunal administratif en application des articles 11 et 12 de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

La jurisprudence a admis qu'en introduisant un délai entre la date de l'adjudication et celle de la conclusion du contrat d'exécution du marché, les auteurs de la réglementation entendaient conférer aux soumissionnaires évincés un droit de recours contre la décision d'adjudication autre que celui se soldant par l'octroi de dommages-intérêts (Ordonnance du 4 avril 2006; No 21098 du rôle).

Le recours possible, outre le recours gracieux à introduire auprès du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, ou encore auprès de la Commission des Soumissions, consiste partant en un recours en sursis à exécution devant le Président du Tribunal administratif, alors que le délai de suspension, n'étant que de 15 jours minimum, ne saurait suffire pour que le juge administratif rende un jugement au fond concernant la régularité du choix de l'adjudicataire.

Dans l'ordonnance prémentionnée, il fut retenu qu'il fallait admettre que la nouvelle réglementation a conféré au Président du Tribunal administratif, statuant dans le cadre des pouvoirs des articles 11 et 12 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, le pouvoir de prononcer le sursis à exécution d'une décision d'adjudication d'un marché public, un tel sursis entraînant essentiellement que tant qu'une ordonnance de sursis à exécution produit ses effets, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ne sauraient conclure le contrat d'exécution du marché litigieux. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice sont obligés de suspendre la conclusion du contrat jusqu'au moment où le litige a été tranché au fond par le Tribunal administratif, voire la Cour administrative. Des raccourcissements des délais peuvent être demandés conformément à l'article 5 paragraphe (8) de la loi précitée.

A noter qu'en ce qui concerne l'application de l'article 11 (2) de la loi prémentionnée qui prévoit que le sursis à exécution ne peut être décrété qu'à la double condition que d'une part, l'exécution de la décision attaquée risque de causer au requérant un préjudice grave et définitif et que d'autre part, les moyens invoqués à l'appui du recours dirigé contre la décision apparaissent comme sérieux, la jurisprudence est constante dans la mesure que le moyen tiré de l'absence du risque d'un préjudice grave et définitif est toujours rejeté de sorte qu'il est uniquement toisé sur le deuxième moyen relatif à la question du sérieux des moyens invoqués.

Cette possibilité du sursis à exécution a eu dans certains litiges comme conséquence que des marchés attribués à tort à des soumissionnaires n'ont pas été exécutés, de sorte qu'une nouvelle décision d'adjudication a pu être prise. Dans d'autres hypothèses, il s'est avéré que des requérants dont la demande en sursis a été rejetée n'ont plus continué l'affaire au fond devant le Tribunal administratif, pour la raison que leur recours avait pour raison unique de se voir attribuer le marché et non pas d'obtenir des dommages et intérêts.

Désormais, le projet de loi contient des dispositions plus détaillées quant à la durée du délai de suspension, et des sanctions en cas de non-respect de ce délai sont prévues, à savoir l'absence d'effets, qui peut être prononcée en plus des dommages et intérêts au bénéfice du soumissionnaire indûment évincé.

Une conséquence positive de cette possibilité de saisir le Président du Tribunal administratif consiste dans le fait que des litiges peuvent être résolus rapidement, et que les hypothèses de procédures en dommages et intérêts, intentés par des soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue à un moment où le marché est en pleine exécution, sont devenues moins fréquentes.

Pour les procédures négociées sans publication préalable, comme le projet de loi prévoit la possibilité de la publication d'un avis ex ante informant de l'intention d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice de conclure un tel marché, un recours en sursis à exécution devant le Président du Tribunal administratif sera désormais également possible à l'encontre de la procédure négociée.

En ce qui concerne les sanctions en cas de non-respect des délais susmentionnés, il convient de préciser qu'elles relèvent de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire. En effet, en cas de non-respect d'un délai entre la décision d'attribution d'un marché public et la conclusion du contrat, ce contrat est forcément conclu au moment où un soumissionnaire qui est évincé introduit un recours, de sorte que les juridictions administratives ne sont plus compétentes.

Les sanctions qui sont conformément au projet de loi, à la disposition des juges de l'ordre judiciaire consistent à ce qu'ils peuvent d'un côté prononcer le contrat comme dépourvu d'effets et d'un autre côté qu'ils peuvent prononcer des sanctions de substitution, à savoir l'imposition de pénalités financières ou en un abrégement de la durée du marché.

Il ressort en effet des considérants de la directive 2007/66/CE que l'absence d'effets est la manière la plus efficace de rétablir la concurrence et de créer de nouvelles perspectives, mais la directive prévoit quand même la possibilité, lorsque les circonstances exceptionnelles du cas d'espèce l'exigent pour des raisons impérieuses d'intérêt général, que le contrat ne soit pas remis en cause. Des sanctions de substitution telles qu'énoncées dans le paragraphe précédent sont à prononcer dans ce cas de figure.

La compétence pour déclarer le contrat dépourvu d'effets incombe au président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés, qui connaît déjà des litiges en matière de marchés publics depuis la loi du 27 juillet 1997 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive du Conseil No 92/13/CEE du 25 février 1992.

Vu que les possibilités de recours en vue de déclarer le contrat comme dépourvu d'effets, voire de demander l'application de sanctions de substitution sont clairement encadrées par le présent projet de texte, et que le contentieux est relativement réduit en application des deux lois du 13 mars 1993 et du 27 juillet 1997 précitées, il est probable que les recours devant le juge des référés resteront peu fréquents.

Finalement, en ce qui concerne les entités adjudicatrices privées, les recours qui, pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices rendant des décisions administratives, sont de la compétence des juridictions administratives, relèvent du président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés, et en cas de contestations sérieuses, ces ordonnances peuvent être subordonnées à une décision au fond.

\*

## TEXTE DU PROJET DE LOI

### Chapitre I – Dispositions générales

**Art. 1er.** La présente loi s'applique aux marchés visés par les livres II et III de la loi 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 peut prendre par voie de référé des mesures provisoires ayant 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.** Le président du tribunal administratif, en tenant compte des conséquences probables des mesures provisoires 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 provisoires ne porte pas préjudice aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures.

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.

**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 visés à l'article 197 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, sous réserve des dispositions de l'article 198 de ce même règlement pour les marchés tombant dans le champ d'application du livre II de la loi sur les marchés publics, et pour les marchés tombant dans le champ d'application du livre III de la loi sur les marchés publics, d'un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 308, alinéa (1) du règlement grand-ducal précité sous réserve des dispositions de l'article 308, alinéa (2);
- 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 de l'article 221, alinéa (2), second tiret du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics  
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 des livres II ou III du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, 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 juge 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.** La déclaration d'absence d'effets prévue à l'article 9, point a) ne s'applique pas 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.** La déclaration d'absence d'effets prévue à l'article 9, paragraphe (1), point c), ne s'applique pas si:

- le pouvoir adjudicateur estime que l'attribution d'un marché est conforme à l'article 221, alinéa (2), second tiret du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi sur les marchés publics,

- 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.** (1) 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 a publié l’avis d’attribution du marché conformément aux articles 172 à 181 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi sur les marchés publics, voire conformément aux articles 274 à 283 de ce même règlement pour les entités adjudicatrices, 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*, ou
  - 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 leurs 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.

## COMMENTAIRE DES ARTICLES

### Article 1er:

L'article 1er délimite le champ d'application du présent projet de loi quant à la matière et quant aux personnes.

Sont uniquement soumis au présent projet de loi les marchés tombant dans le champ d'application des livres II et III de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics (nommée par la suite „la loi sur les marchés publics“). Les marchés exclus en vertu de différentes dispositions de cette loi ne sont partant pas visés par ce projet de loi. Il est par ailleurs précisé que les dispositions de ce projet de loi s'appliquent à la fois aux marchés qui peuvent être attribués par la procédure ouverte, par la procédure restreinte ou par la procédure négociée, et aux accords-cadres et aux concessions de travaux publics.

L'article précise également que les procédures de recours visés par cette loi doivent être 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, que ce soit une violation de droit communautaire ou de droit national transposant le droit communautaire en matière de marchés publics.

### Article 2:

Ce projet de texte reprend et confirme la répartition des compétences entre les deux ordres judiciaires, telle qu'opérée par loi du 13 mars 1993 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive 89/665 du Conseil du 21 décembre 1989 et la loi du 27 juillet 1997 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive du Conseil No 91/13/CEE du 25 février 1992 et fixe par le biais de cet article quelle juridiction est compétente.

Ainsi les recours prévus aux articles 3, 4 et 6 qui relèvent de la compétence des juridictions de l'ordre administratif ne sont ouverts que contre les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices qui sont des autorités administratives, tandis que les recours prévus aux articles 20 et 21 ne sont ouverts que contre les entités adjudicatrices privées, qui en l'occurrence ne rendent pas des décisions administratives.

Les autres recours, qui se situent dans l'ordre chronologique après la conclusion du contrat ayant fait l'objet du marché, relèvent, quelle que soit la nature de l'entité en cause, des juridictions de l'ordre judiciaire. Le texte suit sur ce point la jurisprudence des juridictions administratives selon laquelle „tout comme les contestations se rapportant aux contrats conclus par l'administration, les contestations ou prétentions pouvant résulter du refus de l'administration de s'engager contractuellement sont exclusivement de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire“ (CA 12-3-98 (10497C); TA 26-6-03 (15341)).

L'article 2 a encore pour objet de préciser les règles de procédure devant les tribunaux en ce qui concerne les recours prévus par le présent projet de loi. Dans les deux cas, ce sont les règles de procédure généralement applicables devant ces juridictions qui ont vocation à s'appliquer.

Il est encore précisé que les requêtes en référé adressées au président du tribunal administratif doivent être signifiées de manière parallèle par voie d'huissier au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice visées afin qu'ils soient au courant de manière non équivoque et sursoient à toute mesure d'exécution de l'acte attaqué.

### Article 3:

L'article 3 énumère les mesures que le président du tribunal administratif peut prendre dans le cadre de la procédure appelée couramment „référé précontractuel“, donc dans la procédure qui précède la décision d'adjudication. Cet article reprend les dispositions de l'article 2 de la loi du 13 mars 1993 précitée et donne ainsi la possibilité aux opérateurs économiques d'agir contre des irrégularités au niveau des documents de soumission et qui par le biais de ce „référé précontractuel“, peuvent encore être corrigées par ordonnance du président du tribunal administratif.

En pratique, il y a cependant lieu de préciser que cette possibilité de recours, bien qu'instituée déjà depuis 1993, est actuellement très peu utilisée par les opérateurs économiques.

### Article 4:

L'alinéa (1) de cet article reprend le texte de l'article 3 de la loi modifiée du 13 mars 1993 précitée, autorisant le président du tribunal administratif à refuser les mesures sollicitées du moment que leurs conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages.

L'alinéa (2) s'inspire de l'article 6 de la loi modifiée du 13 mars 1993 dans la mesure que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices visés sont obligés de surseoir à la poursuite de la procédure de mise en adjudication, voire à la décision d'adjudication jusqu'à la notification de l'ordonnance en référé. Ainsi, lorsque le président du tribunal administratif est saisi d'un référé en amont de l'ouverture des offres, les documents de soumissions peuvent encore être modifiés suite à l'ordonnance du président, sans qu'une nouvelle procédure de mise en concurrence ne doive être lancée.

*Article 5:*

Cet article introduit au niveau de cette loi le délai de standstill entre la communication de la décision d'adjudication aux opérateurs économiques concernés et la conclusion du contrat, qui avait déjà été introduit par l'article 90, paragraphe (4) du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics suite à la mise en demeure de la Commission européenne dont mention dans l'exposé des motifs.

Il est donné la possibilité d'utiliser des moyens électroniques de communication ou le télécopieur auquel cas le délai de standstill doit être d'au moins 10 jours ou, si d'autres moyens sont utilisés, à savoir la voie postale, le délai devra être d'au moins 15 jours. Il est précisé que ces délais commencent à courir à partir du lendemain de l'envoi. Cette formule confère un maximum de sécurité juridique au pouvoir adjudicateur, voire à l'entité adjudicatrice dans la mesure que la date d'envoi peut être objectivement déterminée, tandis que la date de la réception constituerait un facteur d'incertitude.

Ce délai de standstill est uniquement prévu dans l'hypothèse qu'on se trouve face à des soumissionnaires ou candidats concernés. En ce qui concerne la définition des candidats et soumissionnaires, il y a lieu de se référer aux définitions prévues par l'article 3 de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics. En sus de la définition des soumissionnaires ou candidats concernés donnée par cet article, il y a lieu de noter qu'il s'agit en pratique des candidats ou soumissionnaires dont l'offre ou la candidature n'a pas été retenue.

L'introduction de ce délai de standstill présente l'avantage que dans l'hypothèse que le délai soit respecté, des décisions d'attribution de marchés publics irrégulières peuvent encore être rectifiées sans que le marché ne soit en train d'être exécuté. Ceci présente l'avantage que le risque qu'un opérateur économique, choisi en vertu d'une décision irrégulière, réalise un marché public est substantiellement réduit. Ainsi l'opérateur économique qui a d'abord été évincé de manière irrégulière, pourra se voir attribuer le marché après décision judiciaire, ce qui sera plus bénéfique pour les parties en cause que l'octroi de dommages et intérêts au requérant et l'exécution du marché en parallèle sur base d'une décision irrégulière.

*Article 6:*

L'article 6 décrit la possibilité de recours devant le président du tribunal administratif durant la période de standstill et qui tend à la demande en sursis à exécution de la décision d'adjudication. Dès la saisine du Président du Tribunal administratif, 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, ce qui signifie que la conclusion du contrat sur base du marché public dont est saisi le président ne pourra pas avoir lieu. Le président ordonnera soit le sursis à exécution auquel cas ce sera le tribunal administratif qui rendra le jugement au fond, soit il n'accordera pas de sursis, auquel cas le contrat pourra être conclu. Si l'ordonnance était rendue avant l'expiration du délai de 10, voire 15 jours prévu à l'article 5, ce délai de standstill devra pourtant toujours être respecté.

*Article 7:*

Cet article décrit de quelles informations les soumissionnaires et candidats doivent disposer lorsque la décision d'attribution et en conséquence l'information du rejet de leur offre leur est communiquée. Comme en application notamment des règles relatives à la procédure administrative non contentieuse, les décisions administratives de rejet doivent être motivées, de même que les voies de recours doivent être indiquées, cet article ne fait que corroborer une obligation administrative bien établie depuis 1979.

Il s'agira en l'occurrence des motifs du rejet de l'offre, par exemple la raison pour laquelle l'offre n'est pas techniquement conforme. L'identité de l'adjudicataire retenu sera également communiquée.

Il y a cependant lieu de noter que l'article 198 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics apporte une atténuation à ce principe d'information dans la mesure où il peut être renoncé à la communication de certains renseignements lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci.

Des obligations analogues sont prévues pour les marchés tombant dans le champ d'application du livre III de la loi sur les marchés publics.

*Article 8:*

Cet article énumère les hypothèses dans lesquelles les différents délais de standstill prévus à l'article 5 ne s'appliquent pas.

La première hypothèse vise les cas où une publication au niveau européen telle qu'elle est prévue aux livres II et III n'est pas obligatoire, en l'occurrence la procédure négociée sans publication d'un avis de marché.

La deuxième hypothèse est soit celle que le seul soumissionnaire concerné est celui auquel le marché est attribué, donc qu'il n'y a que remise d'une seule offre, soit que dans les procédures en deux phases, seul un soumissionnaire introduirait une offre et qu'il n'y aurait plus de candidats concernés, alors que ceux-ci ont déjà pu se prévaloir en amont de leur droit aux recours.

La troisième hypothèse vise les marchés fondés sur un accord-cadre. Un délai de standstill n'est souvent pas envisageable en pratique dans cette hypothèse, alors que les marchés fondés sur un accord-cadre se dénotent par la rapidité de la procédure d'attribution de ces marchés. Cependant dans cette hypothèse où il n'y a pas d'application du délai de standstill, le marché pourra être déclaré sans effet comme prévu par les articles ultérieurs (articles 9 à 11 et 15) s'il y a eu une violation des règles prévues par l'article 221 alinéa (2) du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et qui sont relatives au déroulement de la procédure à suivre afin d'attribuer un marché fondé sur un accord-cadre dans les cas où les termes de l'accord-cadre n'étaient pas tous fixés d'avance. Il faudra cependant que l'envergure du marché dont il s'agit et fondé sur l'accord-cadre dépasse le seuil d'application du livre II de la loi sur les marchés publics.

En pratique, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice auront dans le cadre d'un accord-cadre donc la possibilité, soit de ne pas respecter le délai de standstill auquel cas ils s'exposent au risque que le contrat conclu sur base de cet accord pourra être déclaré comme dépourvu d'effets, soit, ils pourront respecter le délai de standstill, auquel cas cette sanction n'est pas possible.

*Article 9:*

Cet article énumère les hypothèses dans lesquelles un marché peut être déclaré comme dépourvu d'effets. Il s'agit d'une mesure très sévère, destinée à sanctionner certaines violations de droit communautaire. En effet selon le considérant 14 de la directive 2007/66/CE, „l'absence d'effets est la manière la plus efficace de rétablir la concurrence et de créer de nouvelles perspectives commerciales pour les entreprises qui ont été privées illégalement de la possibilité de participer à la procédure de passation“.

La faculté de déclarer un marché dépourvu d'effets incombe aux juridictions de l'ordre judiciaire, alors qu'il s'agit d'un litige qui naît après la conclusion du marché, de sorte qu'il y a eu formation d'un contrat sur base contractuelle, régi par le droit privé, quel que soit la personnalité juridique du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice. A l'instar de l'article 2 de la loi du 27 juillet 1997 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la directive du Conseil No 92/13/CEE du 25 février 1992, et à l'instar des textes belges, c'est le Président du tribunal d'arrondissement statuant comme juge des référés qui sera saisi de ces litiges. En effet, comme les contrats ont déjà commencé à être exécutés, il est indiqué que la procédure soit efficace et accélérée.

Il est cependant prévu que cette décision déclarant un marché dépourvu d'effets peut être subordonnée à une décision au fond, dans l'hypothèse où des contestations sérieuses concernant les prétendues violations des textes applicables sont soulevées. Les auteurs se sont inspirés de la disposition y afférente figurant dans l'article 2 (b) de la loi du 27 juillet 1997 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la directive du Conseil No 92/13/CEE du 25 février 1992.

Les hypothèses dans lesquelles un marché est déclaré sans effet sont:

- o Il y a eu attribution d'un marché par la procédure négociée sans publication d'un avis de marché, sans que préalablement il y ait eu une publication d'un avis de transparence ex ante volontaire et que le recours à cette procédure n'était pas autorisé par la loi sur les marchés publics, c'est-à-dire autorisé par une des hypothèses limitativement prévues par les articles 40 et 86 de cette loi;
- o Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a violé les dispositions du présent projet de loi prévues aux articles 4, alinéa (2), 5, 6, 20, paragraphe (5) ou 21 visant à garantir que les opérateurs puissent introduire utilement des recours avant la conclusion du contrat. Cependant une simple violation formelle de ces dispositions n'entraîne pas la sanction de l'absence d'effets. Il faut en plus d'un côté qu'il y a eu une violation de dispositions des livres II ou III respectivement de la loi sur les marchés publics ou du règlement d'exécution, les livres II et III de ces deux textes transposant en droit national les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE, et d'un autre côté que cette violation ait compromis les chances du soumissionnaire d'obtenir le marché.
- o Dans l'hypothèse d'un marché fondé sur un accord-cadre pour lequel l'article 8 c) prévoit que le délai de standstill n'est pas obligatoire. Si des violations au déroulement de la procédure relative à l'attribution d'un marché fondé sur l'accord-cadre sont constatées, et si le seuil d'application du livre II de la loi sur les marchés publics est dépassé, le contrat est déclaré comme dépourvu d'effets. Il est cependant à préciser que ces dispositions ne s'appliquent pas si le pouvoir adjudicateur, conformément à l'article 13, a décidé de respecter, à côté des règles de procédure relatives à la conclusion d'un marché fondé sur un accord-cadre, les obligations relatives à l'information des soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue et le délai de standstill.

#### *Article 10:*

Cet article encadre les pouvoirs du président du tribunal d'arrondissement statuant comme juge des référés, à savoir qu'est permise soit l'annulation avec effet rétroactif de toutes les obligations contractuelles découlant du marché public litigieux, soit que la portée de l'annulation est limitée aux obligations qui doivent encore être exécutées. Dans ce dernier cas, des sanctions alternatives s'imposent.

Le pouvoir donné au juge de déclarer des contrats nuls avec ou sans effet rétroactif résulte de la volonté du législateur européen de dissuader les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices de procéder par la „chasse à la signature“, donc à signer le plus rapidement les contrats et passer la commande afin de se prévaloir du principe *pacta sunt servanda*, impliquant que les contrats, au voeu de la sécurité juridique des contractants, ne pourront être défaits.

Comme le présent projet de loi confère de tels pouvoirs au président du tribunal d'arrondissement statuant comme juge des référés, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices encourent le risque de sanctions très sévères en cas de non-respect de dispositions telles que le délai de standstill, du sursis à exécution ou du recours à la procédure négociée sans publication d'avis de marché. Il se confirme par ailleurs qu'en cas de respect de ces dispositions, non seulement les droits des opérateurs économiques évincés sont protégés, mais également ceux des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices, dans la mesure qu'ils n'encourent pas le risque de sanctions financières.

Il convient finalement de noter que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peuvent après un tel recours qui a été déclaré fondé, procéder à une nouvelle décision d'attribution en tenant compte des conclusions du juge, et procéder à une nouvelle information.

#### *Article 11:*

Cet article prévoit que le juge saisi a la possibilité de ne pas déclarer sans effets un marché s'il constate que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus.

La prise en compte des raisons impérieuses d'intérêt général peut s'inspirer de la définition qui en est donnée à l'article 4, point 8) de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

Dès lors, sont des „raisons impérieuses d'intérêt général“ des raisons reconnues comme telles par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, qui incluent au moins les justifications suivantes: l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique, le maintien de l'ordre social, des objectifs de politique sociale, la protection des destinataires de services, la protection des consommateurs, la protection des travailleurs, y compris la protection sociale des travailleurs, le bien-être des

animaux, la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la lutte contre la fraude, la lutte contre la concurrence déloyale, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, y compris l'aménagement du territoire, la protection des créanciers, la protection de la bonne administration de la justice, la sécurité routière, la protection de la propriété intellectuelle, des objectifs de politique culturelle, y compris la sauvegarde de la liberté d'expression de différentes composantes, notamment les valeurs sociales, culturelles, religieuses et philosophiques de la société, la nécessité de garantir un niveau élevé d'éducation, le maintien du pluralisme de la presse et la promotion de la langue nationale, la préservation du patrimoine historique et artistique national, et la politique vétérinaire.

Par exemple, le juge devrait admettre qu'il est indispensable que les effets du marché soient maintenus pour certains achats tels que des vaccins, lorsque l'annulation d'un contrat y afférent pourrait compromettre immédiatement les soins apportés aux patients.

Lorsque le juge ne déclare pas un marché dépourvu d'effets, il prononce à titre de substitution des sanctions visées à l'article 14.

#### *Article 12:*

Cet article prévoit la possibilité d'échapper à la sanction de l'absence d'effets en cas de marché à passer par procédure négociée sans publication d'un avis de marché, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a publié au Journal officiel de l'Union européenne un avis exprimant son intention de conclure le marché et a respecté un délai minimum de 10 jours avant de procéder à cette conclusion. Cette transparence, dite „transparence ex ante volontaire“ est donc une forme d'issue de secours offerte au pouvoir adjudicateur, voire à l'entité adjudicatrice qui voudrait se prémunir des conséquences relativement douloureuses d'une déclaration d'absence d'effets. Pendant ce délai des opérateurs économiques intéressés par le marché en cause pourront donc introduire une réclamation, voire un recours pour contester la décision de recours à la procédure négociée sans publicité.

Cette publication de l'intention de passer par procédure négociée sans publicité confère une plus grande transparence à la façon d'attribuer des marchés. Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices ne pourront plus, à moins qu'ils soient prêts à courir le risque de voir déclaré le contrat comme dépourvu d'effets, passer dans le silence des procédures négociées sans publicité, alors qu'une publicité ex ante de leur volonté est la seule voie qui leur confère une sécurité juridique après la conclusion du contrat.

Il est rappelé que la publication d'un tel avis conférant au marché à conclure une transparence ex ante n'est pas une obligation, mais une possibilité. En cas de marché à passer d'extrême urgence, cas de figure prévu par l'article 40, paragraphe (1), c) de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, une telle publicité n'est évidemment pas possible, de sorte que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice doit supporter les risques inhérents aux recours ouverts, si l'urgence était contestée.

Selon les considérants 15 et 16 de la directive 2007/66/CE peuvent figurer parmi les raisons susceptibles de justifier la passation d'une procédure négociée sans publication d'un avis de marché, en ce qui concerne le livre II, les exceptions prévues aux articles 24 à 32 de la loi sur les marchés publics, les hypothèses figurant aux articles 40, 45 et 50 de cette même loi, la passation de marchés de services conformément à l'article 35 de cette loi ou encore la passation d'un marché interne légal (in-house) selon l'interprétation qui en est faite par la Cour de Justice des Communautés européennes.

En ce qui concerne le livre III, il s'agit des marchés qui remplissent les conditions pour une exclusion ou des arrangements spéciaux conformément à l'article 59 paragraphe (2), aux articles 70 à 78, aux articles 80, 81 ou 89 de la loi sur les marchés publics, des cas entraînant l'application de l'article 86 de cette même loi, ou de la passation de marchés de services conformément à l'article 83 de cette loi.

Le point de départ du délai visé à cet article est le lendemain du jour de la publication de cet avis au Journal officiel de l'Union européenne et non le lendemain de son envoi à l'Office des publications officielles des Communautés européennes.

Le deuxième alinéa précise qu'en cas de recours à l'encontre de la décision de recourir à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, il doit être sursis à la conclusion du contrat.

#### *Article 13:*

Cet article prévoit la possibilité d'échapper à la sanction de l'absence d'effets lorsque le pouvoir adjudicateur a conclu un accord-cadre avec plusieurs opérateurs économiques, et si lors de la passation

des marchés fondés sur cet accord-cadre, il respecte d'un côté les règles de procédure relatives à l'attribution de ces marchés prévues à l'article 221, alinéa (2), second tiret du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi et d'un autre côté a envoyé une décision d'attribution de ce marché, dûment motivée aux soumissionnaires concernés. En plus, les conditions de standstill de 15 jours en cas de transmission par voie postale, voire de 10 jours, en cas de transmission électronique ou par télécopieur, doivent être respectées.

Le deuxième alinéa précise qu'en cas de recours durant le délai de standstill devant le président du tribunal administratif, il doit être sursis à la conclusion du contrat.

*Article 14:*

*Paragraphe (1)*

Ce paragraphe précise, que pour les violations des articles 4 alinéa (2), 5, 6, 20, paragraphe (5) ou 21, à savoir du respect du sursis à exécution en cas de référé précontractuel au sujet d'un document d'appel d'offre, ou du délai de standstill, sans que pour autant dans ces deux hypothèses, une telle violation aurait privé le soumissionnaire de la possibilité d'engager ou de mener à terme son recours précontractuel contre la violation effective d'une disposition des livres II ou III de la législation et réglementation sur les marchés publics, et aurait ainsi compromis les chances du soumissionnaire d'obtenir le marché, uniquement des sanctions de substitution, mais non pas l'absence d'effets pourront être prononcées par le juge saisi.

La sanction de l'absence d'effets est donc clairement limitée à certains cas de figure précis, figurant à l'article 9 du présent projet de texte, tandis que l'unique violation des exigences formelles, sans que la perte d'une chance pour le soumissionnaire d'obtenir le marché n'en soit la conséquence, peut seulement avoir pour conséquence des sanctions de substitution. Autrement dit, les soumissionnaires qui n'étaient de toute façon pas susceptibles de se voir attribuer le marché ne pourront obtenir du juge qu'il le déclare dépourvu d'effets. En effet, dans une telle hypothèse, une annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles aurait été une sanction disproportionnée.

*Paragraphe (2)*

Ce paragraphe indique les sanctions de substitution qui peuvent être prononcées, à savoir les pénalités financières ou l'abrégement de la durée du marché en cause.

Le président du tribunal d'arrondissement peut tenir compte de tous les facteurs pertinents, y compris la gravité de la violation, le comportement du pouvoir adjudicateur, voire de l'entité adjudicatrice et la mesure dans laquelle le contrat continue à produire des effets, pour déterminer la sanction de substitution.

A l'instar de l'article 2 de la loi du 27 juillet 1997 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la directive du Conseil No 92/13/CEE du 25 février 1992, et à l'instar de l'article 9, c'est le président du tribunal d'arrondissement statuant comme juge des référés qui sera saisi de ces litiges.

Il est précisé que la pénalité financière s'élève au maximum à 15% du montant hors TVA du marché attribué, afin de respecter le caractère effectif, proportionné et dissuasif de celle-ci. Cette somme sera versée à l'administration de l'enregistrement et des domaines.

Il est prévu que cette décision déclarant un marché dépourvu d'effets peut être subordonnée à une décision au fond, dans l'hypothèse où des contestations sérieuses concernant les prétendues violations des textes applicables sont soulevées. Les auteurs du projet de loi se sont inspirés de la disposition y afférente figurant dans l'article 2 (b) de la loi du 27 juillet 1997 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la directive du Conseil No 92/13/CEE du 25 février 1992.

Il est encore précisé que dans de telles hypothèses où des sanctions de substitution sont prononcées, l'octroi de dommages et intérêts ne constitue pas de sanction appropriée et n'est donc pas suffisant.

*Article 15:*

Cet article est relatif aux délais dans lesquels les recours doivent être introduits devant le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés en vue de voir déclarer le contrat dépourvu d'effets ou de voir appliquer des sanctions de substitution. Ce délai est de 30 jours si les conditions suivantes sont respectées:

1. Dans l'hypothèse du recours à une procédure négociée sans publication d'un avis de marché, un avis d'attribution de marché doit être publié conformément aux dispositions relatives de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics. La publication de cet avis s'impose qu'un avis de transparence ex ante ait été publié ou non, la publication de l'avis de transparence ex ante ayant comme seule conséquence, à condition que le délai de standstill d'au moins 10 jours prévu à l'article 12 tiret 3 soit respecté, que la déclaration d'absence d'effets ne constitue plus une possibilité de sanction.
2. Pour les marchés où une mise en concurrence a eu lieu, il est impératif que les soumissionnaires et candidats concernés aient été informés de la conclusion de l'accord-cadre ou de la décision d'adjudication du marché selon les règles prévues par les livres II et III du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, auxquelles renvoie l'article 7 du présent texte.

En ce qui concerne les marchés fondés sur un accord-cadre, et ce même dans l'hypothèse que le délai de standstill ne soit pas appliqué en vertu de l'article 8 c), le délai de 30 jours court à partir de cette information concernant la décision d'adjudication.

Si les informations décrites ci-dessus ne sont pas données dans la forme exigée, voire qu'elles ne sont pas données du tout, le délai de recours est de 6 mois à compter du lendemain de la conclusion du contrat.

Comme la sanction de l'absence d'effets, voire les sanctions de substitution sont des sanctions sévères et afin de garantir la sécurité juridique des contrats en cours, il est opportun de limiter la possibilité de ces recours dans le temps.

*Article 16:*

Afin de contrecarrer le risque de recours à des fins manifestement dilatoires ou abusifs, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut octroyer au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice une indemnité adéquate qui ne peut pas dépasser 5 pourcent hors TVA du marché finalement attribué.

*Article 17:*

Selon l'avis du Conseil d'Etat du 10 mars 1992, 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 octroie à la Commission européenne un droit d'intervention dans les procédures d'adjudication qui tombent dans le champ d'application de cette directive et aménage encore les modalités de l'intervention de la Commission européenne. Comme déjà relevé par le Conseil d'Etat dans cet avis et vu que les dispositions de cet article n'ont pas été modifiées substantiellement par la directive 2007/66 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13 CEE, le contenu de cet article 3 s'impose aux seuls Etats membres sans qu'il soit nécessaire de l'inscrire en droit national, de sorte qu'il n'y a pas lieu de transposer l'article 3 en droit interne.

L'ancien article 9 de la loi du 13 mars 1993, suggéré dans sa forme par le Conseil d'Etat, est à maintenir afin de faciliter l'exécution des obligations qu'impose l'article 3 de la directive précitée aux Etats membres. Ainsi les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices autres que l'Etat doivent-ils fournir à l'autorité déterminée par voie de règlement grand-ducal dans un délai de 10 jours les pièces nécessaires à l'élaboration de la communication qui doit être transmise en application de l'article 3 de la directive précitée à la Commission européenne.

Comme 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 prévoit pour ces secteurs cette même procédure, le présent article 17 s'applique également aux entités adjudicatrices autres que l'Etat.

En suivant la logique de l'avis du Conseil d'Etat précité, l'autorité luxembourgeoise en charge sera déterminée par voie de règlement grand-ducal afin de laisser au pouvoir exécutif une plus grande flexibilité dans la désignation de cette autorité. Il en sera de même à l'article 19 en ce qui concerne l'autorité qui transmettra les ordonnances y visées.

*Article 18:*

Cet article énumère les données que l'avis de transparence ex ante volontaire doit contenir. En pratique, à l'instar des autres avis devant être publiés dans le Journal officiel de l'Union européenne, la rédaction et la transmission de cet avis pourront se faire par le biais du portail électronique des marchés publics, administré par le ministre ayant les travaux publics dans ses attributions.

*Article 19:*

Conformément aux exigences des directives visées, la Commission européenne doit être informée des ordonnances rendues en vertu de l'article 11, c'est-à-dire celles rendues par le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés dans les hypothèses où il aurait la possibilité de déclarer un marché comme dépourvu d'effets, mais où il ne l'a pas fait pour des raisons impérieuses d'intérêt général.

*Article 20:*

L'article 20, de même que l'article 21 reprennent des dispositions de la loi du 27 juillet 1997, qui visait les recours en matière de passation des marchés des entités adjudicatrices privées opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

Actuellement, le livre III de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics s'applique aux marchés dépassant les seuils communautaires dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, et se distingue par une plus grande flexibilité dans le choix des procédures de mise en concurrence.

En matière de recours pour ces marchés, la particularité consiste dans le fait que le livre III s'applique aux entités adjudicatrices qui peuvent être d'un côté des autorités administratives dont les décisions sont susceptibles de recours devant les juridictions administratives, et d'autre côté des entités privées qui bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs conférés par une autorité compétente.

Les recours à l'encontre de décisions d'entités privées ne sont pas possibles devant les juridictions administratives. Il y a partant lieu de régler les recours prévus aux articles 3, 4 et 6 devant les juridictions administratives de manière différente s'ils sont intentés à l'encontre d'entités privées.

Il y a lieu de noter que le nombre d'entités adjudicatrices privées est limité, de sorte que le contentieux y relatif devrait également s'avérer très réduit. Ainsi depuis la loi du 27 juillet 1997, les dispositions y relatives sont restées quasiment lettre-morte.

Dans cette optique, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés peut, conformément à la directive, soit prendre par référé des mesures provisoires, pour suspendre la procédure et supprimer des dispositions discriminatoires, soit émettre un ordre de paiement dissuasif à l'encontre de l'entité tant qu'elle persiste dans l'illégalité. L'émission d'un tel ordre de paiement constitue une sanction alternative uniquement prévue dans le cadre de recours à l'encontre d'entités adjudicatrices privées.

Dans les deux alternatives, la possibilité d'accorder des dommages et intérêts est toujours donnée.

A l'instar des dispositions de l'article 14, l'ordre de paiement s'élève au maximum à 15 pour cent hors TVA du marché attribué.

A l'instar des dispositions relatives au recours devant le Président du Tribunal administratif à l'article 7, 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.

*Article 21:*

En ce qui concerne le recours à l'encontre de la décision d'adjudication par une entité privée, que ce soit avant ou après la conclusion du contrat, il relève toujours de la compétence des juridictions civiles. Ce sera le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés qui aura la compétence d'ordonner le sursis à exécution en cas de saisine lors du délai de standstill, avant la conclusion du contrat.

La compétence de rendre un jugement au fond, en cas d'ordonnance de sursis à exécution, appartiendra au juge civil.

Il est à noter que les obligations d'information sont identiques à celles imposées aux autorités administratives, et que les dérogations au délai de suspension sont également applicables. L'entité adjudicatrice

catrice privée est également obligée de surseoir à la signature du contrat jusqu'à la notification de l'ordonnance de référé. Pour ces raisons, il est rappelé que les articles afférents, à savoir les articles 5, 7 et 8 sont applicables aux pouvoirs adjudicateurs privés.

En cas de contestations sérieuses, une décision au fond peut établir qu'une violation a été commise.

*Article 22:*

Cet article dispose que les deux lois actuellement applicables aux recours en matière de marchés publics sont abrogées.

