

**Projet de règlement grand-ducal**

**portant exécution de la loi du ... sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 105 point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988.**

-----  
**Avis du Conseil d'Etat**

(14 juillet 2009)

Par dépêche du 7 février 2007, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de règlement grand-ducal mentionné en exergue. Le texte du projet, élaboré par le ministre des Travaux publics, était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles. Par dépêche du 4 mai 2009, le Conseil d'Etat fut encore saisi par le Premier Ministre, Ministre d'Etat, d'une série d'amendements gouvernementaux, suivie, en date du 18 mai 2009, d'une deuxième série d'amendements.

L'avis de la Chambre des métiers relatif au texte initial fut transmis au Conseil d'Etat le 19 septembre 2007 alors que l'avis sur les deux séries d'amendements gouvernementaux lui a été communiqué par dépêche du 26 mai 2009. L'avis du Syndicat des villes et communes luxembourgeoises lui a été communiqué par dépêche du 2 avril 2008.

L'avis de la Chambre de commerce n'était pas encore à la disposition du Conseil d'Etat au moment où il émettait le présent avis.

\*

Le projet de règlement grand-ducal sous avis a pour objet de remplacer le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale du 13 décembre 1988. Après le vote du 5 mai 2009 de la Chambre des députés sur le projet de loi (n° 5655) sur les marchés publics, qui doit remplacer la loi du 30 juin 2003 qui porte le même intitulé, le règlement grand-ducal exécutant la loi de 2003 sera dépassé et doit être remplacé par un texte exécutant la nouvelle loi. Le projet de texte sous avis a de même pour objet de compléter la transposition en droit national des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du 31 mars 2004 du Parlement européen et du Conseil, ainsi que les deux directives rectificatives 2005/51/CE de la Commission européenne du 7 septembre 2005 et 2005/75/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2005.

\*

## **Considérations générales**

A l'instar de l'approche retenue dans le contexte du remplacement de la loi de 2003, le texte sous examen entend abroger purement et simplement le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 pour le remplacer intégralement par un nouveau texte. Pour les raisons exposées dans son avis du 31 mars 2009, le Conseil d'Etat peut se déclarer d'accord avec ce procédé.

La présentation du texte du projet de règlement sous examen se calque sur celle du texte de loi voté en mai 2009 et maintient ainsi la disposition familière en un Livre I (Dispositions générales applicables à tous les marchés publics), un Livre II (Cahier général des charges applicable aux marchés publics d'une certaine envergure) et un Livre III (Cahier général des charges applicable aux marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux). Il reste donc fidèle à l'image du texte de 2003. Le passage du texte de la future loi<sup>1</sup> à celui du règlement d'exécution en sera facilité et les comparaisons entre les textes réglementaires de 2003 et de 2009 seront d'autant plus aisées.

Le Conseil d'Etat regrette que pour de larges passages, le texte du présent règlement ne soit pas une transposition, mais une copie d'un texte communautaire dans le droit national. Ainsi, le texte de transposition ne prend pas en considération les intérêts des petites et moyennes entreprises, censées appliquer une réglementation difficile à cerner et aux procédures lourdes. De l'avis du Conseil d'Etat, le présent règlement ouvre la voie à des conflits juridictionnels de longue haleine, ce qui pourra avoir comme conséquence un ralentissement de l'économie nationale.

## **Examen des articles**

### Article 1<sup>er</sup>

D'un côté, le texte proposé par le projet de règlement grand-ducal sous examen, s'il devait être maintenu, se trouve mal placé dans le dispositif. En effet, sous le Livre I qui porte sur tous les marchés publics, le Titre I vise tous les pouvoirs adjudicateurs et le chapitre I (dont fait partie l'article sous examen) entend en définir le champ d'application. Or, le texte de l'article 1<sup>er</sup> ne porte pas sur les pouvoirs adjudicateurs, mais sur les marchés publics.

D'un autre côté, l'article ne fait que répéter ce que dit le texte de la future loi. Il est donc superflu. L'article 1<sup>er</sup> de la future loi est suffisamment explicite dans l'exclusion du champ d'application de la future loi des marchés tombant sous l'effet des Livres II et III de cette même loi pour qu'il soit inutile de répéter ce qu'a dit la loi. De même, l'exclusion des marchés visés par les articles 20 et 151 à 161 de la future loi résulte déjà du texte de

---

<sup>1</sup> Selon le Conseil d'Etat, l'expression « la future loi » se réfère au projet de loi n° 5655 sur les marchés publics.

cette loi, sans qu'il soit besoin de répéter ces exclusions dans le texte réglementaire qui se meut nécessairement et exclusivement sur le champ préparé par la loi qu'il exécute.

Dans la mesure où les auteurs du projet de règlement devraient juger opportun le maintien d'une formule portant sur le champ d'application, le Conseil d'Etat suggère de dire:

« Le texte du présent Livre I s'applique à tous les marchés publics et à tous les pouvoirs adjudicateurs visés par le Livre I de la loi sur les marchés publics. »

## Article 2

Si le Conseil d'Etat n'éprouve pas de difficulté pour suivre les auteurs du projet de texte pour ce qui est des principes mentionnés aux paragraphes 1<sup>er</sup> à 4 de l'article, il n'en est pas de même du texte lui-même.

Deux formules prêtent à critique:

- alors que l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup> a) de la future loi a résolu le problème terminologique constitué par le choix du verbe et du substantif indiquant que l'opérateur a accompli sa mission (les travaux sont « exécutés », les produits et les prestations de service sont « fournis ») et que le paragraphe 1<sup>er</sup> b) apporte la précision que certains marchés peuvent porter conjointement sur « l'exécution et la conception » de travaux, seul le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article sous avis respecte cette terminologie tandis que le paragraphe 2 a recours au mot « exécution » indistinctement pour les travaux, les fournitures et les services. Le Conseil d'Etat recommande le respect des distinctions opérées par le texte de l'article 3 de la loi future;
- lorsque plusieurs opérateurs concourent pour présenter une offre relative au même marché, l'apport de chacun d'eux est qualifié tantôt de « partie » des travaux, fournitures ou services (paragraphe 2), tantôt de « part » du marché à conclure (paragraphe 4). Or, les mots « partie » et « part » peuvent désigner chacun aussi bien une portion et un lot, la participation à l'exécution de l'ensemble, que l'exécution d'un élément distinctif de cet ensemble, et ces imprécisions terminologiques risquent de constituer le point de départ de recours devant les juridictions.

Le Conseil d'Etat recommande de distinguer clairement entre les deux situations possibles et de donner à la dernière phrase du paragraphe 2 le libellé suivant:

« L'offre indique soit la proportion assumée dans l'exécution du marché et, le cas échéant, dans chacun de ses éléments, par chacun des opérateurs, soit l'apport proportionnel effectué par chacun d'eux dans l'exécution du marché dans son ensemble ou dans celle de ses différents éléments. »

Ce libellé permettrait le maintien du mot « part » au paragraphe 4 et tiendrait compte des situations compliquées qui peuvent se présenter dans le contexte de la « conception » de travaux, de services ou de fournitures.

### Article 3

Le paragraphe 1<sup>er</sup> est superflu, puisqu'il ne fait que reproduire le contenu de l'article 5, paragraphe 1<sup>er</sup> de la future loi.

Il en est de même du paragraphe 2, qui reproduit, avec des variations de texte il est vrai, le contenu du paragraphe 2 de l'article 5 de la future loi. Le Conseil d'Etat insiste en particulier sur l'abandon du terme « procédure » dans les deuxième et troisième phrases du paragraphe, terme qui prête à confusion, puisqu'il est utilisé avec une autre signification que celle résultant de la définition du terme « procédure » donnée par l'article 3, point 10. Ces mêmes phrases sont reproduites d'ailleurs à l'article 219, paragraphe 19 du projet de règlement grand-ducal sous examen consacré aux accords-cadres, preuve de leur inutilité dans le texte de l'article 3.

### Article 4

La définition de la procédure ouverte est fournie à l'article 3, point 10, b) de la future loi. Le règlement grand-ducal d'exécution ne peut donc pas apporter une définition concurrente (« La procédure ouverte consiste à... ») mais doit apporter les précisions éventuellement requises. La seule question que l'article 3 de la future loi laisse ouverte, c'est le point de savoir comment un « opérateur intéressé », qui veut présenter une offre, va être informé sur l'intention du pouvoir adjudicateur de lancer une procédure en vue de la conclusion d'un marché.

Le texte de l'article 4 pourrait donc se lire comme suit:

« Le pouvoir adjudicataire qui veut lancer une procédure ouverte doit publier un avis de marché dans la presse luxembourgeoise. »

L'ajout qui figure actuellement à la fin du texte de l'article 4 (« ... de sorte qu'une demande d'offre est adressée à un nombre non limité de concurrents ») constitue une explication, mais n'exprime pas une règle – le passage visé est donc à éliminer du texte.

### Articles 5 et 6

Ces deux articles présentent le même défaut que l'article 4, pour ce qui est de la tendance à réécrire la définition de certaines procédures, fournie pourtant déjà par le texte de la future loi. Ce défaut est d'autant plus pesant que le texte réglementaire exécute la loi, en l'occurrence en fournissant les règles selon lesquelles les milieux intéressés sont informés de l'intention du pouvoir adjudicateur de lancer un marché, et comment sont sélectionnés les participants qui sont invités à présenter une offre.

Le Conseil d'Etat recommande fermement de faire abstraction dans le texte réglementaire d'une répétition approximative du texte légal sur lequel le premier se fonde.

### Article 7

Le texte de cet article n'est pas suffisamment clair. Quelles sont les fournitures que peuvent comporter certains marchés portant sur des services ou des travaux? En particulier, quelles sont les fournitures liées à un travail de conception? Ainsi, un architecte qui a participé à un concours est supposé fournir, le cas échéant, une maquette, mais sera-t-il chargé nécessairement de la réalisation du bâtiment qui a fait l'objet de son étude? Pourquoi un entrepreneur de travaux publics serait-il chargé « en règle générale » non seulement d'exécuter les travaux à réaliser, mais encore de la fourniture des matières premières dont il aura besoin? Ce matériel ne pourrait-il pas faire l'objet d'un second contrat, avec un autre adjudicataire?

Le commentaire des articles ne fournit malheureusement aucune explication au sujet du texte de l'article 7 qui permettrait au Conseil d'Etat de se faire une idée précise des intentions des auteurs du projet de règlement.

### Article 8

Le texte de cet article mérite d'être précisé lui aussi. Il ne peut signifier raisonnablement que les travaux, services et fournitures à adjuger en bloc sont des travaux, services et fournitures faisant partie du même cahier des charges. Si cette lecture est correcte, le texte devrait la refléter.

Au paragraphe 3, la notion de la « proportion entre frais généraux et frais d'exécution proprement dits » qui doit rester « dans des limites raisonnables » sera difficile à mettre en œuvre par les adjudicataires potentiels, puisque chacun d'eux se fera une idée séparée et distincte de ce qui est raisonnable et de ce qui n'est pas. L'inscription, dans le texte réglementaire, d'un pourcentage ou d'une fourchette délimitant la proportion à respecter, faciliterait le travail des adjudicataires.

Au même paragraphe 3, deuxième phrase, la formule « soit... soit » est utilisée mal à propos. Alors qu'elle indique, en présence de deux possibilités, une exclusion (l'une ou l'autre), le projet de texte l'utilise pour indiquer une liberté de choix, permettant au pouvoir adjudicateur de se prononcer à son gré pour l'une des deux solutions. Le Conseil d'Etat suggère le texte suivant, qui pourrait faire l'objet d'un nouveau paragraphe 4:

« Sous condition d'avoir indiqué dans le cahier des charges qu'il se réserve le droit de ne prendre sa décision qu'au moment de l'adjudication, le pouvoir adjudicateur peut adjuger les travaux, fournitures ou services pour l'ensemble ou par lots séparés. S'il envisage la possibilité d'adjuger par lots, le cahier des charges doit indiquer la consistance des lots. Les soumissionnaires peuvent

présenter une offre de prix soit pour l'ensemble, soit pour un ou plusieurs des lots ainsi définis. »

### Article 9

Le Conseil d'Etat suggère le texte suivant qui lui paraît à la fois tenir compte des intentions des auteurs du projet de règlement grand-ducal sous revue et apporter une clarification utile du texte retenu:

« A l'exception des adjudications qui prennent la forme d'une entreprise générale, les procédures de mises en adjudication réservent une mise en adjudication séparée de lots distincts par profession, métiers ou industrie.

Les pouvoirs adjudicateurs sont exemptés de l'obligation de procéder par lots séparés visée à l'alinéa qui précède s'ils estiment qu'il n'est pas indiqué de séparer les lots spéciaux des travaux principaux.

L'exception de l'alinéa qui précède ne s'applique pas aux lots spéciaux dont la valeur est estimée à plus de dix pour cent de la valeur de l'ensemble du marché ou dont la valeur dépasse le montant de 90.000 euros, hors TVA, valeur 100 du nombre indice des prix à la consommation au 1<sup>er</sup> janvier 1948. »

### Article 10

Le texte proposé par le projet sous examen reproduit le texte de l'article 10 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003. Néanmoins, le Conseil d'Etat propose les changements suivants:

- au paragraphe 2, les termes de « sous-traité » devraient être remplacés par ceux de « sous-contrat » ou de « contrat de sous-traitance », d'autant plus que le même paragraphe parle de l'exécution « du contrat d'entreprise générale » et non pas de l'exécution « du traité d'entreprise générale »;
- l'alinéa final du paragraphe 3 peut être rayé, puisque l'exception en question figure spécifiquement au texte de l'article 9;
- au paragraphe 5, alinéa 1<sup>er</sup>, il est recommandé de lire « pendant la durée du contrat » au lieu de « tout au long de la durée du contrat » et, dans la partie finale du même alinéa, « avec l'assentiment » au lieu de « qu'avec l'assentiment ».

Le texte de l'alinéa 2 du même paragraphe 5 se prête à une lecture extensive (les exemples qui sont énumérés dans la suite de l'alinéa constituent certainement des cas dûment justifiés, mais ce ne sont pas les seuls cas imaginables) et aussi à une lecture limitative (ne sont des cas dûment justifiés que les exemples fournis dans la suite du texte). Les intérêts en jeu étant de taille, une énonciation plus claire ne laisserait pas de place à des interprétations divergentes et à des recours en justice.

### Articles 11 à 19

Ces articles reproduisent mot pour mot le texte des articles 11 à 19 du règlement qui sera abrogé.

### Article 20

Le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article sous examen reprend la substance de l'article correspondant du règlement à abroger; le texte du nouveau paragraphe 2 ne donne pas lieu à observation.

### Articles 21 à 30

Ces articles reproduisent mot pour mot le texte des articles correspondants du règlement à abroger, à l'exception d'une adaptation de circonstance (modification des articles auxquels se réfère le texte) à l'article 24.

### Article 31

Le texte sous examen reprend celui de l'article 31 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, sauf qu'il remplace dans sa troisième phrase le mot « entrepreneur » par celui de « opérateur ». Le Conseil d'Etat suggère d'écrire « opérateur économique », notion qui fait partie des définitions énumérées à l'article 3 de la future loi.

### Articles 32 à 37

Ces articles reproduisent le texte des articles correspondants du règlement à abroger.

### Article 38

Aux paragraphes 1<sup>er</sup> et 4, la référence au paragraphe 5 de l'article 20 de la loi sur les marchés publics est erronée, puisque l'article visé ne comporte que 4 paragraphes. Le Conseil d'Etat suggère d'éliminer simplement des deux paragraphes les termes « ...géré par le service créé conformément à l'article 20 paragraphe 5 de la Loi sur les marchés publics ». Le règlement grand-ducal à prendre sur base de l'article 4, paragraphe 5, de la loi sur les marchés publics pourra apporter les précisions nécessaires.

### Article 39

Cet article reproduit, à part quelques adaptations de circonstance avec lesquelles le Conseil d'Etat peut se déclarer d'accord, le texte de l'article 39 du règlement à abroger; toutefois, pour ce qui est du paragraphe 4, le Conseil d'Etat donnerait la préférence à la formule suivante:

« Lorsque le pouvoir adjudicateur rend obligatoire la présence des opérateurs économiques lors d'une visite des lieux ou d'une réunion d'information, le caractère obligatoire ... »

#### Article 40

Le Conseil d'Etat suggère de supprimer les termes «Conformément à l'article 21 ».

#### Articles 41 à 50

Ces articles reprennent le contenu des articles 41 à 44 du règlement de 2003, sauf que les articles 44 et 45 allongent à 22 jours les délais de présentation des candidatures et soumissions que le règlement de 2003 avait fixés à 21 jours, et que l'article 46(2) porte le délai du terme de l'adjudication à cinq mois, contre quatre mois fixés par le règlement à abroger; l'article 48(1) maintient la gratuité pour un exemplaire du cahier spécial des charges et pour un exemplaire du bordereau des prestations, alors que le règlement de 2003 avait prévu la gratuité pour un exemplaire du cahier des charges et pour deux exemplaires du bordereau.

#### Article 51

Le texte sous avis reprend celui de l'article 51 du règlement de 2003, avec les adaptations formelles rendues nécessaires par la future loi. Le Conseil d'Etat suggère de remplacer au paragraphe 2, deuxième phrase, la formule « etc. » par le texte suivant: « ...toutes les informations demandées, telles *notamment* fabricants et types,... ».

#### Articles 52 à 54

Ces trois articles reprennent mot pour mot le texte des articles correspondants du règlement de 2003.

#### Article 55

Sans observation.

#### Articles 56 à 68

Le texte des articles sous examen reprend exactement celui des articles correspondants du règlement de 2003, avec, le cas échéant, les adaptations rendues nécessaires par la future loi.

#### Article 69

Le Conseil d'Etat éprouve des difficultés à suivre les auteurs du projet de règlement grand-ducal sous revue, pour ce qui est du contenu de la dernière phrase de l'ajout qu'ils proposent d'apporter dans le nouveau texte par rapport à celui de l'article 69 du règlement de 2003. Le droit de contreseing du procès-verbal de la séance d'ouverture des soumissions accordé aux soumissionnaires présents lors de cette séance a pour effet qu'un soumissionnaire déterminé soit signera, soit ne signera pas, sans que son acte ou son abstention n'ait d'effet ni sur la validité des opérations, ni sur le contenu du procès-verbal. La non-signature n'a donc pas d'effet, ni

sur la validité du procès-verbal, ni sur la capacité du non-signataire de faire valoir, par les moyens juridiques qu'il choisit, son désaccord éventuel avec le contenu du procès-verbal. Puisque, d'un côté, la non-signature ne signifie pas nécessairement qu'il y a désaccord avec le contenu du procès-verbal, et, de l'autre côté, qu'un refus de signer n'est pas suivi d'effets directs ni quant au contenu du procès-verbal, ni quant à la suite de la procédure, la mention d'un refus de signer n'apporte pas de plus-value.

#### Article 70

Bien que le texte du projet de règlement grand-ducal ne fasse que reprendre celui de l'article 70 du règlement de 2003, le Conseil d'Etat propose de remplacer les mots « ...peut demander (...) les résultats proclamés... » par ceux de « ...peut demander (...) *la communication d'une copie du procès-verbal de la séance d'ouverture des soumissions* ».

#### Articles 71 à 80

Ces articles reprennent le texte des articles correspondants du règlement de 2003.

#### Article 81

Le Conseil d'Etat suggère de remplacer la formule « ...peut être sollicité... » par une formule plus contraignante et propose le texte suivant: « ...S'il s'agit d'une adjudication sous forme d'entreprise générale, le pouvoir adjudicateur peut exiger de la part de l'entrepreneur général, pour les raisons mentionnées à l'article 80, paragraphe (1), la communication des détails des offres de ses sous-traitants ».

#### Articles 82 à 84

Ces textes reproduisent ceux des articles correspondants du règlement de 2003.

#### Article 85

Le paragraphe 1<sup>er</sup> reproduit le texte de 2003; le complément apporté par le paragraphe 2 ne suscite pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

#### Articles 86 et 87

Les textes sous examen renforcent les conditions de participation aux soumissions en ce sens qu'ils raccourcissent la période de temps pouvant s'écouler entre l'émission du certificat et la date de la soumission. Les chances de voir un marché public confié à un opérateur économique qui ne respecte pas ses obligations publiques et qui se procure ainsi un avantage compétitif illégitime par rapport à ses concurrents respectueux de la loi, sont ainsi sensiblement diminuées. Le Conseil d'Etat ne peut que se déclarer d'accord avec cette mesure.

Pour ce qui est plus particulièrement de l'article 87, le Conseil d'Etat suggère d'éviter toute équivoque et de bien établir que la production des certificats visés sur invitation du pouvoir adjudicataire ne constitue pas une faculté mais une obligation, et d'écrire: « ...doit produire, sur demande du pouvoir adjudicateur, les certificats prévus à l'article précédent, endéans le même délai. Il doit produire en outre les mêmes certificats émis par les administrations fiscales et les établissements de sécurité sociale de son pays de résidence. Les attestations remises... ».

Articles 88 et 89 (version fournie par la deuxième série d'amendements)

Ces articles apportent à la réglementation actuelle les changements rendus nécessaires par la future loi. Le Conseil d'Etat peut se déclarer d'accord avec le texte des deux articles qui reflètent les recommandations qu'il avait faites dans ses avis relatifs au projet de la future loi. L'exercice difficile de précision auquel se sont soumis les auteurs du projet de règlement constitue la condition préalable à la transparence et au jeu non influencé de la concurrence entre opérateurs économiques.

Articles 90 à 95

Les articles sous examen reprennent le texte des articles correspondants du règlement à abroger. Les modifications intervenues, qui sont d'envergure très réduite, trouvent l'accord du Conseil d'Etat.

Article 96

Au paragraphe 2, le Conseil d'Etat suggère de dire: « ...d'assurances sociales mentionnés respectivement aux articles 86 et 87 », le terme de « cités » utilisé par le projet de texte indiquant une précision que les articles 86 et 87 ne sauraient apporter.

Articles 97 à 162 (y compris les articles 103, 156 et 161 tel qu'ils résultent de la première série d'amendements)

A l'exception de quelques adaptations d'envergure limitée et du caractère désormais non obligatoire de l'élaboration d'un avant-projet au niveau communal, ces articles reproduisent les textes correspondants du règlement de 2003 et ne suscitent pas d'observation, notamment en ce qui concerne le relèvement des plafonds prévus aux articles 156(4) et 161.

Articles 163 et 164

Le Conseil d'Etat peut marquer son accord avec le texte de ces deux articles qui n'avaient pas de pendant dans la réglementation actuelle.

Article 165

Le Conseil d'Etat suggère de remplacer à la dernière phrase du paragraphe 1<sup>er</sup> le conditionnel « devraient » par l'impératif « doivent ».

#### Articles 166 et 167

Sans observation.

#### Article 168

Le Conseil d'Etat ne peut se déclarer d'accord avec la mention « ...pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire... ». Dans la mesure où des règles de droit luxembourgeois doivent être conformes au droit communautaire, il appartient aux pouvoirs législatif et exécutif de veiller à ce que les normes internes soient compatibles avec le droit communautaire.

Le Conseil d'Etat demande dès lors à ce que le passage visé se lise comme suit: « ...pour autant qu'elles soient compatibles avec les lois et règlements et qu'elles soient indiquées... ».

#### Article 169

Le Conseil d'Etat propose de faire commencer ainsi l'alinéa 2 du paragraphe 2: « Le premier alinéa du présent paragraphe... ».

#### Articles 170 à 181

Sans observation.

#### Article 182

Le Conseil d'Etat se demande s'il ne faut pas lire, à la fin de l'article sous revue, « ...fixés par le présent chapitre » au lieu de « ...fixés par le présent article ».

#### Articles 183 à 201

Sans observation.

#### Article 202

Les formules utilisées par cet article sont très générales et risquent de provoquer des conséquences opposées aux intentions affirmées des auteurs du projet de règlement sous examen et des directives sur lesquelles il se base. En particulier, l'interdiction d'avoir recours à des moyens électroniques qui ne seraient pas « compatibles avec les technologies d'information et de communication généralement utilisées » soulève la question de savoir à partir de quelle part de marché une technologie ou un équipement est supposé être « généralement utilisé ». Il est à craindre que le carcan protecteur ainsi mis en place ne se retourne en définitive contre les

équipements de pointe et contre les applications innovatives qui seront par définition non généralement utilisées à l'époque de leur mise sur le marché.

#### Articles 203 et 204

Sans observation.

#### Article 205

Le Conseil d'Etat suggère de lire le début du paragraphe 1<sup>er</sup> comme suit: « Pour tout marché et pour tout accord-cadre... ». De même, le texte figurant sous la lettre h) pourrait se lire comme suit: « ...a renoncé à passer un marché ou un accord-cadre ».

#### Articles 206 à 216

Sans observation.

#### Article 217

Afin que les rôles respectifs du pouvoir adjudicateur et du soumissionnaire soient clairs, le Conseil d'Etat suggère de lire l'alinéa 2 comme suit:

« Le pouvoir adjudicateur peut demander au soumissionnaire identifié comme ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse de clarifier... »

#### Article 218

L'allocation de prix aux participants au dialogue compétitif se comprend comme une sorte d'encouragement et d'indemnisation forfaitaire, égale pour tous les participants. Quant à l'allocation de « paiements », le texte du projet de règlement sous examen reste, de même que son commentaire, muet sur les critères d'appréciation qui constitueraient la base de la fixation de ces paiements. Ces paiements se feront-ils en fonction du volume de temps consacré par le participant au dialogue avec le pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire finalement sur le nombre et la qualification professionnelle des personnes engagées dans le dialogue du côté du participant?

Le Conseil d'Etat craint que le pouvoir d'appréciation très large laissé ainsi au pouvoir adjudicateur n'aboutisse à des situations qui mettront en danger l'indépendance de ce pouvoir, et l'égalité de traitement des participants qui doit rester garantie.

#### Article 219

Au premier alinéa, la première phrase est inutile puisqu'elle ne fait que répéter une règle fournie déjà par l'article 46 de la future loi. La deuxième phrase est elle aussi superflue, puisqu'elle ne fait qu'annoncer les règles contenues dans la suite de l'article 219 et dans les articles 220 et 221.

La troisième phrase peut, elle aussi, être rayée, puisqu'il est évident qu'entre parties contractantes aucune autre situation n'est envisageable.

Le Conseil d'Etat recommande donc de supprimer l'ensemble du texte de l'article 219.

#### Articles 220 et 221

Sans observation.

#### Article 222

Aux lettres a), b) et c) du premier alinéa, le projet de texte sous avis se réfère à des règles de droit communautaires, sans l'indication d'une exclusion basée sur des condamnations intervenues en vertu d'une règle de droit – notamment pénal – luxembourgeois. La seule référence au droit pénal luxembourgeois, à la lettre d), ne porte que sur le blanchiment et les substances médicamenteuses. Le commentaire de l'article reste muet sur cette abstention.

D'un point de vue de la légistique formelle, le Conseil d'Etat ne peut pas aviser favorablement la pratique des auteurs du présent texte de faire référence à des textes communautaires, dont l'effet contraignant direct pour le justiciable n'est pas donné, au lieu de se référer, le cas échéant, à une norme nationale de transposition.

Le Conseil d'Etat ne peut pas non plus se déclarer d'accord avec la clause d'exemption de l'alinéa 2 qui revient en fait à admettre qu'un Etat de droit se voit livré aux intérêts criminels et qu'il n'est plus à même de veiller à l'application et au respect des règles qui le fondent. Un texte législatif qui aurait une teneur semblable à la disposition réglementaire sous revue rencontrerait l'opposition formelle du Conseil d'Etat.

#### Article 223

Aux points a) et b), le Conseil d'Etat recommande d'écrire, chaque fois dans le passage final, « ...existant dans le droit national dans l'Etat dans lequel est établi l'opérateur économique ».

#### Article 224

Sans observation.

#### Article 225

Le Conseil d'Etat suggère d'écrire: « ...et en *informe*... ».

#### Article 226

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, la formule « ...est invité... » n'est pas suffisamment contraignante pour donner lieu à des sanctions à l'encontre de

l'opérateur économique qui n'aurait pas suivi cette « invitation ». Le Conseil d'Etat suggère d'écrire:

« Le pouvoir adjudicateur demande à chaque opérateur économique désireux de participer à un marché public de fournir un justificatif de son inscription... »

#### Articles 227 à 235

Sans observation.

#### Article 236

Les termes de l'article sous examen semblent se référer à une situation concrète, alors qu'il n'y a pas de raison de ne pas généraliser ces termes à tous les types de prestations que peut exiger l'exécution d'une fourniture. Par ailleurs, un marché public qui porte à la fois sur des fournitures (de matériel et d'équipements) et sur des travaux de pose ou d'installation ne devient-il pas un marché de travaux?

#### Articles 237 à 244

Sans observation.

#### Article 245

Si le Conseil d'Etat peut se déclarer d'accord avec le principe appliqué, il estime néanmoins que les termes employés devraient être rendus suffisamment précis pour permettre d'éliminer des adjudicataires qui se trouveraient dans des situations où l'aide de l'Etat, bien qu'accordée dans la légalité de l'Etat d'origine, ne serait pas conforme au droit communautaire.

#### Articles 246 à 250

Sans observation.

#### Article 251

S'il est incontestable que les membres du jury doivent être indépendants des participants au concours, la désignation des membres du jury avant le concours, c'est-à-dire avant que soient connus les participants, risque de causer problème, puisque des membres du jury désignés devront, le cas échéant, être révoqués pour être remplacés par des personnes sans lien avec les participants.

La règle proposée par le projet de règlement a pour effet que les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas entièrement libres dans le choix des membres du jury: un opérateur peut, par sa participation, écarter un membre désigné du jury.

#### Articles 252 à 254

Sans observation.

#### Article 255

Le Conseil d'Etat se heurte à la signification de la formule « soit... soit ». D'après la lecture qu'il fait de l'article sous examen, le pouvoir adjudicateur ayant recours à une concession de travaux publics ou bien impose dès le départ un pourcentage (qui ne peut être inférieur à 30% de la valeur globale des travaux faisant l'objet du contrat de concession) qui doit être confié à des sous-traitants, ou bien invite les candidats concessionnaires à proposer un pourcentage de sous-traitance. En tout état de cause, une concession de travaux publics comporte donc toujours et nécessairement une partie de sous-traitance. Cette contrainte à la sous-traitance ne résulte pas de la définition donnée par l'article 3, 3 de la future loi.

Si les auteurs du projet sous examen avaient l'intention de rendre possible le recours à des marchés de sous-traitance dans le domaine des concessions, sans transformer cette faculté en obligation, il faudrait qu'ils revoient le texte afin de le faire concorder avec leurs intentions.

#### Article 256

Le Conseil d'Etat suggère d'écrire « ...les dispositions de cette loi et du présent règlement grand-ducal... » au lieu de « ...cette loi... ».

#### Articles 257 à 262

Sans observation.

#### Article 263

Le Conseil d'Etat ne voit pas l'utilité de reprendre, dans le cadre d'un règlement grand-ducal exécutant une loi qui transpose des directives communautaires, des règles concernant le fonctionnement d'un organe communautaire. Le texte de l'article sous examen est superflu.

#### Articles 264 et 265

Ces deux articles, qui portent sur des droits accordés à la Commission européenne, sont également superflus. Les matières sur lesquelles portent les compétences de la Commission, ainsi que les méthodes de travail de celle-ci, ne relèvent pas du domaine d'un acte de transposition de la directive en droit national. Ou bien les interventions de la Commission européenne, mentionnées dans les deux articles sous examen, trouvent leur fondement dans les Traités auxquels a adhéré le Luxembourg et alors une autorisation subordonnée ou dérivée dans un texte réglementaire est complètement superflue, ou bien ce fondement n'existe pas, et alors la lacune ne peut pas être comblée par un texte légal communautaire.

#### Article 266

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, deuxième phrase, le Conseil d'Etat suggère de remplacer le mot « devraient » par « doivent ».

Le paragraphe 3 implique que les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de vérifier, chaque fois qu'ils en rencontrent une, si des règles techniques édictées dans le droit interne par des lois ou des règlements grand-ducaux sont conformes aux règles communautaires. Le pouvoir exécutif, en l'occurrence le Gouvernement, présume donc que les textes qu'il a soumis à la Chambre des députés sous forme de projets de loi et qui ont été votés par celle-ci, et les règlements grand-ducaux pris sur proposition des ministres avec l'accord du Conseil de Gouvernement, sont sujets à caution pour ce qui est de leur conformité avec les règles communautaires. Le Conseil d'Etat n'est pas d'accord à suivre les auteurs du projet sous examen dans cette voie. Il demande que le texte soit réaménagé et suggère la formule suivante:

« Sans préjudice de règles techniques imposées par d'autres textes légaux ou réglementaires, les spécifications techniques visées au paragraphe (1) ci-dessus doivent être formulées... »

Au paragraphe 4, l'approche régulatrice est assez surprenante: un pouvoir adjudicateur ne peut pas rejeter une offre pour le motif qu'elle ne serait pas conforme à certaines spécificités, du moment que le même pouvoir adjudicateur est persuadé, après avoir reçu des explications qu'il juge satisfaisantes, qu'il n'y a pas non-conformité. Le point précis à résoudre est celui de savoir si un soumissionnaire a prouvé dans son offre que les solutions qu'il propose sont équivalentes à celles exigées par les spécifications techniques imposées par le pouvoir adjudicateur. Et ce point précis (valeur concluante des preuves présentées) ne peut pas être résolu par un règlement grand-ducal, mais restera nécessairement du ressort des juridictions.

Au paragraphe 5, alinéa 1, première phrase, le Conseil d'Etat suggère d'écrire: « ...de prescrire *des spécifications techniques* en termes de performances ou d'exigences... ».

Quant à l'alinéa 2 de ce paragraphe, le Conseil d'Etat suggère le texte suivant: « Le soumissionnaire fait valoir dans son offre les arguments dont il estime qu'ils prouvent que les produits, services ou travaux offerts sont conformes à la norme et qu'ils répondent aux performances ou exigences fonctionnelles exigées par le pouvoir adjudicateur. »

Il est évident qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'apprécier la valeur des arguments avancés.

#### Articles 267 à 269

Sans observation.

#### Article 270

Etant donné qu'il doit être présumé que les entités adjudicatrices, c'est-à-dire les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 56(1) a) de la future

loi, et les entreprises publiques telles qu'elles sont définies à l'article 56(1), b) de la même loi, respectent le droit communautaire, le Conseil d'Etat suggère d'écrire:

« Les entités adjudicatrices peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché si ces conditions sont indiquées dans l'avis utilisé comme moyen de mise en concurrence ou dans le cahier spécial des charges... ».

#### Articles 271 à 284

Sans observation.

#### Articles 285 et 286

De l'avis du Conseil d'Etat, cet article doit être abandonné, puisqu'il impose des délais à la Commission européenne, ce pourquoi la forme du règlement grand-ducal n'est pas appropriée.

De toute façon, à l'article 285, à fin de l'alinéa 1, le Conseil d'Etat suggère d'écrire: « ...sont publiés *au plus tard* cinq jours après leur envoi ».

Quant à l'alinéa 2, deuxième phrase, il faut écrire: « ...sont publiés *au plus tard* cinq jours après l'envoi de l'avis ».

#### Article 287

La formulation actuelle du texte de l'article sous examen, et notamment la mention de « au niveau national », ne convient pas pour un texte de transposition. Quant au fond, la formulation actuelle sous-entend-elle qu'aucune publication des avis et de leurs contenus ne peut être entreprise, tant qu'il n'y aura pas eu de publication afférente au niveau européen?

#### Article 288

Le Conseil d'Etat estime que l'article sous examen est superfétatoire, alors que la procédure y décrite est une procédure administrative courante, notamment dans la relation entre l'entité adjudicatrice et l'Etat.

#### Article 289

Cet article n'est pas acceptable, puisqu'il impose des règles de conduite à la Commission européenne.

#### Article 290

Le texte doit se lire *in fine*: « ... prévue par le présent règlement » au lieu de « par la présente directive ».

#### Articles 291 à 317

Sans observation.

#### Article 318

Si l'intention de radier un opérateur économique du système de qualification doit être notifiée à l'opérateur avec l'indication des raisons justifiant cette intention, il est évident que cette intention elle-même pourra être contestée par l'opérateur, avant même l'intervention de la décision sur le maintien ou la radiation du système.

Dans notre système juridique, seule une décision prise en bonne et due forme peut être contestée. Le délit d'opinion n'existe pas, et il n'en existe certainement pas en droit administratif. Les administrations doivent rester libres d'avoir des intentions sans être obligées de lancer une campagne d'information *urbi et orbi* sur les arguments qui fondent ces intentions. Du moment que les intentions se cristallisent en décisions formelles, les personnes concernées disposent de toutes les garanties de faire valoir leur point de vue, notamment devant les juridictions.

Le Conseil d'Etat regrette que, sous le couvert de la transposition de directives communautaires, le système juridique soit de plus en plus envahi et défiguré par des notions qui sont complètement étrangères à ses principes de fonctionnement.

#### Articles 319 et 320

Sans observation.

#### Article 321

Le Conseil d'Etat a du mal à cerner la notion de « se conformer à des règles d'exclusion » reprise sous le point a) du paragraphe 1<sup>er</sup>. Partant, il propose, pour des raisons de lisibilité, de reformuler le texte sous examen de la façon suivante: « qui ne respectent pas les règles, ou tombent sous les critères d'exclusion ».

D'un point de vue rédactionnel, le Conseil d'Etat propose également de reformuler le début de phrase du paragraphe 2 de la façon suivante:

« Lorsque la mise en concurrence s'effectue sur la base d'un avis informant de l'existence... »

Le but de l'article sera atteint si le début de l'article 319 s'écrit comme suit:

« Les entités adjudicatrices conservent *pendant quatre ans* les informations... »

#### Article 322

Sans observation.

### Article 323

L'utilisation du verbe *pouvoir* avec deux significations différentes aux débuts des paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 indique qu'il ne suffit pas, dans un texte de transposition, de reprendre au mot à mot le texte communautaire. Une personne juridique qui « peut » faire quelque chose a, en droit administratif luxembourgeois, le droit de le faire. Du moment que l'existence de ce droit est établie, point n'est besoin de rappeler cette liberté d'action. Le Conseil d'Etat suggère donc de rédiger le paragraphe 1<sup>er</sup> comme suit:

« Les entités adjudicatrices qui mettent en place un système de qualification d'opérateurs économiques prennent les dispositions nécessaires pour que les opérateurs économiques puissent à tout moment présenter leur demande de qualification. »

Quant aux paragraphes 4 et 5, au texte pratiquement identique, il serait logique de les regrouper en un seul paragraphe qui commencerait ainsi:

« Lorsque les critères et les règles de qualification visés au paragraphe (2) comportent des exigences *relatives à la capacité économique et financière, ou à ses capacités techniques ou professionnelles*, il peut... »

Le Conseil d'Etat suggère de supprimer le paragraphe 7. Un texte réglementaire, qui autorise les entités adjudicatrices à s'organiser administrativement comme bon leur semble, est condescendant et superfétatoire. Si une entité adjudicatrice établit un système de qualification, c'est bien pour disposer d'une liste des opérateurs économiques remplissant certaines conditions. Autoriser les entités à s'organiser administrativement pour tirer de leur système de qualification un maximum d'informations utiles, c'est complètement inutile. D'ailleurs, pourquoi autoriser les entités adjudicatrices à classer les opérateurs qualifiés « en catégories par type de marché », mais pas par « stade de qualification » (cf. le paragraphe 2 qui montre à quel point ce paragraphe 7 est inutile).

### Articles 324 à 326

Sans observation.

### Article 327

Le Conseil réitère l'observation qu'il a faite à l'égard de l'article 245.

### Article 328

Au paragraphe 3, alinéa 2, le Conseil d'Etat suggère d'écrire: « ... en vertu de l'alinéa *précédent*... lorsque ... ».

### Article 329

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, le Conseil d'Etat suggère d'écrire: « Le Gouvernement ... par les entreprises luxembourgeoises... ».

Les paragraphes 2 à 5, qui imposent certaines obligations à la Commission européenne, n'ont pas leur place dans un texte réglementaire luxembourgeois.

Au paragraphe 4 actuel, il y a lieu d'écrire: « Le ministre ... informe ... par les entreprises luxembourgeoises ... ».

#### Article 330

Au paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, la deuxième phrase est à rayer. Un règlement grand-ducal luxembourgeois ne peut pas imposer des obligations à la Commission européenne.

#### Article 331

Au paragraphe 3, b), le texte est inadéquat. Ou bien le Grand-Duché de Luxembourg fait fruit de la possibilité offerte par les directives, et il instaure un ou des régimes volontaires d'accréditation, ou il ne le fait pas. S'il décide de le faire, le projet de règlement sous examen constitue la plateforme idéale pour réaliser ces intentions. Mais il peut aussi s'en remettre à un règlement séparé et ultérieur. Le texte actuel, copié simplement sur les directives, ne constitue pas une mesure de transposition.

#### Article 332

La règle énoncée au paragraphe 3 (indépendance des membres du jury par rapport aux participants à un concours) ne sera respectée que pour autant que la composition d'un jury, annoncée avant le concours, sera modifiée par après, sur le vu des participants effectifs.

#### Article 333

Le Conseil d'Etat suggère de rédiger comme suit le paragraphe 1<sup>er</sup>:

« Le jury et ses membres prennent leurs décisions et élaborent leurs avis en toute liberté. »

#### Article 334

Le Conseil d'Etat est d'avis que le texte de cet article est superflu. Si le Grand-Duché a, par l'effet de directives communautaires, l'obligation de communiquer à la Commission européenne annuellement certaines informations pour des raisons d'établissement de statistiques communautaires, il exécutera fidèlement ses obligations conformément à la loi de transposition. L'intervention, à son initiative, d'un texte réglementaire n'ajoute rien à ses obligations antérieures.

#### Articles 335 et 336

Ces deux articles sont à éliminer du corps du texte réglementaire qui n'est pas de nature à pouvoir imposer des obligations à la Commission européenne.

Articles 337 à 339

Sans observation.

Annexes

A l'Annexe I, le Conseil d'Etat relève l'absence du numéro 2 entre 1) et 3).

Sous 3), la dernière phrase devrait s'écrire: « ...agréé par *un* Etat membre. »

A l'Annexe V, sous a), la référence aux «dispositions nationales en application de la directive 1999/93/CE » devrait être remplacée par celle de la règle interne, que ce soit une loi ou un règlement grand-ducal, qui a transposé la directive dont s'agit.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'autres observations à l'endroit des annexes du présent projet de règlement grand-ducal.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 14 juillet 2009.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Alain Meyer