

Projet de règlement grand-ducal

portant exécution de la loi du XX XXXX XXXX sur les marchés publics et de la loi du XX XXXX XXXX sur l'attribution des contrats de concession et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988

Avis du Conseil d'État

(14 juillet 2017)

Par dépêche du 1^{er} juin 2016, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de règlement grand-ducal sous objet, élaboré par le ministre du Développement durable et des Infrastructures.

Le projet de règlement grand-ducal était accompagné d'un commentaire des articles. Il y est renvoyé au projet de loi sur les marchés publics (dossier parl. n° 6982) en ce qui concerne l'exposé des motifs, la fiche financière et la fiche d'évaluation d'impact. Or, le Conseil d'État aurait préféré disposer d'un exposé des motifs propre au projet de règlement grand-ducal sous avis.

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

L'avis de la Chambre de commerce concernant les dispositions du projet de règlement grand-ducal sous avis portant exécution du projet de loi précité sur les marchés publics a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 7 novembre 2016. Les avis du Conseil de la concurrence et de la Chambre des métiers ont été communiqués par dépêches respectivement des 15 novembre 2016 et 3 mars 2017. L'avis de la Chambre de commerce concernant les dispositions du projet sous avis portant exécution du projet de loi sur l'attribution des contrats de concession (doc. parl. n° 6984³) a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 13 février 2017.

Considérations générales

Le projet de règlement grand-ducal sous avis exécute deux lois¹ et contribue à la transposition en droit national de trois directives².

¹ Projet de loi n° 6982 sur les marchés publics et projet de loi n° 6984 sur l'attribution des contrats de concession et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988.

² Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des

À la différence de la présentation du règlement grand-ducal modifié du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988, qui est abrogé par le projet sous examen, ce dernier ne se présente plus en trois, mais en quatre livres :

- i) le Livre I^{er} relatif aux dispositions générales,
- ii) le Livre II relatif aux dispositions spécifiques applicables aux marchés publics d'une certaine envergure,
- iii) le Livre III relatif aux dispositions spécifiques relatives aux marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux
- iv) le Livre IV relatif à la gouvernance des marchés publics et concessions et obligations internationales.

Le texte du projet sous avis est repris, en grande partie, du règlement à abroger qui, lui, était déjà repris du règlement du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics. Or, par les ajouts, reformulations et modifications subséquents, le texte d'origine a perdu sa cohérence. Le Conseil d'État regrette que les auteurs n'aient pas fait le choix de reprendre sur le métier la totalité du texte.

Le Conseil d'État se demande, dans le même contexte, pourquoi les auteurs n'ont pas profité de l'occasion pour intégrer les dispositions du règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics dans le texte sous examen. Ceci d'autant plus que les auteurs expliquent dans le commentaire de l'article 1^{er} se référer dans cet article audit règlement « afin d'attirer l'attention des pouvoirs adjudicateurs sur l'existence de ce règlement ». Consolider les dispositions des deux règlements dans un seul texte simplifierait l'application du droit des marchés publics et dispenserait du renvoi vers un autre texte dans le règlement sous avis.

Le Conseil d'État constate que les auteurs du projet de loi sous examen continuent à utiliser le terme « adjudication » pour désigner la passation d'un marché public et les termes « appel d'offres » pour désigner la procédure ouverte. Cette terminologie, héritée de la législation antérieure, n'est guère utilisée dans les directives européennes à transposer. Le Conseil d'État suggère aux auteurs d'adopter une terminologie harmonisée, alignée sur celle des directives, à l'instar de ce qu'a fait le législateur belge. L'emploi de termes différents pour désigner des concepts identiques pourrait en effet être source de difficultés dans la mise en œuvre du texte, difficultés qui ne sont atténuées que par le fait que la grande majorité des usagers de la loi est habituée à la terminologie de la législation actuellement en vigueur.

Finalement, le Conseil d'État constate que l'ajout de titres – qui n'existent pas dans le règlement à abroger – n'apporte aucune plus-value et prête à confusion.

Observations préliminaires

Intitulé

Le Conseil d'État observe que l'intitulé se limite, dans le cadre du projet de règlement grand-ducal sous examen, aux dispositions concernant l'exécution de la future loi sur les marchés publics (dossier parl. n° 6982). Les dispositions exécutant la future loi sur l'attribution des contrats de concession (dossier parl. n° 6984) doivent faire l'objet d'un projet de règlement grand-ducal à part. Sont visés les articles 272 et 273, l'intitulé du Livre IV ainsi que l'intitulé du chapitre III de ce Livre IV qui sont respectivement à omettre et à adapter. Par conséquent, l'intitulé du projet de règlement grand-ducal sous examen devra se lire comme suit :

« Projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi du jj.mm.yyyy sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106, point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 ».

Examen des articles

Livre I^{er} – Dispositions générales

Titre I^{er} – Cahier général des charges applicable à tous les pouvoirs adjudicateurs

Chapitre I^{er} – Champ d'application

Article 1^{er}

Les auteurs ont repris l'article 1^{er} du règlement à abroger. Le Livre I^{er} du projet sous avis s'applique dès lors « à tous les marchés publics et à tous les pouvoirs adjudicateurs visés par le Livre I de la loi sur les marchés publics ». En application de l'article 1^{er} du projet de loi précité sur les marchés publics, il s'agit de tous les marchés et concours non soumis à des règles spéciales par les Livres II et III de ce projet de loi. Le Conseil d'État renvoie à cet égard à son observation formulée à l'article 1^{er} de l'avis relatif au projet de loi.

L'article actuel est complété par un ajout : « sans préjudice des dispositions du règlement grand-ducal relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures de marchés publics ». Le Conseil d'État renvoie à cet égard à ses considérations générales.

Chapitre II – Mise en adjudication et division des marchés en lots

Section I^{re} – Mise en adjudication des travaux et services avec les fournitures qu'ils comportent

Section II – Lots distincts par profession, métiers ou industrie

Section III – Formation de lots distincts en cas de marchés de plus grande envergure

Section IV – Principes applicables à la division des marchés en lots

Articles 2 à 7

Ces articles, qui traitent de la passation des marchés par lots ou en bloc, manquent de clarté. Les auteurs reprennent les dispositions du règlement à abroger tout en y incluant des dispositions de la directive 2014/24/UE. Or, les deux textes énoncent des principes différents. Suivant le règlement à abroger, les marchés publics sont en principe passés en bloc. La directive 2014/24/UE, dans son considérant 78³, annonce un changement. Afin de favoriser les PME, la passation de marchés par lots est favorisée, étant donné que, suivant l'article 46, paragraphe 1^{er}, de la directive, les pouvoirs adjudicateurs doivent dorénavant justifier la décision de ne pas subdiviser un marché en lots.

Si les auteurs peuvent bien entendu prévoir pour les marchés « nationaux » une procédure différente de celle prévue dans la directive, le Conseil d'État donne néanmoins à considérer que l'article 155, applicable aux marchés soumis à la directive, renvoie aux dispositions des articles 2 à 7. Les auteurs doivent dès lors opter soit pour une procédure unique conforme à la directive, soit omettre le renvoi du Livre II vers le Livre I^{er}. En tout état de cause, le Conseil d'État estime que les dispositions sous avis nécessitent d'être clarifiées.

³ « La passation des marchés publics devrait être adaptée aux besoins des PME. Il convient d'encourager les pouvoirs adjudicateurs à recourir au code des bonnes pratiques présenté dans le document de travail de la Commission du 25 juin 2008 intitulé « Code européen des bonnes pratiques facilitant l'accès des PME aux marchés publics », qui fournit des orientations sur la manière dont ils peuvent appliquer le cadre régissant les marchés publics en vue de faciliter la participation des PME. À cet effet, et afin de renforcer la concurrence, les pouvoirs adjudicateurs devraient en particulier être encouragés à diviser en lots les marchés importants. Cette division pourrait se faire sur une base quantitative, en faisant mieux correspondre la taille des différents marchés à la capacité des PME, ou sur une base qualitative, en fonction des différentes branches d'activité et spécialisations concernées, afin d'adapter plus étroitement le contenu de chaque marché aux secteurs de spécialisation des PME, ou selon les différentes phases successives du projet.

La taille et l'objet des lots devraient être établis librement par le pouvoir adjudicateur qui, conformément aux règles applicables au calcul de la valeur estimée du marché, devrait également être autorisé à attribuer certains lots sans appliquer les procédures prévues par la présente directive. Le pouvoir adjudicateur devrait avoir l'obligation d'examiner l'opportunité de diviser les marchés en lots tout en demeurant libre de prendre sa décision de façon autonome sur la base de tout motif qu'il juge pertinent, sans faire l'objet d'un contrôle administratif ou judiciaire. Lorsque le pouvoir adjudicateur décide qu'il ne serait pas indiqué de diviser le marché en lots, le rapport individuel ou les documents de marché devraient comporter une mention des principaux motifs justifiant son choix. À ce titre, le pouvoir adjudicateur pourrait par exemple faire valoir qu'il estime que cette division risquerait de restreindre la concurrence ou de rendre l'exécution du marché excessivement coûteuse ou difficile sur le plan technique ou que la nécessité de coordonner les contractants des différents lots pourrait compromettre gravement la bonne exécution du marché.

Les États membres devraient demeurer libres d'aller plus loin pour faciliter la participation des PME aux marchés publics, en étendant la portée de l'obligation d'examiner l'opportunité de diviser les marchés en lots de taille plus réduite, en exigeant des pouvoirs adjudicateurs qu'ils motivent leur décision de ne pas diviser les marchés en lots ou en rendant obligatoire une telle division dans certaines conditions. Dans le même but, les États membres devraient également être libres de prévoir des mécanismes de paiements directs aux sous-traitants ».

Le contenu des articles manque également de clarté. L'article 2 dispose ainsi qu'en « règle générale » les services et travaux sont adjugés avec les fournitures qu'ils comportent – des exceptions étant possibles. L'article 3 énonce le « principe » suivant lequel les pouvoirs adjudicateurs procèdent à une mise en adjudication séparée de lots par profession, métiers ou industrie (sauf en cas d'entreprise générale) et, sauf appréciation contraire, par les pouvoirs adjudicateurs. L'article 4 reprend l'article 10, paragraphe 1^{er}, du règlement à abroger relatif aux marchés à passer par entreprise générale. Le paragraphe 2 est nouveau par rapport au règlement grand-ducal à abroger, mais étant donné qu'il ne fait que reprendre l'article 11 du projet de loi relatif aux marchés publics, il est à omettre.

La Section III s'intitule « Formation de lots distincts en cas de marchés de plus grande envergure ». Or, l'article unique de cette section énonce le « principe » que les marchés relevant des mêmes métiers sont attribués en bloc. Le titre n'est donc pas en adéquation avec le principe énoncé à cet article et est à revoir. L'article 5 dispose ensuite que des exceptions peuvent être prévues « notamment » pour les travaux de grande envergure. Le Conseil d'État s'interroge sur la signification de ce bout de phrase. Les auteurs entendent-ils limiter le recours à l'adjudication par lots aux marchés d'envergure ? Dans l'affirmative, il faut le préciser, de même qu'il faut préciser le seuil à partir duquel une telle division est applicable. Dans la négative, ce qui semble être le cas au vu du commentaire de l'article qui précise que ceci « ne constitue pas une obligation mais laisse la possibilité au pouvoir adjudicateur d'en juger », ce bout de phrase est superfétatoire.

La Section IV énonce ensuite les règles applicables aux marchés passés en lots. À l'article 6, dernier alinéa, les auteurs reprennent l'article 8, paragraphe 3, du règlement à abroger, qui dispose que l'importance de chaque lot doit être telle que la proportion entre les frais généraux et les frais d'exécution reste dans les limites du raisonnable. Nonobstant le caractère trop vague de cette notion de « limite du raisonnable », déjà soulevé par le Conseil d'État dans son avis du 14 juillet 2009 relatif au règlement grand-ducal précité du 3 août 2009⁴, se pose la question de la conformité à la directive de cette disposition, applicable également aux marchés soumis à la directive, alors que la directive dit expressément à l'article 46, paragraphe 1^{er}, que les pouvoirs adjudicateurs peuvent déterminer la taille et l'objet de chaque lot. L'article 7, paragraphes 1^{er}, 2 et 3, alinéa 1^{er}, est repris de l'article 46, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE, alors que le paragraphe 3, alinéa 2, reprend la dernière phrase de l'article 8, paragraphe 4, du règlement à abroger. Or, le Conseil d'État estime que cette phrase se recoupe avec les deux premiers paragraphes et suggère de l'omettre.

Le Conseil d'État constate que, en ce qui concerne les marchés nationaux, les auteurs ne précisent pas laquelle des deux méthodes « en bloc » ou « par lots » prévaut. Le chapitre ne commence pas par l'énonciation d'un principe général applicable à tous les marchés, mais se limite à l'énonciation d'un principe applicable aux marchés de travaux incluant des fournitures. Ne suivent pas non plus des dispositions particulières. Le risque de confusion prend en partie origine dans le

⁴ Avis du Conseil d'État n° 47.528 du 14 juillet 2009 sur le projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi du ... sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988.

chamboulement, sans véritable explication, de l'ordre des articles tel qu'il figure dans le règlement à abroger.

S'y ajoute que les auteurs maintiennent le contenu des articles à abroger qui sont fondés sur le principe de l'adjudication « en bloc » tout en y intégrant les dispositions de la directive qui cherche à favoriser le principe de l'adjudication par lots (et ce non seulement en présence de métiers, professions ou industries différents).

Le Conseil d'État demande dès lors aux auteurs de revoir les articles sous avis et de reprendre soit le texte européen pour le Livre I^{er}, soit de prévoir clairement dans quels cas de figure les marchés nationaux peuvent être attribués en bloc ou en lots.

Le Conseil d'État renvoie également à son observation formulée dans son avis du 23 mai 2017⁵ relatif à l'article 11 du projet de loi (doc. parl. n° 6982⁷) et rend les auteurs attentifs à la terminologie utilisée qui doit être identique dans la loi et le règlement.

Chapitre III – Modes d'offres de prix

Articles 8 à 12

Ces articles reproduisent mot à mot le texte des articles 11 à 15 du règlement à abroger. Ils n'appellent pas d'observation.

Chapitre IV – Dossier de soumission

Section I^{re} – Objet de la soumission

Article 13

Cet article reprend l'article 16 du règlement qui sera abrogé, mis à part un ajout au paragraphe 3 suivant lequel la phrase de ce paragraphe s'entend « sans préjudice des règles fixées aux articles 35 à 38 de la loi, et aux articles 16 à 18 du présent règlement ». L'article sous revue est superfétatoire, étant donné la position du règlement grand-ducal par rapport à la loi dans la hiérarchie des normes.

Article 14

Sans observation.

Section II – Provenance des matériaux

Article 15

L'article sous avis reprend l'article 30 du règlement à abroger, mis à part un ajout suivant lequel l'article s'entend « sans préjudice des règles fixées aux articles 35 à 38 de la loi, et aux articles 16 à 18 du présent règlement ».

⁵ Avis du Conseil d'Etat n° 51.628 du 23 mai 2017 relatif au projet de loi sur les marchés publics.

À l’instar de son observation à l’endroit de l’article 13 du projet sous avis, le Conseil d’État préconise d’omettre cet article, sachant que l’article 16 du projet sous avis détaille l’utilisation des spécifications techniques.

Section III – Spécifications techniques

Article 16

L’article sous avis transpose l’article 42, paragraphes 1^{er} à 4, de la directive 2014/24/UE relatif aux spécifications techniques. Le Conseil d’État renvoie à ses observations formulées au sujet de l’article 36 dans son avis précité du 23 mai 2017 concernant le projet de loi sur les marchés publics et demande que les dispositions de cet article soient intégrées dans la loi.

Section IV – Labels

Article 17

Cet article transpose l’article 43 de la directive 2014/24/UE relatif aux labels, mis à part le paragraphe 1^{er}, alinéas 2 à 4, transposé dans le projet de loi relatif aux marchés publics.

Le Conseil d’État relève que la première phrase de l’article sous avis figure telle quelle à l’article 36, paragraphe 2, du projet de loi précité sur les marchés publics et suggère de l’omettre dans le règlement grand-ducal en projet.

Il suffit d’écrire :

« Les conditions visées à l’article 36, paragraphe 2, de la loi selon lesquelles les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger un label particulier sont : ... ».

Section V – Rapports d’essai, certification et autres moyens de preuve

Article 18

Cet article reprend à l’identique l’article 36, paragraphe 3, alinéa 1^{er}, du projet de loi sur les marchés publics et peut dès lors être omis.

Section VI – Variantes et solutions techniques alternatives

Article 19

Cet article reprend les dispositions des articles 25 à 29 du règlement à abroger relatif aux variantes et solutions techniques alternatives. Les auteurs expliquent ne pas avoir repris les dispositions de la directive à ce sujet « réservées au Livre II », étant donné que pour les marchés nationaux est proposé un système de variantes ou solutions techniques alternatives, alors que pour les marchés européens seules les variantes sont possibles.

Le Conseil d’État voudrait rappeler que le terme « variante » désigne une proposition alternative de conception ou d’exécution d’un marché

demandée par le pouvoir adjudicateur ou proposée par le soumissionnaire⁶. Les variantes sont le plus souvent techniques, lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre de matériaux ou de procédés différents, mais elles peuvent aussi porter sur d'autres points, par exemple sur le mode de financement du projet, l'inclusion d'une garantie étendue, etc.

En droit des marchés publics luxembourgeois, les variantes ne sont admissibles que si le pouvoir adjudicateur les autorise. Cette règle, qui est exprimée par le paragraphe 2 de l'article 19 du projet de règlement et qui est reprise également au paragraphe 1^{er} de l'article 156, est compatible avec le droit européen et peut être maintenue.

Le droit des marchés publics luxembourgeois opère ensuite une distinction selon que le pouvoir adjudicateur décrit la variante en détail dans les documents de marché (p.ex. châssis de fenêtres en aluminium ou en PVC) ou laisse une latitude aux entreprises en indiquant un résultat à atteindre et des critères à remplir par les variantes qui seront proposées. Les auteurs du projet de règlement maintiennent la terminologie en usage depuis le règlement grand-ducal précité du 7 juillet 2003 en parlant, pour le second cas de figure, de « solutions techniques alternatives ». Le Conseil d'État voudrait cependant recommander aux auteurs d'abandonner cette terminologie, car elle est de nature à induire en erreur, dès lors que le droit européen, mais aussi les droits belge et français, utilise indistinctement le terme de variante pour désigner les deux hypothèses. Ceci s'impose d'autant plus que l'on cherche en vain une différence de régime entre les « variantes » et les « solutions techniques alternatives » du projet de règlement. Le Conseil d'État note d'ailleurs que l'expression « solution technique alternative » ne revient que dans un seul autre article du projet (article 62), tandis que toutes les autres dispositions pertinentes parlent uniquement des variantes (articles 28, 38, 137 et 148 du projet de loi n° 6982 et articles 46, 65, 76, 83, 156 et 213 du projet de règlement grand-ducal sous avis).

Lorsqu'on parle de variantes, il faut encore distinguer les variantes obligatoires des variantes facultatives, selon que le pouvoir adjudicateur exige ou non que le soumissionnaire y réponde. Le droit européen, tel que transposé aux articles 156 et 213 du projet de règlement laisse, sur cette question, une grande latitude aux pouvoirs adjudicateurs, à qui il revient de spécifier, dans l'avis de marché ou dans certains cas seulement, dans les documents de marché, si les variantes sont obligatoires ou non et si l'entreprise peut éventuellement remettre une offre portant uniquement sur une variante et non sur la solution de base. Le paragraphe 3 de l'article 19 en projet prend le contre-pied du droit européen en disposant qu'il est « loisible au soumissionnaire de faire une offre pour toutes les possibilités d'exécution envisagées, ou pour l'une d'entre elles seulement ». C'est une disposition reprise des textes existants, mais il semble indispensable au Conseil d'État que les auteurs complètent ce dispositif en spécifiant qu'il s'applique uniquement aux marchés dits nationaux car sinon il y aurait une contradiction entre, d'une part, les articles 156 et 213 qui permettent aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices « d'exiger » la présentation de variantes et, d'autre part, l'article 19 qui permet aux soumissionnaires d'ignorer cette exigence.

⁶ « La notion de variante implique, pour une position du bordereau, l'existence de plusieurs possibilités d'exécution offertes par le soumissionnaire, sinon demandées par le maître d'ouvrage » (Tribunal administratif, 15 juillet 2002, n° 14602, confirmé par la Cour administrative, 17 décembre 2002, n° 15303C).

De manière générale, le Conseil d'État se demande si le dispositif national que les auteurs du règlement veulent maintenir est réellement moins restrictif que ne l'est le régime des directives. Les directives laissent en effet une grande latitude aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices de définir dans les documents de marché un régime de variantes adapté au marché dont il s'agit. Il serait éventuellement préférable de retenir les règles européennes comme régime général, puis d'y apporter, le cas échéant, des adaptations applicables uniquement aux marchés purement nationaux (p.ex. pour maintenir la règle traditionnelle selon laquelle les variantes sont toujours facultatives).

Section VII – Conditions d'exécution et sous-traitance

Sous-section I^e – Données relatives à la situation du soumissionnaire

Article 20

Sans observation.

Article 21

Cet article reprend l'article 60 du règlement à abroger. Le Conseil d'État s'interroge sur l'agencement de cet article, qui dispose que des données techniques et économiques de l'opérateur économique peuvent être demandées « à titre indicatif », avec l'article 30 du projet de loi relatif aux marchés publics suivant lequel les critères de sélection peuvent être relatifs « à la capacité économique » de même qu'« aux capacités techniques et professionnelles ».

Si ces documents sont demandés « à titre indicatif », constituent-ils néanmoins des conditions préalables à la sélection du candidat ?

Le Conseil d'État estime que cet article risque d'être en contradiction avec l'article 30 du projet de loi précité.

Article 22

Le Conseil d'État donne à considérer que le texte de l'article sous avis figure à l'identique à l'article 32 du projet de loi. Il est par conséquent superfétatoire. Pour le surplus, le Conseil d'État renvoie à son observation formulée dans son avis précité sur le projet de loi au sujet de l'article 32.

Sous-section II – Dispositions applicables à la sous-traitance

Article 23

Le paragraphe 1^{er} est superfétatoire, puisqu'il ne fait que renvoyer vers la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance qui s'applique aux contrats de sous-traitance entre autres dans le cadre des marchés publics.

Le paragraphe 2 est également superfétatoire, vu que l'article 1^{er} de la loi précitée du 23 juillet 1991 dispose qu'« [a]u sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-

traitant tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage ».

Le Conseil d'État tient à attirer l'attention des auteurs sur le fait que l'article 33 de la loi en projet dispose au paragraphe 1^{er}, alinéa 6, que le pouvoir adjudicateur peut demander que l'opérateur économique soit responsable solidairement avec d'autres entités auxquelles il a recours en ce qui concerne les critères économiques, des entités qui peuvent être des sous-traitants. La disposition sous avis ne sera dès lors inopérante en cas d'application de cet article 33.

Article 24

Le paragraphe 2 paraît superfétatoire, étant donné que l'article 29, paragraphe 8, du projet de loi précité sur les marchés publics dispose que les pouvoirs adjudicateurs vérifient, conformément à l'article 31 du même projet de loi, s'il existe des motifs d'exclusion des sous-traitants.

Article 25

Sans observation.

Sous-section III – Obligation de se conformer aux règles applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail
Sous-section IV – Conditions particulières d'exécution prenant en compte des conditions relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi
Sous-section V – Délai d'exécution

Articles 26 à 29

Sans observation.

Sous-section VI – Sanctions et primes

Article 30

Cet article est superfétatoire, étant donné qu'il reprend l'article 45, paragraphe 1^{er}, de la loi en projet sur les marchés publics.

Article 31

Cet article est superfétatoire, étant donné qu'il reprend l'article 45, paragraphe 2, de la loi en projet sur les marchés publics.

Sous-section VII – Responsabilité, assurance, cautionnement

Articles 32 à 35

Sans observation.

Sous-section VIII – Mode de révision des prix

Articles 36 et 37

Sans observation.

Section VIII – Confidentialité

Article 38

Cet article transpose l'article 21, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE. Le paragraphe 1^{er} est transposé aux articles 98 et 195 du projet de règlement sous avis.

Section IX – Rectifications et demandes de renseignements

Articles 39 à 42

Ces articles reproduisent les articles 20 à 23 du règlement à abroger relatifs aux rectifications et demandes de renseignements.

Le Conseil d'État donne à considérer que la dernière phrase du paragraphe 1^{er} de l'article 39 est également couverte par l'article 47, paragraphe 3, point b), du projet de règlement sous avis et ce de manière plus précise. Partant, il est suggéré d'omettre cette phrase à l'article sous examen.

Chapitre V – Avis de marché

Section I^{re} – Date de l'avis de marché

Section II – Publication de l'avis de marché

Articles 43 à 45

Sans observation.

Section III – Contenu de l'avis de marché

Article 46

Cet article reprend, en les reformulant, les dispositions de l'article 39 du règlement à abroger.

En ce qui concerne le paragraphe 1^{er} censé apporter plus de précisions quant au contenu de l'avis, le Conseil d'État constate néanmoins que le mode d'adjudication ne figure plus dans l'énumération, sans que la raison de cette omission soit expliquée. À défaut d'autres explications, le Conseil d'État préconise de réintégrer cette notion.

Le Conseil d'État s'interroge sur l'utilité du paragraphe 3, étant donné que s'il n'est pas obligatoire d'intégrer cette information dans l'avis de marché, elle devra de toute façon figurer dans le cahier des charges.

Concernant le paragraphe 5 et l'interdiction de révéler le montant du devis, celle-ci est levée pour les marchés du Livre II, mais non pour ceux relevant uniquement du Livre I^{er}, sans que les auteurs expliquent cette différence dans l'approche.

Le Conseil d'État donne à considérer que, suivant l'article 106, point 10°, de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988, les communes doivent soumettre au vote du conseil communal « [l]es projets de

construction, de grosses réparations, de démolition des édifices communaux, le tout si le montant en dépasse « 500.000 euros », somme qui pourra être relevée par règlement grand-ducal. Les projets comprennent le devis, les plans et les cahiers des charges ».

Il s'en suit que les communes, même pour des marchés ne tombant pas sous l'application du Livre II et même si elles souhaitent garder le secret sur le montant des devis afin d'éviter une surenchère, en sont empêchées par l'article en question. Le Conseil d'État recommande aux auteurs d'harmoniser ces textes.

Chapitre VI – Règles applicables à la fixation des délais de soumission et d'adjudication

Section I^{re} – Principes applicables à la fixation des délais

Article 47

Cet article transpose l'article 47 de la directive 2014/24/UE et reprend des éléments de l'article 45 du règlement à abroger.

Le Conseil d'État constate que des délais différents sont fixés pour les marchés relevant uniquement du Livre I^{er} et ceux relevant également du Livre II. En l'espèce, cette différence peut se justifier au vu de l'envergure des marchés.

Section II – Dispositions applicables à la procédure restreinte avec publication d'avis

Article 48

Sans observation.

Section III – Délai de soumission

Article 49

L'article sous avis traite des délais de soumission. À noter que le délai pour les marchés dits « nationaux » est considérablement réduit et est porté de quarante-deux à trente jours, une exception de vingt-deux jours subsistant pour les travaux de moindre importance ou en cas d'urgence, voire à quinze jours si les autres délais ne peuvent être respectés. Les délais peuvent être réduits de cinq jours si le pouvoir adjudicateur accepte que les offres soient soumises par voie électronique.

Section II – Délai d'adjudication

Articles 50 et 51

Sans observation.

Chapitre VII – Communication des plans et documents

Article 52

Cet article reprend l'article 40 du règlement à abroger tout en enlevant l'obligation d'envoyer tous les bordereaux à toutes les chambres professionnelles. Cet envoi ne se fera plus que sur demande.

Articles 53 à 55

Ces articles reproduisent les articles 41 à 43 du règlement à abroger.

Chapitre VIII – Soumission

Section I^{re} – Contenu de la soumission

Article 56

Sans observation.

Article 57

Cet article reprend les articles 2, paragraphe 2, et 52 du règlement à abroger et impose, en cas de remise d'une offre collective, que celle-ci soit obligatoirement accompagnée d'un engagement solidaire. Or, cette disposition se heurte, pour les marchés européens, à l'esprit de la directive 2014/24/UE. Ainsi, suivant le considérant 15 de la directive, les « groupements d'opérateurs économiques (...), peuvent participer aux procédures de passation de marchés sans devoir nécessairement adopter une forme juridique déterminée. Dans la mesure où cela s'avère nécessaire, par exemple lorsqu'une responsabilité solidaire est requise, les groupements d'opérateurs économiques peuvent être tenus d'adopter une forme juridique déterminée lorsque le marché leur a été attribué ». Le considérant dit trois choses : (i) la forme juridique des groupements est en principe libre, (ii) des cas de figure où une responsabilité solidaire est requise sont possibles, mais ne constituent pas la règle, et (iii) la forme juridique à adopter ne peut être imposée qu'après l'attribution du marché. La disposition sous avis doit dès lors être revue, alors qu'il ne saurait être imposé aux groupements de s'engager solidairement avant l'attribution du marché pour tous les marchés, même ceux qui ne requièrent pas une telle solidarité.

Articles 58 à 65

Sans observation.

Section II – Frais de soumission

Articles 66 à 68

Sans observation.

Article 69

L'article sous avis introduit une nouvelle règle suivant laquelle le pouvoir adjudicateur a le droit de solliciter, aux frais du soumissionnaire,

une traduction dans une des langues officielles du Luxembourg de tout document remis en annexe de l'offre.

Le Conseil d'État se demande à quelles langues les auteurs ont pensé en parlant des « langues officielles ». Il faudrait renvoyer vers la loi précitée du 24 février 1984.

L'article dispose ensuite qu'il peut être demandé une traduction « par l'entreprise » ou « par un traducteur assermenté ou agréé ». Le Conseil d'État recommande de remplacer le terme « entreprise » par celui de « soumissionnaire ».

Chapitre IX – Remise et ouverture des offres

Section I^{re} – Modalité de remise des offres et formalités à respecter

Article 70

Sans observation.

Articles 71 et 72

Ces articles reprennent les articles 63 et 64 du règlement à abroger, relatifs aux formalités à respecter dans le cadre de la remise des offres. Les auteurs ont néanmoins décidé de ne plus soumettre les formalités relatives aux indications à inscrire sur les enveloppes à la sanction de nullité.

En ce qui concerne la structure des articles sous avis, le Conseil d'État suggère aux auteurs, pour une meilleure lisibilité, d'intercaler le paragraphe 2 de l'article 72 entre le paragraphe 1^{er} et le paragraphe 2 de l'article 71. L'article 72 deviendra dès lors superfétatoire.

Il faut alors commencer l'article 71 comme suit :

« **Art. 71.** Les offres remises en personne doivent, sous peine de nullité, être enfermées dans une enveloppe ... ».

Le début du nouveau paragraphe 3, actuel paragraphe 2 de l'article 71 est à reformuler comme suit :

« Les enveloppes dans lesquelles les offres sont enfermées portent les inscriptions suivantes : ... ».

À l'actuel paragraphe 3, il faut également revoir la référence au paragraphe 2, qui devient le paragraphe 3.

Section II – Remise des offres

Section III – Séance d'ouverture des offres

Articles 73 et 74

Les auteurs souhaitent introduire la possibilité d'une distinction entre le jour et le lieu de la remise des offres, d'une part, et le jour et le lieu de l'ouverture des offres, d'autre part.

Les auteurs du texte indiquent néanmoins que les jour et heure de la remise de l'offre ne constituent pas des délais de forclusion et que seul compte le jour et l'heure d'ouverture à cet égard.

Si le Conseil d'État comprend la volonté des auteurs de vouloir enlever le « stress » du dépôt des offres à temps pour l'ouverture, cette introduction de deux phases – dont la première n'a pas d'effet – risque de prêter à confusion, alors que certains soumissionnaires se verront obligés de respecter ce délai et que d'autres, plus avertis de la procédure, attendront le moment de l'ouverture et disposeront ainsi d'un délai plus long.

Si les auteurs veulent maintenir cette première phase non obligatoire, il faudrait au moins préciser son caractère non obligatoire dans le texte.

Article 75

Cet article reprend certains passages de l'article 66 du règlement à abroger, et de l'article 62 du même règlement.

Articles 76 à 79

Ces articles reprennent les articles 67 à 69 du règlement à abroger.

L'article 78 introduit la précision suivant laquelle le procès-verbal de l'ouverture de la soumission doit faire mention des offres écartées pour cause de nullité. Le Conseil d'État présume qu'il s'agit des cas de nullité énumérés aux articles 71 et 72 du projet sous avis et demande aux auteurs de renvoyer vers ces articles.

Chapitre X – Examen des offres

Section I^{re} – Vérification des offres

Article 80

Cet article transpose l'article 56, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, de la directive 2014/24/UE.

À la deuxième phrase de l'alinéa 1^{er}, il y a lieu d'écrire *in fine* « l'article 71 de la loi trouve à s'appliquer ».

Article 81

Le paragraphe 1^{er} de cet article reprend la première phrase de l'article 71 du règlement à abroger.

Au paragraphe 2 est transposé l'article 56, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE relatif aux demandes de renseignements pouvant être adressées aux soumissionnaires tout en y ajoutant un délai de forclusion de 15 jours endéans lequel le pouvoir adjudicateur peut demander au soumissionnaire de fournir les informations requises.

Sauf explication contraire, le Conseil d'État préconise de commencer l'article 81, paragraphe 2, par les termes « Lorsque les informations ... » ou alors de dire plus précisément par rapport à quelles données aucune information supplémentaire ne peut être demandée.

Le Conseil d'État se demande s'il n'aurait pas fallu encadrer plus précisément une telle procédure de demande d'informations, étant donné que la directive exige que ces demandes respectent « les principes d'égalité de traitement et de transparence ».

Article 82

L'article sous avis reprend les articles 72 et 73 du règlement à abroger tout en enlevant l'obligation pour le pouvoir adjudicateur d'annexer les montants rectifiés suite à une erreur arithmétique au procès-verbal d'ouverture des offres.

Article 83

Cet article reprend l'article 74 du règlement à abroger, tout en adaptant au paragraphe 3 l'information à donner à tous les concurrents en ce qui concerne la valeur technique des offres. Dorénavant les soumissionnaires n'auront droit qu'à la communication des conclusions du rapport en ce qui les concerne.

Articles 84 à 87

Sans observation.

Section II – Classement des offres

Section III – Justification des prix

Articles 88 à 90

Sans observation.

Chapitre XI – Adjudication

Section I^e – Vérification de la situation des soumissionnaires

Article 91

Cet article est superfétatoire, étant donné qu'il ne fait que renvoyer vers un article de la loi sur les marchés publics.

Articles 92 et 93

Ces articles reprennent les articles 86 et 87 du règlement à abroger.

À l'article 92, il y a lieu de renvoyer vers l'article 28, paragraphe 3, de la loi au lieu de l'article 91 du règlement en projet qui est superfétatoire.

À l'article 93, le renvoi vers l'article 281 n'est pas compréhensible.

Article 94

Cet article reprend à nouveau les dispositions de l'article 56, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE déjà incluses à l'article 81, paragraphe 2, du projet sous avis.

Cette redite est à omettre.

Section II – Principes applicables à l’attribution du marché

Article 95

Cet article reprend les dispositions de l’article 83 du règlement à abroger non reprises dans la loi.

Articles 96 et 97

Ces articles reprennent les articles 88 et 90, paragraphe 1^{er}, du règlement à abroger avec la différence qu’il est dorénavant renvoyé vers l’article 51 du règlement.

Or, l’article 51 du règlement sous avis parle « des concurrents », alors que l’article sous avis ne mentionne que « le soumissionnaire susceptible d’être déclaré adjudicataire ». Il y a lieu d’harmoniser ces deux textes et de faire également état à l’article sous avis des « soumissionnaires » au pluriel.

Section III – Informations à communiquer aux soumissionnaires

Article 98

Les paragraphes 1^{er} et 2 reproduisent les paragraphes 2 et 3 du règlement à abroger.

Le paragraphe 3 transpose l’article 55 de la directive 2014/24UE et le paragraphe 4 transpose l’article 21 de cette directive. Le Conseil d’État suggère de transférer le dernier paragraphe à l’article 38 du projet sous avis, étant donné que cet article traite de la confidentialité en général et non seulement dans le cadre des informations aux soumissionnaires. Cela éviterait également des redites de cette disposition aux articles 102 et 195.

Le Conseil d’État s’interroge sur l’utilité de maintenir le paragraphe 3 de l’article 194, de même que l’article 195.

Section IV – Passation de la commande

Article 99

L’article sous avis reprend l’article 90, paragraphe 4, du règlement à abroger, mais ne maintient la conclusion du contrat par apposition de la signature du pouvoir adjudicateur sur le document de soumission que pour les collectivités territoriales. Suivant les auteurs, les règles du droit civil s’appliqueront pour les autres contrats, alors que, pour ce qui est des collectivités territoriales, le maintien de cette obligation permet le contrôle du ministre de l’Intérieur.

Chapitre XII – Règles applicables à toutes les communications

Section I^{er} – Principes

Article 100

Les auteurs ont fait le choix de n’introduire l’obligation de communication par moyens électroniques que pour les marchés soumis aux

directives. L'article sous avis détermine donc les moyens de communication pouvant être utilisés. Étant donné que les dispositions du Livre I^{er} ont vocation à s'appliquer à tous les marchés, il y a lieu d'écrire au point a) :

« (cette utilisation étant facultative pour tous les marchés non soumis aux Livres II et III) ».

Section II – Recours à la communication orale

Article 101

Cet article transpose l'article 22, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE relatif aux communications orales.

Section III – Préservation de l'intégrité des données et de la confidentialité des offres

Article 102

Cet article transpose l'article 22, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE.

Le paragraphe 2 est à omettre, puisqu'il figure déjà à l'article 98.

Chapitre XIII – Exécution des marchés

Section I^{re} – Respect des obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail

Article 103

Le paragraphe 1^{er} de l'article sous avis reprend l'article 42 de la loi et est à omettre. Le paragraphe 2 peut être intégré à l'article 23 du règlement sous avis relatif à la sous-traitance.

Section II – Renvoi aux principes du droit civil des contrats

Article 104

Cet article reprend l'article 95 du règlement à abroger. Le Conseil d'État constate qu'il est superfétatoire, étant donné qu'il reprend des principes de droit civil applicables aux relations contractuelles entre parties.

Section III – Déclarations obligatoires et sous-traitance

Article 105

Cet article reprend l'article 96 du règlement à abroger. Le paragraphe 1^{er} est superfétatoire et peut être omis.

Article 106

Le paragraphe 1^{er}, repris de l'article 97 du règlement à abroger, est à supprimer, étant donné qu'il se recoupe avec les dispositions des articles 24 et 25 du règlement sous avis.

Le paragraphe 2 transpose l'article 71 de la directive 2014/24/UE.

Le paragraphe 5 est superfétatoire, étant donné qu'il est identique à l'article 23, paragraphe 2, du projet sous avis.

D'une manière générale, le Conseil d'État estime qu'il aurait été préférable de regrouper tous les éléments relatifs à la sous-traitance dans une seule et unique section du règlement sous avis, ceci afin d'éviter les redites et pour rendre le texte plus lisible.

Section IV – Travaux en régie

Article 107

L'article sous avis reprend l'article 98 du règlement à abroger relatif aux travaux en régie.

Chapitre XIV – Résiliation, adaptation et modification des marchés

Section I^{re} – Principe

Article 108

L'article sous avis reprend l'article 99 du règlement à abroger.

Section II – Résiliation du contrat

Article 109

L'article sous avis est superfétatoire, étant donné qu'il ne fait que renvoyer vers la loi en projet sur les marchés publics.

Section III – Adaptation du contrat

Articles 110 à 119

Les articles sous avis reproduisent les articles 103 à 112 du règlement à abroger relatives à l'adaptation du contrat.

Section IV – Modification du contrat

Article 120

Cet article est superflu étant donné qu'il ne fait que renvoyer vers la loi en projet sur les marchés publics.

Article 121

Le paragraphe 1^{er} de cet article est superflu, étant donné qu'il ne fait que renvoyer vers la loi en projet sur les marchés publics.

Chapitre XV – Paiement d'acomptes

Article 122

Le paragraphe 2 est superflu, étant donné qu'il ne fait que renvoyer vers la loi en projet sur les marchés publics.

Articles 123 à 126

Ces articles reprennent les articles 119 à 122 du règlement à abroger.

Article 127

Cet article contient désormais un renvoi, par ailleurs erroné, vers la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard. Le Conseil d'État estime que l'article est superflu et peut être supprimé mis à part la précision que la demande doit être formulée par courrier recommandé.

Article 128

Cet article est à supprimer, vu qu'il ajoute à la loi précitée du 18 avril 2004.

Chapitre XVI – Réception des travaux, fournitures et services. Délais de garantie

Articles 129 à 135

Ces articles reprennent les articles 125 à 131 du règlement à abroger relatifs à la réception des travaux, fournitures et services.

Chapitre XVII – Facture définitive et paiement

Section I^{re} – Établissement et vérification de la facture

Article 136

L'alinéa 1^{er} reprend l'article 132 du règlement à abroger, alors que l'alinéa 2 ne fait que renvoyer vers la loi en projet sur les marchés publics et est à abroger.

Article 137

Cet article reprend l'article 133 du règlement à abroger.

Section II – Paiement de la facture

Article 138

Le paragraphe 1^{er} de l'article sous avis reprend le paragraphe 1^{er} de l'article 138 du règlement à abroger. Il est superflu, étant donné qu'il ne fait que renvoyer vers la loi précitée du 18 avril 2004.

Articles 139 à 141

Les articles sous avis reprennent les articles 135 à 137 du règlement à abroger.

Titre II – Dispositions spécifiques

Chapitre I^{er} – Dispositions spécifiques applicables aux marchés publics relevant des collectivités territoriales et des entités assimilées

Articles 142 à 151

Ces articles reprennent les articles 151 à 160 du règlement à abroger.

Le Conseil d'État tient à relever que le seuil prévu à l'article 147 paragraphe 3 est déjà de 500.000 euros. Le Conseil d'État renvoie à cet égard également à son observation formulée à l'article 46 du projet sous avis.

L'article 150 (159 du règlement à abroger) a néanmoins été modifié afin, selon les auteurs, « de permettre un contrôle plus approprié ».

Chapitre II – Dispositions spécifiques aux marchés ne dépassant pas une certaine envergure relatives au recours à la procédure restreinte sans publication d'avis et à la procédure négociée

Article 152

Cet article reprend l'article 161 du règlement à abroger.

Livre II – Dispositions spécifiques applicables aux marchés publics d'une certaine envergure

Titre I^{er} – Champ d'application et règles spécifiques applicables à la mise en adjudication

Chapitre I^{er} – Champ d'application

Article 153

L'article 153 définit le champ d'application du Livre II par rapport à la valeur des seuils prévus à l'article 52 ainsi que par rapport aux exclusions figurant aux articles 54 à 61 de la future loi sur les marchés publics.

Les seuils, à partir desquels s'appliquent les dispositions spécifiques applicables aux marchés publics d'une certaine envergure (Livre II), ne sont plus directement fixés dans la future loi sur les marchés publics, mais sont déterminés par référence aux seuils prévus à l'article 4 de la directive 2014/24/UE du Parlement et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE. Si on veut éviter une référence directe au niveau du règlement grand-ducal à la norme européenne et la remplacer par la référence à la norme nationale de transposition, le Conseil d'État propose d'écrire :

« (...) les montants déterminés en application de l'article 52 de la loi sur les marchés publics (...) ».

Pour ce qui est de la mention des exclusions figurant aux articles 54 à 61 de la future loi sur les marchés publics, le Conseil d'État, tout en notant

que le projet de loi sur les marchés publics couvre, au niveau de son article 52, d'autres exclusions, à savoir celles figurant aux articles 6 à 9 du projet de loi, renvoie à son avis précité du 23 mai 2017 concernant le projet de loi sur les marchés publics. Il propose de faire abstraction du renvoi aux exclusions figurant dans la future loi.

Chapitre II – Exigences en matière d'efficacité énergétique

Article 154

D'après le commentaire des articles, l'article 154 transposerait l'article 6 de la directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique. L'objectif est que les services concernés tiennent compte de la performance énergétique des produits, services et bâtiments qu'ils acquièrent lorsqu'ils forment leurs besoins en la matière.

Le Conseil d'État note tout d'abord que l'article 6 précité a en fait déjà été transposé par le règlement grand-ducal du 5 juillet 2016 relatif à l'efficacité énergétique et portant modification du règlement grand-ducal modifié du 3 août 2009 portant exécution de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988. Le texte en question a fait l'objet d'un avis du Conseil d'État en date du 24 mai 2016⁷, auquel il est renvoyé.

Dans l'avis en question, le Conseil d'État s'était interrogé sur la question de savoir si la transposition de l'article 6 de la directive 2012/27/UE par l'insertion d'un nouvel article dans le règlement grand-ducal précité du 3 août 2009 n'aboutirait pas à une transposition incomplète de la directive en raison des champs d'application divergents des deux dispositifs. Le règlement grand-ducal précité du 3 août 2009 constitue en effet un règlement d'exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics. Or, toutes les transactions immobilières au moyen desquelles les pouvoirs publics acquièrent ou prennent à bail des bâtiments existants, ne tombent pas nécessairement dans le champ d'application de la loi sur les marchés publics. L'article 56 de la future loi sur les marchés publics exclut d'ailleurs les marchés publics de services ayant pour objet l'acquisition, quelles qu'en soient les modalités financières, de bâtiments existants du champ du Livre II. Ainsi, la disposition qu'il est proposé de reprendre en l'occurrence risque de ne pas s'appliquer à toutes les acquisitions et locations de bâtiments qui sont visées par ladite directive. Par voie de conséquence, le Conseil d'État recommande de recourir à un dispositif autonome par rapport à la future réglementation des marchés publics pour transposer l'article 6 de la directive 2012/27/UE.

Le paragraphe 1^{er} se réfère aux « autorités gouvernementales centrales, telles que définies à l'article 2 de la loi ». Le Conseil d'État note que l'article 2 de la future loi ne définit pas les autorités gouvernementales, mais les autorités publiques centrales, dont la liste figure à l'annexe I de la

⁷ Avis du Conseil d'État n° 51.555 du 24 mai 2016 sur le projet de règlement grand-ducal relatif à l'efficacité énergétique et portant modification du règlement grand-ducal modifié du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988.

future loi sur les marchés publics, annexe qui fournit une liste des ministères. Le texte du paragraphe 1^{er} est dès lors à reformuler.

Le texte du paragraphe 1^{er}, alinéa 2, est superfétatoire au vu du libellé de l'article 153. Il est partant à supprimer.

Au paragraphe 2, le terme de « forces armées », qui n'a pas cours au Luxembourg et qui est repris du texte de la directive, est à remplacer par une référence précise aux services concernés.

En ce qui concerne le paragraphe 3, le Conseil d'État note le caractère approximatif et flottant de la terminologie qui y est utilisée. La directive 2012/27/UE se réfère par deux fois à la notion d'« organismes publics » qui, d'après la définition donnée par la directive, couvre les pouvoirs adjudicateurs au sens de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services qui entre-temps a été remplacée par la directive 2014/24/UE, les définitions données n'étant cependant pas modifiées dans leur substance. La notion de « pouvoir adjudicateur », englobe à son tour, d'après la directive 2014/24/UE, entre autres, l'État, les autorités régionales et locales et les organismes de droit public. Le Conseil d'État comprend le souci des auteurs du projet de règlement grand-ducal d'exclure à l'alinéa 1^{er} du paragraphe 3, les autorités gouvernementales centrales – concernant cette notion, le Conseil d'État renvoie à ses considérations développées au sujet du paragraphe 1^{er} – à travers la référence aux « pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités gouvernementales centrales, y compris au niveau régional et local », vu qu'au paragraphe 1^{er} ils s'emploient à imposer une obligation aux autorités gouvernementales centrales d'acquérir, sous certaines conditions, des produits, services et bâtiments à hautes performances énergétiques, alors que, dans le cas de figure qui est censé être couvert par la disposition du paragraphe 3, la directive se limite à inviter les États membres à encourager les organismes publics « à suivre l'exemple de leurs gouvernements centraux ». Ensuite, à l'alinéa 2 du paragraphe 3, les auteurs du projet de règlement grand-ducal changent encore de perspective. Alors que l'alinéa 1^{er} invite le Gouvernement à encourager les parties concernées à adopter une certaine attitude, à l'alinéa 2, c'est l'État qui est chargé de la démarche. À cette incohérence au niveau de la terminologie utilisée s'ajoute l'absence de tout caractère normatif des dispositions proposées. Par ailleurs, la référence, par deux fois, au niveau régional est inappropriée dans le contexte luxembourgeois, vu l'organisation territoriale du pays. Le Conseil d'État conçoit qu'il est difficile, en l'occurrence, de procéder à une transposition de l'article 6 de la directive 2012/27/UE de façon à assurer un engagement précis des instances concernées. C'est pourquoi, le Conseil d'État propose de faire abstraction du paragraphe 3.

Enfin, au paragraphe 4, la référence à « un acte délégué adopté conformément à la loi du 24 juillet 2011 concernant l'indication, par voie d'étiquetage et d'informations uniformes relatives aux produits, de la consommation en énergie et en autres ressources des produits liés à l'énergie » est à reformuler. Un acte délégué de la Commission européenne n'est en effet pas adopté conformément à une loi nationale. Par ailleurs, la disposition qui permet au Gouvernement de prévoir que, dans le cas de l'acquisition d'un ensemble de produits, l'efficacité énergétique cumulée peut prévaloir sur l'efficacité énergétique de chaque produit individuel de

l'ensemble, n'a aucune substance. Il conviendrait de reformuler la disposition et de prévoir directement que, dans l'hypothèse couverte, les pouvoirs adjudicateurs ont le choix entre deux options.

Chapitre III – Mise en adjudication, division des marchés en lots et variantes

Article 155

Le renvoi aux articles 2 à 7 figurant à l'alinéa 1^{er} est ~~à la limite~~ superfétatoire, puisque les dispositions du Livre I^{er} prévoient les règles qui s'appliquent en principe et à tous les marchés publics, c'est-à-dire également à ceux qui font l'objet des Livres II et III.

La règle reprise à l'alinéa 2 et selon laquelle les pouvoirs adjudicateurs indiquent les principaux motifs justifiant la décision qu'ils ont prise de ne pas subdiviser le marché en lots, transpose l'article 46, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, de la directive 2014/24/UE. Pour le reste, l'article 46 est transposé au niveau du Livre I^{er}. Il convient d'en déduire que la règle sous revue ne s'appliquera pas aux marchés publics dits nationaux.

Article 156

L'article 156 transpose l'article 45 de la directive 2014/24/UE, à l'exception de l'alinéa 2 du paragraphe 3 qui fera l'objet d'une transposition au niveau de la future loi sur les marchés publics. Le Conseil d'État propose de supprimer la deuxième phrase figurant au paragraphe 2 qui se réfère à l'article 35, paragraphe 6, de la future loi, et ne fait que reprendre un texte qui figure déjà dans le projet de loi, procédé qui est à éviter.

Pour le reste, l'article 156 ne donne pas lieu à observation dans la mesure où il reprend fidèlement le prescrit de la directive 2014/24/UE.

Titre II – Publication et transparence

Chapitre I^{er} – Publication des avis

Section I^{re} – Avis

Sous-section I^{re} – Avis de préinformation

Article 157

L'article 157 transpose fidèlement l'article 48 de la directive 2014/24/UE et n'appelle dès lors pas d'observation de principe de la part du Conseil d'État. Certaines références aux annexes du projet de règlement grand-ducal pourraient cependant être formulées avec plus de soin. Le Conseil d'État peut toutefois s'en accommoder, vu qu'elles correspondent à la façon dont les références sont effectuées dans le texte de la directive 2014/24/UE et ses annexes.

Sous-section II – Avis de marché

Article 158

L'article 158 transpose fidèlement l'article 49 de la directive 2014/24/UE et n'appelle dès lors pas d'observation de principe de la part du Conseil d'État.

Sous-section III – Avis d'attribution de marché

Article 159

L'article 159 transpose l'article 50 de la directive 2014/24/UE.

Au paragraphe 2, alinéa 2, la deuxième phrase aux termes de laquelle « [l']État peut prévoir que les pouvoirs adjudicateurs regroupent sur une base trimestrielle les avis concernant les résultats de la procédure de passation des marchés fondés sur l'accord-cadre » est à reformuler pour s'adresser directement aux pouvoirs adjudicateurs qui pourront regrouper sur une base trimestrielle les avis auxquels la disposition se réfère.

L'article 159 n'appelle pas d'autre observation de la part du Conseil d'État.

Sous-section IV – Publication d'un avis de marché en cas de modification d'un marché en cours, sans nouvelle procédure de passation de marché

Article 160

L'article 160 transpose l'article 72, paragraphe 1^{er}, dernier alinéa, de la directive 2014/24/UE. Il énonce les modalités de publication de l'avis mentionné à l'article 43, paragraphe 1^{er}, de la future loi sur les marchés publics. L'article 43 en question transpose par ailleurs les autres dispositions de l'article 72 de la directive.

Le Conseil d'État suggère de reformuler le début du texte de l'article 160 comme suit :

« Les pouvoirs adjudicateurs qui modifient un marché tombant dans le champ d'application du Livre II dans les cas mentionnés à l'article 43, paragraphe 1^{er}, points b) et c) de la loi, publient (...) ».

Section II – Rédaction et modalités de publication des avis

Article 161

L'article 161 transpose l'article 51 de la directive 2014/24/UE.

La disposition en question épouse étroitement les contours du prescrit de la directive.

Le Conseil d'État note qu'il n'y a pas lieu de préciser, comme le fait le paragraphe 2 dans le sillage de la directive, que les frais de publication des avis par l'Office des publications de l'Union européenne sont à charge de l'Union européenne. Le texte est partant à supprimer.

Ensuite, les paragraphes 3 et 4 sont à supprimer, vu qu'ils ne font que reproduire dans le texte national des dispositions de la directive qui se limitent à conférer des compétences ou à imposer des obligations à un organisme représentant l'Union européenne⁸.

Le Conseil d'État s'interroge encore sur la substance et la valeur ajoutée de la première phrase du paragraphe 5 aux termes de laquelle « les pouvoirs adjudicateurs sont en mesure de faire la preuve de la date d'envoi des avis ». Il suggère de renoncer ou de reformuler la phrase de façon à imposer une obligation claire et nette aux pouvoirs adjudicateurs.

En ce qui concerne l'alinéa 2 du paragraphe 5, le Conseil d'État propose de le formuler comme suit :

« La confirmation de la réception de l'avis et de la publication des informations transmises délivrée à l'entité adjudicatrice par l'Office des publications de l'Union européenne tient lieu de preuve de la publication. »

Section III – Publication au niveau national

Article 162

L'article 162 transpose l'article 52 de la directive 2014/24/UE. Il n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Section IV – Mise à disposition des documents de marché par voie électronique

Article 163

L'article 163 transpose l'article 53, paragraphe 1^{er}, de la directive 2014/24/UE. Le Conseil d'État constate que le paragraphe 2, dans sa dernière phrase, laisse entendre, comme le fait d'ailleurs également la directive, que les cas d'urgence qu'il vise sont définis aux articles auxquels il fait référence. Tel n'est cependant pas le cas et tant la future loi que la directive, ne font qu'évoquer de façon vague les circonstances qui doivent entourer les cas d'urgence.

Le prescrit de la directive se trouvant cependant intégralement respecté en l'occurrence, le Conseil d'État ne formule pas d'autres observations.

Article 164

L'article 164, qui transpose l'article 53, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE, n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

⁸ Dans le même sens : Avis du Conseil d'État du 30 juin 2015 sur le projet de loi portant 1. transposition de la décision 2009/426/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 sur le renforcement d'Eurojust et modifiant la décision 2002/187/JAI instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, 2. modification de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire (doc. parl. n° 6805¹, p. 3).

Chapitre II – Délais et informations à faire figurer dans l’invitation à soumissionner ou dans l’avis de marché

Section I^{re} – Procédure ouverte

Sous-section I^{re} – Délai de réception des offres. Règle générale

Article 165

L’article 165 transpose l’article 27, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, de la directive 2014/24/UE et n’appelle pas d’observation de la part du Conseil d’État.

Sous-section II – Possibilité de réduction des délais en cas de publication d’un avis de préinformation

Article 166

L’article 166 transpose l’article 27, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE. Il ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d’État.

Sous-section III – Possibilité de réduction des délais en cas de situation d’urgence

Article 167

L’article 167, qui transpose l’article 27, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE, n’appelle pas d’observation de la part du Conseil d’État.

Sous-section IV – Possibilité de réduction des délais en cas de soumission par voie électronique

Article 168

L’article 168 transpose l’article 27, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE et ne donne pas lieu à des observations de la part du Conseil d’État.

Section II – Procédure restreinte

Sous-section I^{re} – Informations à faire figurer dans l’avis d’appel à concurrence et dans l’invitation à confirmer l’intérêt

Article 169

L’article 169 est censé transposer dans le droit national le prescrit de l’article 28, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la directive 2014/24/UE. En fait, il se limite à préciser le contenu de l’avis d’appel à concurrence dans le cadre d’une procédure restreinte à travers un renvoi aux dispositions pertinentes des annexes au projet de règlement grand-ducal. En définitive, l’article vient compléter le dispositif de l’article 158 du projet de règlement grand-ducal en incluant, en l’occurrence, également les informations visées à l’annexe II, partie B, en sus de celles couvertes par la partie C. Il est rappelé que, d’après l’article 48, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE, dans le cas de procédures restreintes et de procédures concurrentielles avec négociation, les pouvoirs adjudicateurs sous-centraux peuvent utiliser un avis de pré-

information pour lancer un appel à concurrence. La partie B vise précisément l'avis de pré-information. Le Conseil d'État estime qu'on aurait pu rassembler les dispositions traitant du contenu de l'appel à concurrence dans un dispositif unique et cohérent, au lieu d'éparpiller les dispositions afférentes sur l'ensemble du texte, dispositif auquel on aurait ensuite pu adosser la réglementation des délais. Ceci dit, les auteurs suivent en l'occurrence la structure de la directive.

Pour ce qui est de l'alinéa 2, le Conseil d'État propose d'y renoncer puisqu'il ne fait que reproduire le texte de l'article 74, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, du projet de loi sur les marchés publics. Comme le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de le dire dans son commentaire concernant l'article 156 du projet de règlement grand-ducal, cette façon de procéder est à éviter.

Sous-section II – Délai de réception des demandes de participation

Article 170

L'article 170 transpose l'article 28, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, de la directive 2014/24/UE et n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Sous-section III – Invitations des candidats et délai de réception des offres. Règles générales

Article 171

À l'article 171, paragraphe 1^{er}, le Conseil d'État ne voit pas l'intérêt d'une disposition qui se limite à renvoyer à la procédure qui est définie à l'article 193 du projet de règlement grand-ducal.

L'alinéa 2 qui transpose l'article 28, paragraphe 2, alinéa 2, de la directive 2014/24/UE ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'État.

Sous-section IV – Possibilité de réduction des délais en cas de publication d'un avis de préinformation

Article 172

L'article 172 transpose l'article 28, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE. Il n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Sous-section V – Dispositions particulières applicables aux pouvoirs adjudicateurs sous-centraux

Article 173

L'article 173 transpose l'article 28, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE. Il donne la possibilité aux pouvoirs adjudicateurs sous-centraux de fixer le délai de réception des offres d'un commun accord avec les candidats sélectionnés. Il fixe ensuite un délai minimum à respecter en l'absence d'accord sur le délai de réception des offres. Il s'agit en fait d'une dérogation au délai fixé à l'article 171, paragraphe 2. Le Conseil d'État suggère d'insérer le texte proposé à l'article 171 comme paragraphe 3 ou

comme paragraphe 2, si le Conseil d'État est suivi dans ses observations concernant l'article 171.

Sous-section VI – Possibilité de réduction des délais en cas de soumission par voie électronique

Article 174

L'article 174 transpose l'article 28, paragraphe 5, de la directive 2014/24/UE. Il n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État sur le fond.

Sous-section VII – Possibilité de réduction des délais en cas d'urgence particulière

Article 175

L'article 175 transpose l'article 28, paragraphe 6, de la directive 2014/24/UE. La référence « au présent article », figurant dans la phrase introductive, souligne le caractère quelque peu artificiel du morcellement de la transposition de l'article 28 de la directive sur sept articles avec autant de titres. La référence est en tout cas à corriger.

Section III – Procédure concurrentielle avec négociation

Sous-section I^{re} – Informations à faire figurer dans l'avis de mise en concurrence, dans l'invitation des candidats et dans les documents de marché

Article 176

L'alinéa 1^{er} renvoie à l'annexe II, partie B ou C, pour ce qui est du contenu de l'avis de mise en concurrence. Le renvoi effectué en l'occurrence est plus correct que celui opéré au niveau de la directive où il est question de la « partie B et C ». Il peut en effet être fait appel à la concurrence moyennant un avis de préinformation – il y a lieu dans ce cas de se référer à la partie B de l'annexe II – ou à travers un avis de marché – les informations détaillées à la partie C de l'annexe II doivent dans ce cas être fournies.

En ce qui concerne les alinéas 2, 3 et 4, ils ne font que reproduire des dispositifs qui figurent tels quels aux articles 74, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, 67, paragraphe 4, et 67, paragraphe 6, dernière phrase, du projet de loi sur les marchés publics. Le Conseil d'État propose dès lors de faire abstraction de ces textes. Au cas où les auteurs du projet de règlement grand-ducal décideraient de maintenir le texte, il conviendrait de faire référence à l'alinéa 2 aux « critères ou règles objectifs et non discriminatoires ». Il serait par ailleurs indiqué de subdiviser l'article 176 en paragraphes afin d'augmenter la lisibilité du texte et de faciliter les renvois à son endroit.

Article 177

L'article 177 transpose l'article 29, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, de la directive 2014/24/UE. Il ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'État.

Sous-section II – Délai de réception des demandes de participation

Article 178

L'article 178 transpose l'article 29, paragraphe 1^{er}, alinéa 3, première phrase, de la directive 2014/24/UE. Le Conseil d'État n'a pas d'observation à formuler.

Sous-section III – Invitation des candidats et délai de réception des offres. Règles générales

Article 179

Le Conseil d'État ne voit, à nouveau, pas l'intérêt d'une disposition qui, comme le fait l'article 179, paragraphe 1^{er}, se limite à renvoyer à la procédure qui est définie à l'article 193 du projet de règlement grand-ducal.

Le Conseil d'État note ensuite que le paragraphe 2, qui fixe le délai minimum de réception des offres initiales à trente jours à compter de la date d'envoi de l'invitation, transpose l'article 29, paragraphe 1^{er}, alinéa 3, deuxième phrase, de la directive 2014/24/UE. D'après la phrase finale de l'alinéa 3 en question, « l'article 28, paragraphes 3 à 6, est applicable ». Les auteurs du projet de règlement grand-ducal ont fait, en l'occurrence, le choix de ne pas procéder par simple renvoi, mais de reproduire aux articles 180 à 183 du projet de règlement les dispositions des articles 172 à 175 du même texte qui transpose les dispositions de l'article 28, paragraphes 3 à 6, de la directive. Le Conseil d'État prend acte de ce choix qui peut rendre le texte plus lisible, mais qui, juridiquement parlant, n'est pas nécessaire. Le Conseil d'État renvoie par ailleurs à ses observations formulées à l'endroit des articles 173 et 175.

Sous-section IV – Possibilité de réduction des délais en cas de publication d'un avis de préinformation

Article 180

Il est renvoyé aux observations formulées ci-dessus concernant l'article 179.

Sous-section V – Dispositions particulières applicables aux pouvoirs adjudicateurs sous-centraux

Article 181

Il est renvoyé aux observations formulées ci-dessus concernant l'article 179.

Sous-section VI – Possibilité de réduction en cas de soumission par voie électronique

Article 182

Il est renvoyé aux observations formulées ci-dessus concernant l'article 179.

Sous-section VII – Possibilité de réduction des délais en cas d’urgence particulière

Article 183

Il est renvoyé aux observations formulées ci-dessus concernant l’article 179.

Section IV – Dialogue compétitif

Sous-section I^{re} – Informations à faire figurer dans l’avis de marché et dans les documents de marché

Article 184

L’article 184, paragraphe 1^{er} transpose l’article 38, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE. Il n’appelle pas d’observation de la part du Conseil d’État.

Les paragraphes 2 et 3 ne font, ici encore, que reproduire des dispositifs qui figurent tels quels aux articles 74, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, et 68, paragraphe 4, du projet de loi sur les marchés publics. Le Conseil d’État propose dès lors de faire abstraction de ces textes. Au cas où les auteurs du projet de règlement grand-ducal décideraient de maintenir le texte, il conviendrait de faire référence au paragraphe 2 aux « critères ou règles objectifs et non discriminatoires ».

Sous-section II – Délai de réception des demandes de participation – Invitation des candidats à participer au dialogue

Article 185

L’article 185 transpose l’article 30, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, de la directive 2014/24/UE. Il ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d’État.

Sous-section III – Invitation des candidats

Article 186

Le Conseil d’État, ne voit, ici encore, pas l’intérêt d’une disposition qui se borne à renvoyer, sans aucune valeur normative ajoutée, à la procédure qui est définie à l’article 193 du projet de règlement grand-ducal. Il propose dès lors de renoncer au texte sous revue.

Section V – Partenariat d’innovation

Sous-section I^{re} – Informations à faire figurer dans l’avis de marché et dans les documents de marché

Article 187

Les paragraphes 1^{er} et 2 de l’article 187, transposent, le premier, le paragraphe 1^{er}, alinéa 2, et le deuxième, le paragraphe 6 de l’article 31 de la directive 2014/24/UE. Le Conseil d’État renvoie à son avis précité du 23 mai 2017 relatif au projet de loi sur les marchés publics et plus

particulièrement à ses observations concernant les articles 3, paragraphe 2, point h) (définition de la notion de partenariat d'innovation), 63, paragraphe 3 (principe du recours à la procédure du partenariat d'innovation) et 69 (conditions et modalités du recours au partenariat d'innovation) du projet de loi sur les marchés publics. Le Conseil d'État y suggère de transposer l'intégralité de l'article 31 de la directive 2014/24/UE par le biais de la future loi.

Les alinéas 3 et 4 se limitent à reproduire des dispositifs qui figurent tels quels aux articles 74, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, 69, paragraphe 2, alinéas 2 et 3, et 69, paragraphe 1^{er}, alinéa 4, du projet de loi sur les marchés publics. Le Conseil d'État propose dès lors de faire abstraction de ces textes. Au cas où les auteurs du projet de règlement grand-ducal décideraient de maintenir le texte, il conviendrait de faire référence, au paragraphe 4, aux « critères ou règles objectifs et non discriminatoires ».

Sous-section II – Délai de réception des demandes de participation

Article 188

L'article 188 transpose l'article 31, paragraphe 1^{er}, alinéa 4, première phrase, de la directive 2014/24/UE. La disposition n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Sous-section III – Invitation des candidats

Article 189

Le Conseil d'État, ne voit, encore une fois, pas l'intérêt d'une disposition qui se borne à renvoyer, sans aucune valeur normative ajoutée, à la procédure qui est définie à l'article 193 du projet de règlement grand-ducal. Il propose dès lors de renoncer au texte sous revue.

Section VI – Dispositions particulières applicables aux systèmes spéciaux de passation de marchés

Sous-section I^{re} – Services sociaux et autres services spécifiques

Article 190

L'article 190 transpose, en respectant son prescrit, l'article 75, paragraphes 1^{er} et 4, de la directive 2014/24/UE et ne soulève pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Article 191

L'article 191 transpose fidèlement l'article 75, paragraphes 2 et 3, de la directive 2014/24/UE et ne soulève pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Sous-section II – Concours dans le domaine des services

Article 192

L'article 192 introduit dans le droit national le prescrit de l'article 79 de la directive 2014/24/UE. Il ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'État.

Chapitre III – Informations à communiquer aux candidats et aux soumissionnaires

Section I^{re} – Informations à communiquer dans le cadre de l'invitation des candidats

Article 193

Sans observation.

Section II – Informations des candidats et des soumissionnaires

Article 194

L'article 194 transpose l'article 55 de la directive 2014/24/UE. Le Conseil d'État note que la disposition sous revue ne fixe pas de délai pour la transmission des informations dont il y est question, mais prévoit que cette transmission se fera « dans les meilleurs délais ». Le prescrit de la directive étant toutefois respecté en l'occurrence, le Conseil d'État peut s'en accommoder.

Section III – Confidentialité

Article 195

L'article 195 transpose l'article 21, paragraphe 1^{er}, de la directive 2014/24/UE. Il interdit au pouvoir adjudicateur, sous certaines réserves, de divulguer « les renseignements que les opérateurs économiques lui ont communiqués à titre confidentiel, y compris, entre autres, les secrets techniques et commerciaux et les aspects confidentiels des offres ». Le Conseil d'État note tout d'abord le caractère très approximatif des formulations utilisées pour circonscrire le champ des informations qui tombent sous le coup de l'interdiction de divulgation. Ceci dit, les auteurs du projet de règlement grand-ducal ont fidèlement transposé le prescrit de la directive sur ce point.

La simple référence aux « règles de droit national », qui, dans la logique des textes de la directive et du projet de règlement grand-ducal, pourraient justifier une divulgation des informations visées par la disposition, est critiquable à plusieurs niveaux. Il n'est tout d'abord pas indiqué de se référer dans une norme juridique nationale, en copiant simplement le texte de la directive, aux « règles de droit national », règles dont le contenu n'est ensuite nullement précisé. Par ailleurs, les dispositifs qui couvrent la matière – la directive, et dans son sillage le projet de règlement grand-ducal, citent à titre d'exemple les dispositions régissant l'accès à l'information – relèvent de la future loi, donc d'une norme de rang

supérieur, qui a de toute façon vocation à s'appliquer et à laquelle il est dès lors superflu de renvoyer⁹.

En ce qui concerne le fond, le Conseil d'État constate que le projet de loi sur les marchés publics interdit, en ses articles 67, 68 et 69, au pouvoir adjudicateur, « conformément aux règles sur la confidentialité, prévues par voie de règlement grand-ducal », de révéler aux autres participants les informations confidentielles communiquées par un candidat ou un soumissionnaire participant aux négociations, sans l'accord de celui-ci. Le texte proposé au niveau du projet de règlement grand-ducal est plus général en ce que l'interdiction de divulgation qui y est formulée ne vise pas exclusivement les informations confidentielles qui seraient transmises aux concurrents, mais n'est pas autrement qualifiée en ce qui concerne le cercle des bénéficiaires qui pourraient profiter d'une telle divulgation. La disposition a dès lors, en ce sens, une valeur normative additionnelle et a sa place dans la législation sur les marchés publics. Le Conseil d'État propose dès lors, compte tenu des enjeux, des ramifications du texte proposé vers d'autres législations et du caractère sensible de la matière couverte qui touche à des secrets, que toute entreprise qui en est la détentrice a intérêt à voir protégés, de régler l'ensemble de la matière au niveau de la future loi sur les marchés publics.

Chapitre IV – Conservation et accès aux documents

Article 196

L'article 196 transpose l'article 83, paragraphe 6, de la directive 2014/24/UE.

Le texte oblige les pouvoirs adjudicateurs de conserver, pendant une certaine durée, des copies de tous les marchés conclus dont la valeur est égale ou supérieure à des montants définis dans le projet de règlement grand-ducal et de donner accès, ici encore sous certaines réserves, à ces marchés. L'accès à des documents ou à des éléments d'information particuliers peut cependant être refusé dans certains cas. La disposition proposée donne lieu aux mêmes questionnements que ceux en relation avec l'article 195 du projet de règlement grand-ducal. Le Conseil d'État renvoie à ses observations afférentes. Il se demande ensuite ce qu'il faut entendre par l'expression « copies de tous les marchés conclus » figurant à l'alinéa 1^{er} de l'article 196. Comment cette disposition est-elle appelée à interagir avec l'obligation, qui est faite par l'article 197, paragraphe 2, pour les pouvoirs adjudicateurs de « (garder) une trace du déroulement de toutes les procédures de passation de marché » ? Les documents visés par cette dernière disposition doivent en effet être conservés pendant une période de trois ans à compter de la date d'attribution du marché, tandis que l'article 196 ne couvre qu'une durée de conservation qui correspond, il est vrai au minimum, à la « durée des marchés ». Par ailleurs, le Conseil d'État s'interroge sur la portée exacte du principe énoncé à l'alinéa 2 et selon lequel « les pouvoirs adjudicateurs donnent accès à ces marchés ». Comment sera organisé cet accès et qui pourra en bénéficier ?

⁹ Loi du 25 novembre 2005 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement ; Projet de loi de loi relative à une administration transparente et ouverte (dossier parl. n° 6810).

Chapitre V – Rapports individuels sur les procédures d’attribution de marchés

Article 197

L’article 197 transpose l’article 84 de la directive 2014/24/UE. La disposition reflète de façon fidèle le prescrit du texte de la directive et n’appelle dès lors pas d’observation de principe de la part du Conseil d’État.

Sous le point d) du paragraphe 1^{er}, il convient de transformer le texte qui suit le point-virgule en une phrase entière ou bien de le ranger sous un point séparé. Au niveau du point i) du paragraphe 1^{er}, le Conseil d’État propose de préciser le renvoi à l’article 191 du projet de règlement grand-ducal en visant son paragraphe 1^{er}. Par ailleurs, et au paragraphe 2, il faudrait, à la deuxième phrase, imposer une obligation directe aux pouvoirs adjudicateurs et écrire qu’« ils conservent des documents suffisants ... ».

Chapitre VI – Règles applicables aux communications et à l’utilisation de moyens électroniques

Section I^{re} – Principe

Article 198

L’article 198 est censé transposer l’article 22, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, ainsi que le dernier alinéa du paragraphe 7 du même article de la directive 2014/24/UE.

Pour ce qui est de l’alinéa 1^{er} de l’article 198, le Conseil d’État estime que les auteurs du projet de règlement grand-ducal ne peuvent pas transposer l’invitation faite, par la directive, aux États membres de veiller à ce que les communications et échanges d’informations en relation avec les marchés publics soient effectués selon certains standards, en utilisant exactement les mêmes termes peu contraignants et en remplaçant les États membres par les pouvoirs adjudicateurs comme destinataires de la mesure. Le Conseil d’État propose de formuler la disposition de façon plus directe et d’écrire que « toutes les communications et tous les échanges d’informations (...) doivent être réalisés par des moyens de communication électroniques (...) ».

L’alinéa 2 de l’article 198, qui transpose fidèlement l’article 22, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, de la directive 2014/24/UE, et dont le contenu correspond en substance à celui des articles 200 et 202 du règlement grand-ducal précité du 3 août 2009, n’appelle pas d’observation de la part du Conseil d’État.

En ce qui concerne l’alinéa 3, afin d’appliquer correctement la méthode de transposition dynamique des actes délégués de la Commission européenne, le Conseil d’État propose de formuler le texte comme suit :

« L’utilisation de normes techniques spécifiques, notamment en ce qui concerne l’utilisation de la soumission électronique, des catalogues électroniques et de moyens d’authentification électronique, dans le but d’assurer l’interopérabilité des formats techniques ainsi que des normes en matière de procédures et de messagerie, en particulier dans un contexte transnational, est obligatoire

conformément aux actes délégués de la Commission européenne adoptés sur base de l'article 22, paragraphe 7, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE. Ces actes s'appliquent avec effet au jour de la date de l'entrée en vigueur des actes modificatifs afférents de l'Union européenne. Le ministre ayant les Travaux publics dans ses attributions publiera un avis au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, en y ajoutant une référence à l'acte publié au Journal officiel de l'Union européenne. »

Pour ce qui est de l'alinéa 4, il est à omettre, étant donné qu'il ne s'agit pas d'une disposition à transposer en droit national.

Section II – Cas dérogatoires à l'utilisation de moyens de communication électroniques

Article 199

Sans observation.

Article 200

L'article 200 transpose l'article 22, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE. Il respecte fidèlement le prescrit de la directive dont on ne peut cependant que regretter le caractère approximatif. Le texte accumule en effet les termes aux contours imprécis, de sorte que la disposition risque d'être source de difficultés au niveau de la pratique quotidienne des marchés publics. Cette observation vaut également pour les textes qui sont transposés aux articles 202 et 203.

Section III – Préservation de l'intégrité des données et de la confidentialité des offres

Article 201

L'article 201 transpose l'article 22, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE. Comme la disposition figure déjà à l'article 102 du projet de règlement grand-ducal sous avis, l'article sous examen est à omettre.

Section IV – Utilisation d'outils électroniques particuliers pour les marchés publics de travaux et les concours

Article 202

L'article 202 transpose l'article 22, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE. Le Conseil d'État renvoie à ses observations concernant l'article 200.

Article 203

L'article 203 transpose l'article 22, paragraphe 5, de la directive 2014/24/UE. Le Conseil d'État renvoie à ses observations concernant l'article 200.

Section V – Règles applicables aux outils et dispositifs de transmission et de réception électroniques des offres et de réception électronique des demandes de participation

Article 204

L'article 204 transpose l'article 22, paragraphe 6, de la directive 2014/24/UE.

Le Conseil d'État estime que les auteurs du projet de règlement grand-ducal devraient tout d'abord, comme ils en ont manifestement l'intention, prévoir un dispositif de transposition dynamique de l'annexe IV de la directive 2014/24/UE, y compris une précision concernant l'entrée en vigueur des modifications qui pourront être apportées à l'annexe en question par les actes de la Commission européenne et la publication d'un avis afférent au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg.

Sous le point b) de l'alinéa 1^{er}, les auteurs ne peuvent ensuite se contenter de copier le prescrit de la directive et se référer de façon tout à fait générale au Gouvernement ou aux pouvoirs adjudicateurs « agissant dans un cadre général établi par le Gouvernement » pour préciser le niveau de sécurité exigé pour le recours aux moyens électroniques de communication. Le Conseil d'État demande de définir les modalités de fixation du niveau de sécurité dans le règlement grand-ducal.

Toujours sous le point c), i, alinéa 1^{er}, il n'est pas nécessaire de préciser, comme le fait la directive, que les possibilités de validation existantes « relèvent de la responsabilité de l'État », la directive visant l'État membre. À l'alinéa 2, il convient de remplacer la référence au « Gouvernement » par celle au ministre compétent pour l'accréditation des prestataires de services de validation.

Titre IV – Techniques et instruments pour les marchés électroniques et agrégés

Chapitre I^{er} – Systèmes d'acquisition dynamiques

Article 205

L'article 205 transpose fidèlement l'article 34 de la directive 2014/24/UE. Il ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'État.

Chapitre II – Enchères électroniques

Article 206

L'article 206 transpose l'article 35 de la directive 2014/24/UE. Le texte respecte le prescrit de la directive. Il en reprend toutefois également les imprécisions. Ainsi, le Conseil d'État se demande s'il est vraiment indiqué de recourir deux fois au mot « notamment » lors de la définition de ce qu'il faut entendre par offres irrégulières ou inacceptables (paragraphe 5, alinéa 3). Vu les conséquences qui sont rattachées au constat qu'une offre est irrégulière ou inacceptable, il conviendrait que les situations visées soient définies avec toute la précision nécessaire. Le Conseil d'État note au passage que l'utilisation du mot « notamment » par la directive permettrait en l'occurrence au législateur national d'étendre la liste des motifs figurant

dans la directive et sur base desquels une offre peut être écartée comme étant irrégulière ou inacceptable.

Le Conseil d'État propose de reformuler le paragraphe 1^{er}, alinéa 3, de façon à lui donner une tournure plus normative. Le texte se lirait comme suit :

« Les marchés publics de services ou de travaux ayant pour objet des prestations intellectuelles ne font pas l'objet d'enchères électroniques lorsqu'ils ne peuvent être classés au moyen de méthodes d'évaluation automatiques. »

Au paragraphe 4, il convient de se référer aux informations mentionnées à l'annexe III, au lieu de l'annexe V.

Chapitre III – Catalogues électroniques

Article 207

L'article 207 transpose l'article 36 de la directive 2014/24/UE. Au paragraphe 3, les auteurs du projet de règlement grand-ducal n'ont pas tout à fait respecté le texte de la directive en ne reprenant pas l'hypothèse où la présentation des offres sous la forme d'un catalogue électronique est exigée. Le Conseil d'État insiste à ce que les auteurs du projet de règlement grand-ducal ajoutent les termes « ou exigée » de la directive et renvoie, par ailleurs, à l'article 255, paragraphe 3, du projet sous examen où les auteurs ont correctement transposé la directive.

Livre III – Dispositions spécifiques relatives aux marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux

Titre I^{er} – Champ d'application

Article 208

Sans observation.

Titre II – Régime spécifique concernant le cahier spécial des charges, les documents de marché et la mise en adjudication

Chapitre I^{er} – Spécifications techniques

Chapitre II – Labels

Chapitre III – Rapports d'essais, certification et autres moyens de preuve

Chapitre IV – Communication des spécifications techniques

Chapitre V – Variantes

Chapitre VI – Division de marchés en lots

Articles 209 à 214

Ces articles, repris avec seulement des modifications d'ordre rédactionnel de la directive, ne donnent pas lieu à observation quant au fond.

Titre III – Publication et transparence

Chapitre I^{er} – Rédaction et publication des avis

Section I^{re} – Avis

Sous-section I^{re} – Moyens de procéder à l'appel à la concurrence

Article 215

Faute de commentaire portant sur les articles 208 à 262, le Conseil d'État ignore pour quelles raisons les auteurs n'ont pas repris, aux points a) à c) de l'alinéa 1^{er} de cet article, les précisions concernant les trois modes d'appel à la concurrence qui figurent au paragraphe 4 de l'article 44 de la directive 2014/25/UE.

Pour éviter le risque d'une transposition incomplète, le Conseil d'État demande que le texte en projet soit complété.

Sous-section II – Avis périodiques indicatifs

Sous-section III – Avis sur l'existence d'un système de qualification

Sous-section IV – Avis de marché

Sous-section V – Avis d'attribution de marché

Articles 216 à 219

Ces articles reproduisent les dispositions de la directive et ne donnent pas lieu à observation quant au fond.

Sous-section VI – Avis de marché en cas de modification d'un marché en cours, sans nouvelle procédure de passation de marché

Article 220

Sans observation.

Section II – Rédaction et modalités de publication des avis

Article 221

Les paragraphes 3 et 4 de cet article reprennent des dispositions de la directive 2014/25/UE ayant trait aux missions de l'Office des publications de l'Union européenne qui n'ont pas à figurer dans la législation nationale.

En ce qui concerne le paragraphe 5, le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 161.

Article 222

L'article 222 transpose l'article 72 de la directive 2014/25/UE. Il n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Chapitre II – Délais et informations à faire figurer dans l’invitation à soumissionner ou dans l’avis de marché

Section I^{re} – Délais de réception des offres. Règle générale Section II – Procédure ouverte

Sous-section I^{re} – Délai de réception des offres. Règle générale Sous-section II – Possibilité de réduction des délais en cas de publication d’un avis périodique indicatif

Sous-section III – Possibilité de réduction des délais en cas de situation d’urgence

Sous-section IV – Possibilité de réduction des délais en cas de soumission par voie électronique

Articles 223 à 227

L’approche consistant à subdiviser l’article 45 de la directive 2014/25/UE en quatre articles distincts, dont chacun est de surcroît placé dans une sous-section qui lui est dédiée, alourdit inutilement le texte. Ces articles ne donnent cependant pas lieu à observation quant au fond dès lors qu’ils suivent la trame de la directive.

Section III – Procédure restreinte

Sous-section I^{re} – Informations à faire figurer dans l’avis de marché ou dans l’invitation à confirmer l’intérêt

Article 228

L’article 228 du projet de règlement met en œuvre l’article 139 du projet de loi sur les marchés publics (dossier parl. n° 6982) en disposant que les critères ou règles que l’entité adjudicatrice entend mettre en œuvre pour réduire le nombre de candidats qui seront invités à remettre une offre, le nombre minimum de candidats ainsi qu’éventuellement leur nombre maximum doivent être indiqués dans l’avis de marché ou dans l’invitation à confirmer l’intérêt.

Dans son avis précité du 23 mai 2017, le Conseil d’État a préconisé d’intégrer cette disposition à l’article 139 du projet de loi pour éviter la répétition d’une disposition identique aux articles 228, 231, 235, paragraphe 3, et 238, paragraphe 3, du projet de règlement grand-ducal sous avis.

Il propose donc l’omission de l’article sous revue ainsi que de l’article 231 et des paragraphes 3 des articles 235 et 238 du projet de règlement sous avis en donnant à considérer aussi qu’il est incongru qu’une disposition à ce point spécifique figure dans le premier article que les auteurs consacrent, respectivement à la procédure restreinte et à la procédure négociée avec mise en concurrence préalable.

Au cas où les auteurs du projet de règlement grand-ducal décideraient de maintenir le texte, il conviendrait, à l’alinéa 2, de faire référence aux « critères ou règles objectifs et non discriminatoires ».

Sous-section II – Délai de réception des demandes de participation
Sous-section III – Invitation des candidats et délai de réception des offres

Articles 229 à 230

Sans observation.

Section IV – Procédure négociée avec mise en concurrence préalable

Sous-section I^{re} – Informations à faire figurer dans l’avis de marché ou dans l’invitation à confirmer l’intérêt

Article 231

Il conviendrait, à l’alinéa 2, de faire référence aux « critères ou règles objectifs et non discriminatoires ».

Sous-section II – Délai de réception des demandes de participation
Sous-section III – Possibilité de réduction des délais en cas de publication d’un avis périodique indicatif
Sous-section IV – Délai de réception des offres et invitation des candidats

Articles 232 à 234

Observation générale

Le Conseil d’État ne voit à nouveau pas l’intérêt de subdiviser un article unique de la directive 2014/25/UE en trois articles, répartis de surcroît en trois sous-sections. Sur le fond, le dispositif n’appelle pas d’observation.

Article 232

Sans observation.

Article 233

La syntaxe de l’article 233 est déficiente, de sorte qu’il n’est pas possible au Conseil d’État d’en comprendre le sens.

Le texte en projet évoque une possibilité de réduction du délai de réception des offres fixé à l’article précédent, avec un minimum de quinze jours, sans cependant spécifier dans quels cas une telle réduction est permise. Le Conseil d’État demande aux auteurs du projet de compléter le dispositif. Il note que la directive n’est pas plus claire en la matière. La même observation vaut à l’encontre de l’article 237.

Article 234

Sans observation.

Section V – Dialogue compétitif

Sous-section I^e – Informations à faire figurer dans l’avis de marché, dans l’invitation à confirmer l’intérêt et dans les documents de marché

Article 235

Au paragraphe 2 de l’article 235, il conviendrait de faire référence, à l’alinéa 2, aux « critères ou règles objectifs et non discriminatoires ».

Sous-section II – Délai de réception des demandes de participation et invitation des candidats

Sous-section III – Possibilité de réduction des délais en cas de publication d’un avis périodique indicatif

Articles 236 à 237

D’après l’article 48, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, de la directive 2014/25/UE, dans le cadre d’un dialogue compétitif « le délai minimal de réception des demandes de participation est, en règle générale, d’au moins trente jours à compter de la date d’envoi de l’avis de marché ou, lorsque l’appel à la concurrence est effectué au moyen d’un avis périodique indicatif, à compter de la date d’envoi de l’invitation à confirmer l’intérêt ; il n’est en aucun cas inférieur à quinze jours ».

Les auteurs du texte ont choisi de transposer cette disposition en partie à l’article 236 et en partie à l’article 237, mais la rédaction de l’article 237 est déficiente, de sorte que sa portée n’est pas compréhensible. Le Conseil d’État renvoie à ses observations à l’endroit de l’article 233 ci-dessus.

Section VI – Partenariats d’innovation

Sous-section I^e – Informations à faire figurer dans l’avis de marché, dans l’invitation à confirmer l’intérêt et dans les documents de marché

Article 238

Au paragraphe 3 de l’article 238, il conviendrait de faire référence à l’alinéa 2 aux « critères ou règles objectifs et non discriminatoires ».

Sous-section II – Délai de réception des demandes de participation et invitation des candidats

Article 239

Le Conseil d’État renvoie, ici encore, à ses observations à l’endroit des articles 233, 236 et 237.

Section VII – Dispositions particulières applicables aux systèmes spéciaux de passation de marchés

Sous-section I^{re} – Services sociaux et autres services spécifiques

Sous-section II – Concours dans les marchés de services

Articles 240 à 241

Sans observation.

Chapitre III – Règles applicables aux communications et à l'utilisation de moyens électroniques

Section I^{re} – Mise à disposition des documents de marché par voie électronique

Article 242

Sans observation.

Section II – Règles applicables aux communications

Sous-section I^{re} – Principes

Article 243

Alinéa 1^{er}

L'article 40 de la directive 2014/25/UE requiert que les États membres « veillent à ce que toutes les communications et tous les échanges d'informations effectués en vertu de la présente directive, et notamment la soumission électronique des offres, soient réalisés par des moyens de communication électroniques ».

L'alinéa 1^{er} de l'article 243 du projet de règlement sous examen ne suffit pas à transposer cette disposition puisqu'il ne prescrit pas l'utilisation de moyens de communications électroniques. Le Conseil d'État renvoie à ses observations au sujet de l'article 198.

En outre, dès lors que les auteurs ont choisi de scinder un article unique de la directive en sept articles répartis en cinq sous-sections, la référence au « présent article », reprise de l'article 40 de la directive, doit être remplacée par une référence aux articles concernés, sinon à la section en question, comme indiqué de façon correcte à l'article 198.

Enfin, il n'est pas opportun de renvoyer dans le texte aux dispositions transitoires qui, par définition, ne s'appliquent que pendant un temps déterminé.

Tout en renvoyant à ses observations à l'endroit de l'article 198, le Conseil d'État propose de reformuler l'alinéa 1^{er} de la manière suivante :

« Toutes les communications et tous les échanges d'informations effectués en vertu du présent Livre, et notamment la soumission électronique des offres, doivent être réalisés par des

moyens de communication électroniques, conformément aux exigences de la présente section ».

Alinéa 2

Sans observation.

Alinéas 3 et 4

Les alinéas 3 et 4 de l'article sous examen ont été introduits par un amendement du 31 août 2016 afin, selon le commentaire de l'amendement, de remédier à un oubli concernant la transposition de l'article 40, paragraphe 7, de la directive 2014/25/UE. Ici encore, le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 198.

Sous-section II – Cas dérogatoires à l'utilisation de moyens de communications électroniques

Article 244

L'article 244 transpose l'article 40, paragraphe 1^{er}, alinéas 2 à 5, de la directive 2014/25/UE. Le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 199.

Article 245

Sans observation.

Sous-section III – Préservation de l'intégrité des données et de la confidentialité des offres

Article 246

Sans observation.

Sous-section IV – Utilisation d'outils électroniques particuliers pour les marchés publics de travaux et les concours

Articles 247 et 248

Sans observation.

Sous-section V – Règles applicables aux outils et dispositifs de transmission et de réception électroniques des offres et de réception électronique des demandes de participation

Articles 249

L'article 249 transpose l'article 40, paragraphe 6, de la directive 2014/25/UE. Le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 204.

Section III – Informations à communiquer aux candidats et soumissionnaires

Sous-section I^e – Informations à communiquer dans le cadre de l’invitation

Article 250

Sans observation.

Sous-section II – Informations sur les décisions prises et les motifs

Article 251

Sans observation.

Sous-section III – Confidentialité

Article 252

Le Conseil d’État ne saurait s’accommoder d’un texte réglementaire qui comporte, au paragraphe 1^{er}, une référence à « la présente directive » et un renvoi à « des règles de droit national auxquelles l’entité adjudicatrice est soumise, notamment les dispositions régissant l’accès à l’information » non autrement identifié. Il demande aux auteurs de revoir le texte en énonçant clairement les cas où l’entité adjudicatrice n’aura pas à respecter la confidentialité des renseignements qui lui sont communiqués par les opérateurs économiques. Le Conseil d’État renvoie pour le surplus à ses observations à l’endroit de l’article 195.

Le paragraphe 2 ne donne pas lieu à observation.

Titre IV – Techniques et instruments pour les marchés électroniques et agrégés

Chapitre I^{er} – Systèmes d’acquisition dynamiques

Article 253

Sans observation.

Chapitre II – Enchères électroniques

Article 254

L’article 254 transpose l’article 53 de la directive 2014/25/UE. Le Conseil d’État renvoie à ses observations à l’endroit de l’article 206.

Chapitre III – Catalogues électroniques

Article 255

Sans observation.

Titre V – Examen des offres et attribution

Chapitre I^{er} – Vérification des offres

Article 256

Sans observation.

Article 257

La référence au « droit national mettant en œuvre la présente directive », textuellement reprise de la directive 2014/25/UE est à remplacer par une disposition substantielle permettant ou interdisant – au choix des rédacteurs du texte à venir – aux entités adjudicatrices de demander des compléments ou des clarifications de la part des opérateurs économiques.

Chapitre II – Conservation et accès aux documents

Article 258

Dans un souci de lisibilité du texte réglementaire et de sécurité juridique, le Conseil d'État demande aux auteurs du texte de spécifier les textes visés par la formule « la législation de l'Union européenne ou la réglementation nationale applicable en matière d'accès aux documents et de protection des données ».

Chapitre III – Rapports individuels sur les procédures d'attribution de marchés

Article 259

Le Conseil d'État demande aux auteurs de spécifier, au paragraphe 3, quels sont les « autorités, organismes ou structures nationales » auxquels les rapports doivent être communiqués.

Titre VI – Exécution du marché

Articles 260 et 261

Sans observation.

Titre VII – Activités directement exposées à la concurrence

Section I^{re} – Procédure pour déterminer si l'article 115 de la loi est applicable

Article 262

Au paragraphe 1^{er}, la transmission de la demande de l'entité adjudicatrice à la Commission européenne est présentée par les auteurs du texte comme une faculté (« qui peut »), sans que le texte spécifie quels sont les critères que le ministre doit mettre en œuvre au moment où il apprécie s'il y a lieu ou non de transmettre la demande. Au vu du risque d'arbitraire que comporte cette disposition, le Conseil d'État demande aux auteurs du texte de modifier le texte dans le sens d'une transmission systématique de telles demandes.

Le paragraphe 2 et l'alinéa 1^{er} du paragraphe 3 reprennent des dispositions de la directive qui ont trait à la manière dont la Commission européenne traite les demandes qui lui sont adressées. Ces dispositions n'ont pas leur place dans un texte normatif national et sont à omettre.

La directive à transposer prévoit que les actes d'exécution de la Commission européenne sont publiés au Journal officiel de l'Union européenne. Le Conseil d'État note qu'aucune publication n'est prévue en droit national. À l'instar d'autres législations et dans un souci de transparence, il demande la publication d'un avis sur le portail électronique des marchés publics.

Livre IV – Gouvernance des marchés publics et concessions et obligations

Les mots « et concessions » sont à supprimer de l'intitulé du Livre IV. Le Conseil d'État renvoie à ses observations préliminaires du présent avis.

Titre I^{er} – Gouvernance

Chapitre I^{er} – Suivi de l'application des règles relatives aux marchés publics

Article 263

Le Conseil d'État demande aux auteurs du texte de spécifier au paragraphe 1^{er} quels sont « les autorités, organismes et structures compétentes » visés.

Le paragraphe 6 reprend une disposition de la directive qui a trait aux missions de la Commission européenne. Cette disposition est à omettre.

Chapitre II – Commission des soumissions

Section I^{re} – Composition

Section II – Service administratif

Section III – Règles de saisine

Articles 264 à 271

Sans observation.

Chapitre III – Suivi de l'application des règles relatives aux contrats de concessions

Chapitre IV – Portail des marchés publics

Articles 272 et 273

Les articles sous examen sont à omettre du projet de règlement grand-ducal sous avis. En effet, les dispositions exécutant la future loi sur l'attribution des contrats de concession (dossier parl. n° 6984) doivent faire l'objet d'un projet de règlement grand-ducal à part. Le Conseil d'État renvoie pour le surplus à ses observations préliminaires du présent avis.

Titre II – Coopération administrative et obligations internationales

Chapitre I^{er} – Assistance mutuelle et échange d’informations entre États membres

Article 274

Cet article reprend à la lettre le libellé de l’article 86 de la directive 2014/25/UE. Une telle disposition n’a cependant pas sa place dans un règlement grand-ducal, le droit interne luxembourgeois n’ayant pas vocation à régler la coopération entre les États membres de l’Union européenne.

L’article sous examen est à reformuler pour régler la manière dont les auteurs entendent organiser la contribution des autorités luxembourgeoises à la coopération voulue par la directive.

À cette occasion, les auteurs voudront aussi spécifier quel organe ils entendent viser lorsqu’ils parlent, sans autre précision, du « Gouvernement ». S’agit-il du Gouvernement en conseil ? L’attribution de missions à un organe collégial est-elle l’option la plus opportune en la matière ?

Chapitre II – Mise à disposition d’informations en rapport avec les dispositions sur les offres anormalement basses

Article 275

La question soulevée à l’endroit de l’article 274 se pose également à propos de la référence au « Gouvernement » figurant à l’article sous revue.

Chapitre III – Transmission d’informations spécifiques relatives aux rapports d’essai, certification et autres moyens de preuve, ainsi qu’aux spécifications techniques et aux labels

Article 276

La deuxième phrase de cet article est à revoir. Le règlement en projet ne peut pas imposer de règles aux autorités nationales des autres États membres de l’Union européenne.

À l’égard des autorités luxembourgeoises, il convient de désigner précisément la ou les autorités nationales auxquelles cette disposition doit trouver application.

Ici encore la référence au « Gouvernement » doit être clarifiée.

Chapitre IV – Preuves spécifiques en matière de normes d’assurance de la qualité et normes de gestion environnementale

Chapitre V – Transmission d’informations relatives aux opérateurs économiques agréés et aux organismes de certification

Articles 277 et 278

La question soulevée à l’endroit de l’article 274 se pose également à propos de la référence au « Gouvernement » figurant aux articles 277 et 278.

Chapitre VI – Document unique de marché européen : informations relatives aux opérateurs économiques consultables par les autres États membres

Article 279

Le Conseil d’État demande aux auteurs du règlement d’indiquer plus précisément les mesures destinées à assurer l’accès aux bases de données. Il y a, par ailleurs, ici encore lieu de préciser la référence qui est faite au « Gouvernement ».

Chapitre VII – Base de données e-Certis : liste complète des bases de données consultables par les autres États membres

Article 280

Sans observation.

Chapitre VIII – Mise à disposition des autres [É]tats membres d’informations relatives aux moyens de preuve

Article 281

Sans observation.

Chapitre IX – Information de la Commission européenne des difficultés rencontrées lors des marchés passés avec les pays tiers

Article 282

Sans observation.

Livre V – Dispositions finales

Titre I^{er} – Annexes

Article 283

Sans observation.

Titre II – Clause abrogatoire

Article 284

Le Conseil d'État renvoie aux observations qu'il a formulées dans son avis complémentaire de ce jour relatif au projet de loi n° 6982 à l'endroit de l'article 162 de ce projet de loi.

Dans l'hypothèse y visée du maintien en vigueur de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics pour les seuls contrats de concession, il est indispensable de maintenir également en vigueur, pour les mêmes contrats de concession, le règlement d'exécution de ladite loi, à savoir le règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988, qui est censé être abrogé par l'article sous revue.

À cet effet, le libellé de l'article 284 du projet de règlement grand-ducal sous revue est à remplacer par le libellé suivant :

« Le règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 est abrogé, sauf en ce qui concerne les contrats de concession de travaux et de services au sens de l'article 3, numéros 3 et 4 de cette même loi. »

Titre III – Dispositions transitoires relatives à l'utilisation obligatoire de moyens électroniques

Article 285

Sans observation.

Titre IV – Intitulé abrégé, exécution et mise en vigueur

Articles 286 et 287

Sans observation.

Observations d'ordre légistique

Observation générale

Le Conseil d'État demande aux auteurs du projet de règlement grand-ducal sous examen de procéder à la vérification des renvois à la future loi sur les marchés publics, tel qu'elle sera adoptée.

Préambule

La suscription est à faire suivre d'une virgule.

Le deuxième visa relatif aux avis des chambres professionnelles est à adapter, le cas échéant, pour tenir compte des avis effectivement parvenus

au Gouvernement au moment où le règlement grand-ducal en projet sera soumis à la signature du Grand-Duc.

À l'endroit des ministres proposant, il y a lieu d'écrire « Gouvernement en conseil » avec une lettre « c » minuscule.

Observations générales

Dans l'ensemble du projet de règlement grand-ducal, les points après les intitulés des livres, titres, chapitres, sections et sous-sections sont à omettre.

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

Concernant les montants des seuils et afin d'assurer la cohérence rédactionnelle du projet de règlement grand-ducal, l'ensemble du projet est à revoir pour séparer chaque tranche de mille (p.ex. : 1_000, 1_000_000) par une espace insécable. L'abréviation « EUR » est à remplacer par le terme « euros ». Les point et tiret ajoutés derrière un montant sont à omettre.

Finalement, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 2016 concernant le Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, il convient de remplacer à travers le texte sous examen la référence « Mémorial », qui n'existe plus sous cette dénomination, par celle de « Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg ». L'ensemble du projet de règlement grand-ducal est à revoir.

Article 47

Au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, de l'article sous examen, il convient d'écrire :

« Les alinéas ... ».

Article 56

Au paragraphe 1^{er}, dernier alinéa de l'article sous examen, il y a lieu d'écrire :

« ... dans la langue dans laquelle est rédigé le cahier des charges, ... ».

Article 71

Au paragraphe 2, il convient d'écrire :

« [l]es enveloppes dans lesquelles les offres sont enfermées ... ».

Article 78

La dernière phrase de l'article sous examen est à formuler comme suit : « Il y est aussi fait mention ... ».

Article 99

À l'alinéa 1^{er}, il convient d'écrire « ... suivant les dispositions de l'article 98, paragraphe 2 ».

Article 161

Au paragraphe 6, il convient de remplacer les termes « en respectant le format et aux modalités de transmission » par ceux de « en respectant le format et les modalités de transmission ».

Article 171

Dans l'intitulé de la sous-section III qui introduit l'article 171, il y a lieu d'écrire « Invitation » au singulier.

Article 204

Sous le point c), il convient de citer l'intitulé complet du règlement grand-ducal du 1^{er} juin 2001.

Article 208

La formulation « tomber sous le champ d'application du Livre III » est un anglicisme de construction ("to fall under") et doit être remplacée par les termes « relevant du champ d'application du Livre III ».

Article 228

L'intitulé de la sous-section consacré à cet article doit être corrigé comme suit :

« Informations à faire figurer dans l'avis de marché ou ~~dans l'~~
~~ou~~ dans l'invitation à confirmer l'intérêt. »

Article 239

L'intitulé de la sous-section II doit être modifié. En effet, l'article 239 ne traite pas des modalités d'invitation des candidats.

Article 252

Au paragraphe 1^{er} de l'article sous examen, la formulation « de la présente directive » est à remplacer par les termes « du présent règlement grand-ducal ».

Article 262

Dès lors que le Titre VII ne comporte qu'un seul article, il ne s'impose pas de le subdiviser en chapitres ou en sections.

Si le paragraphe 2 de l'article 262 était maintenu en dépit de la recommandation du Conseil d'État de l'omettre, il y a lieu de spécifier que l'article 115 dont question figure dans la loi.

Article 263

Au paragraphe 4, l'emploi de tirets est à remplacer par une suite alphabétique a), b), c), etc.

Article 272

La numérotation de l'article est à revoir, sachant qu'il n'y a pas de paragraphe 2. Par ailleurs, le terme « concession » est à mettre au singulier dans l'article sous examen ainsi que dans l'intitulé du chapitre III.

**Chapitre VIII – Mise à disposition des autres [É]tats membres
d'informations relatives aux moyens de preuve**

L'intitulé du chapitre sous examen est à corriger pour écrire « États ».

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 20 votants, le 14 juillet 2017.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes