

## Projet de règlement grand-ducal

### modifiant :

- le règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics modifiant le 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 du 13 décembre 1988,
- le règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi modifiée du 8 avril 2018 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

---

### Avis du Conseil d'État

(9 octobre 2018)

Par dépêche du 21 septembre 2018, 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 exposé des motifs, d'un commentaire des articles, d'une fiche d'évaluation d'impact, d'une fiche financière, d'un tableau comparatif, d'un texte coordonné du règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics modifiant le 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 du 13 décembre 1988 (ci-après le « règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques ») et d'un extrait du texte coordonné du règlement grand-ducal d'exécution du 8 avril 2018 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics<sup>1</sup> (ci-après le « règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics »).

### Considérations générales

#### *Introduction*

L'objet premier du projet de règlement sous examen est d'apporter à celui, précité, du 27 août 2013 une série d'adaptations nécessaires en raison de la généralisation, à compter du 18 octobre 2018, des procédures électroniques de passation de marché public, prévue par les articles 196 et 241 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Intitulé de citation consacré par l'article 276 dudit règlement.

<sup>2</sup> L'entrée en vigueur de ces articles est reportée au 18 octobre 2018 en vertu de l'article 275 du même règlement.

Le projet de règlement entend ensuite modifier une série de règles procédurales inscrites dans le règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics qui font obstacle à la dématérialisation des procédures de passation de marché public, dont notamment celles qui imposent le recours à des envois par lettre recommandée.

Enfin, le projet de règlement remédie à une série d'incongruités dans le règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics.

Sachant que la date du 18 octobre 2018, à compter de laquelle la communication par des moyens électroniques deviendra obligatoire pour les marchés relevant des Livres II et III de la loi sur les marchés publics, n'a pas été fixée par le législateur luxembourgeois, mais résulte des directives européennes de 2014, le Conseil d'État ne peut que déplorer la tardiveté avec laquelle les auteurs du projet de règlement se sont apparemment penchés sur cette problématique.

#### *Extension du champ d'application aux contrats de concession*

Le projet de règlement sous examen entreprend d'étendre le champ d'application du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques, qui ne concernait jusqu'à présent que les seules procédures de passation de marché public, également aux procédures d'attribution de contrats de concession.

Les auteurs expliquent cette démarche dans l'exposé des motifs par le constat « qu'en vertu du règlement grand-ducal du 3 juillet 2018 portant exécution de la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution de contrats de concession, la publication des avis dans le domaine des concessions et des documents de concession est également réalisée par le biais du portail des marchés publics ».

L'extension du champ d'application ne concerne cependant pas l'ensemble du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques, mais seulement certains articles. Ceci s'explique du fait que la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession est allée moins loin, en matière de dématérialisation, que les deux directives relatives aux marchés publics (2014/24/UE<sup>3</sup> et 2014/25/UE<sup>4</sup>). Pour les contrats de concession, la dématérialisation ne s'applique qu'à la publication des avis de concession et des avis d'attribution et à la mise à disposition des documents de concession (articles 30 à 34 de la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution des contrats de concession). Contrairement à ce qui est prévu en matière de marchés publics, la communication par des moyens électroniques – en ce compris le dépôt électronique des offres et demandes de participation – n'est ici pas obligatoire.

En raison de cette différence de régime, le Conseil d'État se demande s'il n'aurait pas été préférable d'insérer les dispositions sur l'utilisation des

---

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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 transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

moyens électroniques dans les procédures d'attribution des contrats de concession plutôt que dans le règlement grand-ducal du 3 juillet 2018 portant exécution de la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution des contrats de concession, ce d'autant plus que ce règlement comporte déjà une disposition sur les publications à effectuer sur le portail des marchés publics (article 2 du règlement grand-ducal du 3 juillet 2018 portant exécution de la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution des contrats de concession).

L'approche des auteurs du texte complique inutilement le dispositif puisqu'il devient nécessaire de spécifier, pour chaque article, à quel(s) type(s) de contrat il s'applique. Les auteurs ont fait cet exercice pour les quatre articles dont ils ont étendu le champ d'application, mais ils ont omis de le faire dans la suite, ce qui est source d'insécurité juridique.

L'extension du champ d'application du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques nécessite aussi une modification de son intitulé, auquel il convient d'ajouter « et les procédures d'attribution des contrats de concession ».

Il convient en outre d'ajouter la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution des contrats de concession dans les visas du projet de règlement grand-ducal.

Enfin, le Conseil d'État donne à considérer que l'appellation de « portail des marchés publics » devrait, en bonne logique, également être modifiée en « portail des marchés publics et des concessions ». Dans ce cas, il serait évidemment plus logique d'instituer ce portail dans le règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques plutôt que dans de l'article 270 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics.

#### *Notion d'« écrit »*

Parmi les modifications qu'il est proposé d'apporter au règlement d'exécution sur les marchés publics, bon nombre visent à insérer dans des articles prescrivant une communication « par lettre recommandée », « par lettre » ou « par écrit », la précision que la communication peut aussi avoir lieu, voire doit obligatoirement s'effectuer, au moyen du portail des marchés publics.

Si cette précision semble utile pour ce qui est des dispositions qui prescrivent l'envoi d'une lettre recommandée ou d'une lettre simple, elle est en revanche superflue aux endroits où le texte existant prescrit simplement la forme écrite.

Lorsqu'un texte de loi exige qu'une communication ait lieu « par écrit », c'est pour opposer une communication au moyen de signes d'écriture à une communication orale. Le support de ces signes importe peu. L'écrit peut donc être apposé aussi bien sur un support papier que sur un support électronique.

Le Conseil d'État formulera par la suite des propositions de texte aux articles concernés.

## Examen des articles

### **Chapitre I<sup>er</sup> – Modification du règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics modifiant le 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 du 13 décembre 1988**

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

L'article 1<sup>er</sup> du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques prévoit la publication sur le portail « des avis prévus au règlement grand-ducal du 3 août 2009 ». Il résulte clairement du second alinéa que la règle requiert que « tous les avis concernant des marchés visés par la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics »<sup>5</sup> soient publiés sur le portail.

Selon les auteurs du projet, cette disposition serait devenue superfétatoire, au motif que l'article 44 du règlement grand-ducal d'exécution de la loi sur les marchés publics « prévoit que les procédures ouvertes et les procédures restreintes avec publication d'avis sont publiées par voie électronique sur le portail des marchés publics ».

Le Conseil d'État ne saurait se rallier à cette explication, étant donné que l'article 44 précité ne vise que les avis relatifs aux procédures ouvertes et aux procédures restreintes. Il est vrai que le dispositif proposé n'est techniquement contraire ni à la loi (l'article 10 de la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics laisse entière latitude au Grand-Duc pour ce qui est des modalités de publication) ni aux directives (qui prescrivent une transmission électronique des avis à publier au niveau européen, procédure reprise aux articles 160 et 219 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics, et prescrivent pour le surplus seulement que les éventuelles publications au niveau national ne peuvent pas précéder la publication européenne ni comporter davantage d'informations que la publication européenne). Cependant la suppression de l'article 1<sup>er</sup> du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques marquerait un pas en arrière par rapport à la généralisation de la publicité électronique de tous les avis de marché.

Le Conseil d'État préconise donc le maintien de l'article 1<sup>er</sup> avec cependant une mise à jour des renvois au règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics (à l'instar de ce que les auteurs ont proposé à l'article 5 du projet de règlement sous avis).

Le dispositif pourrait être utilement complété par un troisième alinéa, inspiré de l'article 2, I, de l'arrêté français du 14 avril 2017 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs.

La publication sur le portail des avis de concession n'a pas besoin d'être reprise ici puisqu'elle est prévue à l'article 2 du règlement grand-ducal du 3 juillet 2018 portant exécution de la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution des contrats de concession.

---

<sup>5</sup> Les références de ce type étant dynamiques, il y a lieu de lire aujourd'hui « le règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics ».

Le Conseil d'État propose donc de donner à l'article 1<sup>er</sup> la teneur qui suit :

« **Art 1<sup>er</sup>.** La publication des avis prévus au règlement grand-ducal d'exécution du 8 avril 2018 de la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics, est effectuée par voie électronique sur le portail des marchés publics visé à l'article 270 dudit règlement, dénommé ci-après « le portail ».

Tous les avis concernant des marchés visés par la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics sont publiés sur le portail, y compris les concours dans le domaine des services.

Le portail répond aux exigences fixées dans les référentiels généraux de sécurité, d'interopérabilité et d'accessibilité prévus aux articles 196, 202, 241 et 247 du règlement grand-ducal d'exécution du 8 avril 2018 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics. »

### Article 2

L'abrogation de l'article 2 du règlement ~~sur~~ relatif à l'utilisation des moyens électroniques ne donne pas lieu à observation.

Le Conseil d'État voudrait cependant suggérer aux auteurs du projet de règlement d'insérer à cet endroit une nouvelle disposition énonçant que le portail incorpore une fonctionnalité de communication et d'échange d'informations par des moyens de communication électroniques, et de créer ainsi un lien avec les articles 196 et 241 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics. À l'heure actuelle, cette fonctionnalité n'est en effet abordée qu'incidemment au travers de l'article 6, tel qu'il est proposé de l'amender, qui prévoit que les opérateurs économiques doivent s'inscrire en vue de pouvoir communiquer avec les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices.

Le nouvel article 2 pourrait être rédigé comme suit :

« **Art. 2.** Le portail intègre une fonction de messagerie qui permet la communication et l'échange d'informations par des moyens de communication électroniques entre les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices et les opérateurs qui se sont préalablement inscrits conformément à l'article 6, paragraphe 2.

La date et l'heure d'envoi et de réception ainsi que la teneur des communications et informations échangées sont consignées dans le fichier journal visé à l'article 18. »

### Article 3

Pour les raisons déjà exposées à l'endroit de l'article 1<sup>er</sup>, le Conseil d'État ne saurait se rallier à l'opinion des auteurs du projet de règlement grand-ducal que l'article 3 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques serait devenu superflu en raison des paragraphes 1<sup>er</sup> et 3 de l'article 44 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics.

L'article 44 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics ne mentionne pas, en particulier, que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent utiliser le portail des marchés publics pour transmettre les avis aux instances européennes en vue de leur publication.

Le Conseil d'État demande donc que l'article 3 soit maintenu.

Comme le Conseil d'État l'avait déjà demandé dans son avis du 2 juillet 2013<sup>6</sup>, il y a cependant lieu de substituer à la référence à la « Commission européenne » une référence plus correcte à l'« Office des publications de l'Union européenne » (en concordance avec les articles 160 et 219 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics).

En outre, si le portail doit servir d'outil de transmission des avis également pour les avis de concession soumis à publication européenne, il y aurait lieu de le prévoir expressément.

Le Conseil d'État propose donc de donner à l'article 3 la teneur qui suit :

« **Art. 3.** Les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices encodent et publient leurs avis en ligne sur le portail. Pour les marchés exigeant une publication des avis au niveau européen, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices transmettent les avis par l'intermédiaire du portail à l'Office des publications de l'Union européenne conformément aux dispositions du règlement grand-ducal d'exécution du 8 avril 2018 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics.

Pour les contrats de concession au sens de la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution des contrats de concession soumis à une publication des avis au niveau européen, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices transmettent les avis à l'Office des publications de l'Union européenne par l'intermédiaire du portail. »

#### Article 4

Sans observation.

#### Article 5

Il y a lieu, ici encore, de substituer à la référence à « la Commission européenne » une référence plus correcte à « l'Office des publications de l'Union européenne ».

Si le Conseil d'État est suivi en ce qui concerne le maintien de l'article 1<sup>er</sup> du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques, la définition du terme « portail » pourra être omise.

#### Article 6

L'article sous examen procède à une réécriture de l'article 6 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques en vue de clarifier à partir de quel moment l'utilisateur du portail doit s'identifier.

Dans le nouveau dispositif, une identification de l'utilisateur sera nécessaire uniquement

- pour communiquer avec le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice (p.ex. pour poser des questions ou signaler des erreurs) ou recevoir des communications de leur part (p.ex. les réponses aux questions posées par

---

<sup>6</sup> Avis n° 50.143 du Conseil d'État du 2 juillet 2013 sur le projet de règlement grand-ducal relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics.

- d'autres opérateurs économiques ou une information sur des modifications apportées aux documents de marché), et
- pour déposer, au moyen du portail, une offre ou une demande de participation.

La consultation et le téléchargement des documents du marché, que l'article 6, paragraphe 1<sup>er</sup>, du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques subordonne actuellement à une inscription préalable<sup>7</sup>, deviennent en revanche libres. Le règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques est ainsi mis en concordance avec les articles 162 et 210 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics, issus des directives, qui garantissent à tout un chacun un accès électronique, gratuit, sans restriction, complet et direct aux documents de marché<sup>8</sup>.

Le Conseil d'État propose de simplifier la rédaction de l'article 6 en lui donnant la teneur qui suit :

« **Art. 6.** (1) Aucune inscription ou identification n'est nécessaire pour consulter et télécharger les avis et les documents de marché ou de concession publiés sur le portail.

(2) L'échange de communications et la remise d'offres ou de demandes de participation au moyen du portail requièrent une inscription à la procédure de passation de marché ou d'attribution d'un contrat de concession. L'opérateur économique ou son représentant doit, pour s'inscrire, indiquer sa raison sociale ou son nom et son prénom ainsi qu'une adresse de courrier électronique valable. Les modalités de cette inscription sont réglées par voie de règlement ministériel.

(3) Une fois l'opérateur économique inscrit à une procédure de passation de marché ou d'attribution d'un contrat de concession par le biais du portail, les communications électroniques entre l'opérateur économique et le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ont lieu exclusivement au moyen du portail. »

### Article 7

La référence à un « registre des opérateurs économiques qui se sont inscrits en vue du téléchargement d'un document », reprise du texte actuellement en vigueur, doit être supprimée puisque les documents en question pourront, à l'avenir, être consultés et téléchargés sans inscription ou identification.

Le rappel que les communications requises dans le contexte des procédures de passation de marché public ou d'attribution de contrats de concession sont encadrées par les règlements grand-ducaux précités des 8 avril 2018 et 3 juillet 2018 est superfluet et peut être omis.

La référence aux « opérateurs économiques ayant remis une offre ou une demande de participation électronique » est maladroite, vu qu'elle pourrait inclure les offres remises sur un support électronique (p.ex. une clé USB) et non par un moyen de communication électronique. Le Conseil d'État propose donc d'écrire « ayant remis une offre ou une demande de participation au moyen du portail ».

---

<sup>7</sup> Dans les faits, le Conseil d'État a constaté que le portail des marchés, anticipant la réforme projetée, autorise déjà actuellement un téléchargement libre des documents de marché.

<sup>8</sup> Sauf les exceptions prévues aux mêmes articles.

Le Conseil d'État propose de donner à l'article 7 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques la teneur qui suit :

« **Art. 7.** Afin de permettre les communications avec les opérateurs économiques, chaque pouvoir adjudicateur et chaque entité adjudicatrice dispose sur le portail, pour chaque procédure, d'un registre des opérateurs économiques qui se sont inscrits en vue de communiquer avec les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices et d'un registre des opérateurs économiques qui ont remis une offre ou une demande de participation au moyen du portail. »

#### Articles 8 à 9

Sans observation.

#### Article 10

Le dernier alinéa de l'article 9*bis*, qu'il est proposé d'insérer dans le règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques, est à omettre.

La nécessité des traitements au sens du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (dit « règlement général sur la protection des données ») doit résulter du dispositif légal et réglementaire mis en place. Il ne suffit pas que la loi ou le règlement déclarent que les traitements sont nécessaires. Si la nécessité est vérifiée au regard des critères du règlement général sur la protection des données, il est superfluo de le rappeler dans le dispositif au titre duquel est organisé le traitement.

#### Articles 11 et 12

##### *Article 11*

Il résulte du commentaire des articles que l'article 11 poursuit l'objectif d'introduire, à l'article 10 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques, une faculté, pour les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, de rendre obligatoire l'utilisation de moyens de communication électroniques pour la remise des offres et des demandes de participation également dans les cas où la loi et le règlement ne l'imposent pas. Concrètement, cette faculté s'appliquerait :

- aux marchés publics dont la valeur estimée est inférieure aux seuils européens, et
- aux contrats de concession.

En réalité, cette possibilité de recourir aux moyens électroniques même dans les cas où la législation ne l'impose pas existe déjà. Elle résulte, pour les marchés publics, de l'article 99 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics et, pour les contrats de concession, de l'article 28 de la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution des contrats de concession. Ni l'un ni l'autre de ces textes ne spécifie cependant que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut rendre la remise par des moyens électroniques obligatoire. Par ailleurs, ces textes ne mettent pas en relief la possibilité,

pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, de permettre l'utilisation parallèle des moyens électroniques et d'un support papier.

Concernant cette dernière possibilité, la formulation retenue par les auteurs du texte, qui parlent d'une situation où les pouvoirs adjudicateurs « admettent la combinaison d'une remise électronique et d'une remise par voie postale », n'est pas heureuse, car elle pourrait être comprise comme signifiant que les pouvoirs adjudicateurs peuvent laisser aux opérateurs le choix entre les deux modes de transmission des offres. Or, il résulte du commentaire des articles que les auteurs veulent uniquement régler les cas où la transmission par un moyen de communication est impossible ou inopportune.

Il est également problématique, aux yeux du Conseil d'État, que les auteurs du texte prévoient que les opérateurs sont simplement « autorisés » à opter pour une transmission postale. Si le pouvoir adjudicateur n'impose pas le mode de transmission, certains soumissionnaires pourraient toujours opter pour la transmission par voie électronique (p.ex. pour des documents sensibles, mais dont la transmission électronique n'est pas techniquement impossible), voire procéder à une double transmission. Ce dernier cas de figure serait source de difficultés car les auteurs ne prévoient pas de règle apte à déterminer laquelle des deux versions est à prendre en considération.

Le Conseil d'État ne comprend pas la référence que les auteurs font aux « marchés visés aux [l]ivres II et III de la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics avant le 18 octobre 2018 ». Cette formule n'a guère de sens au regard du calendrier d'entrée en vigueur prévisible du nouveau texte. Au cas où il s'agirait d'appliquer la nouvelle règle à des procédures lancées avant l'entrée en vigueur du règlement en projet sous avis, la démarche se heurterait à l'interdiction de la rétroactivité.

La référence au « dossier de soumission » est à revoir, vu que la nouvelle législation sur les marchés publics a abandonné cette terminologie surannée. Il y a en outre lieu de viser les « documents de marché » et non pas le « dossier de soumission ».

## *Article 12*

### *Alinéa 1<sup>er</sup>, première phrase*

Sans observation.

### *Alinéa 1<sup>er</sup>, deuxième phrase*

Dans un souci de sécurité juridique, le Conseil d'État insiste pour que les auteurs omettent de la deuxième phrase de l'alinéa 1<sup>er</sup> la référence aux « articles relatifs aux modalités de remises des offres sur version papier et aux formalités y relatives à respecter », car elle est source d'insécurité juridique. Il n'est en effet pas clair s'il s'agit d'une phrase explicative résumant la teneur des articles auxquels il est dérogé ou bien si les usagers du règlement sont censés chercher dans ces articles les modalités et formalités spécifiques aux offres remises sur un support papier. Le Conseil d'État rappelle qu'il avait déjà insisté dans son avis précité du 2 juillet 2013 sur la nécessité « d'énoncer avec précision les dispositions du règlement grand-ducal précité du 3 août 2009 qui ne s'appliquent pas ».

### *Alinéa 1<sup>er</sup>, troisième phrase*

Le Conseil d'État doit signaler une divergence d'approche entre la troisième phrase de l'article 11 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques, tel qu'il résulterait du projet de règlement sous avis, et l'article 78 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics, qui doit être modifié par l'article 32 du projet de règlement, sans cependant que la contradiction résulte de cette modification.

L'article 11 prévoit en effet que si la transmission des offres au moyen du portail est exigée, le procès-verbal d'ouverture des soumissions est, *a priori* spontanément, communiqué à tous les soumissionnaires au moyen du portail. L'article 78 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics, quant à lui, opère une distinction entre les soumissionnaires qui étaient présents à la séance d'ouverture et ceux qui n'y ont pas participé et prévoit que ces derniers n'obtiendront le procès-verbal que sur demande.

Comme les deux textes restent conciliables, dans la mesure où les opérateurs absents à la séance d'ouverture qui auront reçu le procès-verbal n'auront simplement plus à le demander, le Conseil d'État ne juge pas nécessaire de formuler une proposition de texte.

### *Alinéa 2*

Les auteurs du projet de règlement entendent compléter l'alinéa 2 de l'article 11 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques en y ajoutant l'exigence que les fichiers remis au moyen du portail soient exempts de virus ou autres codes malveillants et en prévoyant désormais expressément que les fichiers électroniques endommagés, corrompus, ou porteurs de virus ou d'autres codes malveillants seront écartés.

Cette disposition risque d'être source de contentieux, d'autant que les auteurs proposent simultanément la suppression de la possibilité de déposer une copie de sauvegarde sur un autre support (article 16 du projet de règlement).

Le Conseil d'État se doit d'observer que l'option radicale d'écarter les fichiers problématiques est en contradiction avec la possibilité, offerte par les articles 80 et 255 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics, d'inviter les opérateurs économiques concernés à présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou les documents incomplets, erronés ou manquants. Dans la mesure où la législation sur les marchés publics poursuit notamment l'objectif d'assurer une concurrence aussi large que possible, il semblerait plus judicieux au Conseil d'État de ménager, dans le respect des principes énoncés aux articles 80 et 255, une possibilité de demander au soumissionnaire ou au candidat de remédier au problème technique qui se présente.

En tout état de cause, il est clair qu'il ne peut pas être exigé des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices qu'elles entreprennent de réparer les fichiers transmis. Une telle démarche serait en effet contraire à l'exigence de maintenir l'intégrité des données transmises résultant des articles 101 et 199 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics.

### *Proposition de réagencement des textes*

Le Conseil d'État voudrait proposer aux auteurs du texte d'inverser les articles 10 et 11 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques, amendés respectivement par les articles 11 et 12 du projet de règlement.

L'article 11 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques, tel qu'il est proposé de l'amender, est en effet, selon l'analyse du Conseil d'État, la disposition principale du futur chapitre 2 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques. C'est là, en effet, que se trouve la règle selon laquelle la remise électronique des offres et des demandes de participation, rendue obligatoire par les articles 196 et 202 (Livre II) et 241 et 247 (Livre III) du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics ne peut être valablement réalisée qu'au moyen du portail.

Le Conseil d'État propose de commencer par là et de donner à l'article 10 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques la teneur suivante :

« **Art. 10.** La remise électronique des offres ou des demandes de participation dans les procédures régies par les Livres II et III de la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics est réalisée exclusivement au moyen du portail. »

Le Conseil d'État propose d'ancrer ensuite à l'article 11 la faculté, pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, d'étendre le régime obligatoire dans les Livres II et III aux marchés publics du Livre I<sup>er</sup> et aux procédures d'attribution d'un contrat de concession :

« **Art. 11.** Pour les marchés publics ne relevant pas des Livres II et III de la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics et pour les contrats de concession relevant de la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution des contrats de concession, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent prescrire dans l'avis de marché ou dans l'avis de concession que les offres ou demandes de participation peuvent exclusivement être remises au moyen du portail, sans préjudice de la faculté de désigner, dans l'avis de marché ou dans l'avis de concession, des documents ou des pièces qui, par dérogation, sont à remettre en personne ou à transmettre par la voie postale ou au moyen d'un autre service de portage. »

Le Conseil d'État propose de déplacer de l'article 11 vers l'article 17 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques les adaptations procédurales qui s'imposent lorsque les offres sont remises électroniquement. En effet, l'article 17 prévoit d'ores et déjà des aménagements au déroulement de la séance d'ouverture des offres et il paraît judicieux de regrouper les dispositions touchant à cette thématique en un seul endroit. Le Conseil d'État formulera une proposition de texte à l'endroit de l'article 17.

Les dispositions sur les fichiers corrompus ou endommagés que les auteurs proposent d'insérer à l'alinéa 2 de l'article 11 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques, tel qu'amendé par l'article 12 du projet de règlement grand-ducal, pourraient, quant à elles, être intégrées à l'article 15 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques, qui

prévoit actuellement la possibilité de déposer une copie de sauvegarde sur un support matériel pour pallier de tels problèmes techniques. Le Conseil d'État formulera une proposition de texte à l'endroit de l'article 15.

### Article 13

Sans observation.

### Article 14

L'article 14 du projet de règlement modifie l'article 13 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques, relatif à la signature électronique.

Il y a lieu de revoir la formulation introductive, car elle n'est pas en concordance avec les dispositions du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics. En effet, le règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics ne prescrit formellement une signature que dans trois articles :

- à l'article 55, qui prévoit la signature des offres ;
- à l'article 56, qui prévoit la signature de l'engagement solidaire (pour autant qu'un tel engagement soit exigé, voir l'article 31 du projet de règlement sous examen) ; et
- à l'article 60, qui prévoit la signature de la feuille de corrections que le soumissionnaire devra éventuellement joindre à son offre.

En exigeant également la signature électronique des demandes de participation transmises au moyen du portail, l'article 13 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques introduit une disparité, qui pourrait être source d'erreurs, entre les règles applicables aux demandes de participation transmises électroniquement et celles qui sont, lorsque cela est permis, remises sur un support matériel. Le Conseil d'État ne perçoit d'ailleurs pas pour quelle raison il serait nécessaire d'exiger une signature des demandes de participation, la demande de participation n'étant qu'un document par lequel l'opérateur demande à être invité à participer à une procédure de passation de marché à l'issue de laquelle il émettra son offre.

L'article 13 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques ne reprend par ailleurs pas l'exigence de signature de l'engagement solidaire, ce qui pourrait également être source d'erreurs.

L'article 13 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques, tel que proposé par l'article 14 du projet de règlement grand-ducal, est superfétatoire puisqu'il se contente de renvoyer aux dispositions des articles 202 et 247 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics et au règlement ministériel dont l'adoption est prévue à l'article 270 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics. Cette disposition peut donc purement et simplement être omise.

Le Conseil d'État constate en revanche que le dispositif proposé est lacunaire. En effet, les articles 202 et 247 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics et le règlement ministériel prévu par ces articles ne s'appliquent qu'aux marchés des Livres II et III, de sorte qu'il n'y a aucune disposition traitant de la signature électronique éventuelle des offres et demandes de participation relatives à des marchés publics du Livre I<sup>er</sup>.

Le Conseil d'État propose d'y remédier en donnant à l'article 13 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques la teneur suivante :

« **Art. 13.** En cas de remise par voie électronique, l'offre, la formule d'engagement solidaire, lorsqu'elle est requise en vertu de l'article 56 du règlement grand-ducal d'exécution du 8 avril 2018 de la loi du 8 avril 2018, et tout autre document dont le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice aura expressément exigé la signature, sont signés par l'opérateur économique au moyen d'une signature électronique.

Pour les procédures de marchés relevant des Livres II ou III de la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics, la signature électronique doit satisfaire aux exigences résultant des articles 202 et 247 du règlement grand-ducal d'exécution du 8 avril 2018 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics et du règlement ministériel y visé.

Pour les procédures de marchés publics relevant du Livre I<sup>er</sup> de la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics et pour les procédures d'attribution d'un contrat de concession régies par la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution des contrats de concession, la signature électronique doit satisfaire aux exigences du règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE et aux décisions d'exécution de la Commission européenne prises sur le fondement de ce règlement et aux spécifications contenues dans le règlement ministériel visé à l'article 270 du règlement grand-ducal d'exécution du 8 avril 2018 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics. »

#### Article 15

Le Conseil d'État trouverait utile que l'accusé de réception transmis à l'opérateur économique ne renseigne pas seulement une date et une heure de réception, mais également a) l'identité du déposant, b) la procédure dans le cadre de laquelle le dépôt a été effectué et c) le détail des documents déposés. Il suggère aux auteurs du projet de règlement de s'inspirer de l'article 2 de l'arrêté français du 14 avril 2017 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs.

Le Conseil d'État propose de donner à l'article 14 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques la teneur qui suit :

« **Art. 14.** Le dépôt des demandes de participation et des offres par voie électronique donne lieu à un accusé de réception mentionnant l'identité du déposant, la procédure dans le cadre de laquelle le dépôt a été effectué et le détail des documents déposés.

#### Article 16

Le projet de règlement supprime la possibilité, pour les opérateurs économiques, de déposer une copie de sauvegarde de leur offre ou de leur demande de participation qui ne sera ouverte qu'en cas de problèmes techniques avec les fichiers transmis au moyen du portail.

Le Conseil d'État donne à considérer que le maintien de la possibilité de déposer une copie de sauvegarde reste un moyen simple de surmonter les

difficultés techniques que peuvent rencontrer les opérateurs, dont certains restent encore peu aguerris à l'utilisation du portail. L'existence d'une copie de sauvegarde permet, en cas de problèmes techniques, de préserver une concurrence plus large sans susciter d'interrogations au regard de l'exigence d'un traitement égalitaire de tous les candidats, puisque la copie de sauvegarde doit avoir été déposée dans le délai de remise des offres ou demandes de participation pour pouvoir être prise en compte.

Le Conseil d'État est donc d'avis qu'il serait utile de maintenir l'article 15 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques.

Si le Conseil d'État est suivi dans ses propositions, l'alinéa 2 de l'article 11 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques, tel qu'amendé par l'article 12 du projet de règlement grand-ducal sous avis, pourrait devenir le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 15 et le dispositif actuel pourrait être maintenu dans un second paragraphe, comme suit :

« **Art. 15. (1)** Il appartient aux opérateurs économiques de s'assurer, avant toute remise au moyen du portail, que les fichiers électroniques ne soient pas endommagés ou corrompus ou porteurs de virus ou autres codes malveillants. De tels fichiers électroniques seront écartés lors de l'ouverture des offres ou des demandes de participation.

**(2)** L'opérateur économique qui effectue à la fois une transmission au moyen du portail, et, à titre de copie de sauvegarde, une transmission sur support physique, doit faire parvenir cette copie dans les délais impartis pour la remise des demandes de participation ou des offres. Pour être recevable, cette copie de sauvegarde doit être remise en tant qu'offre ou demande de participation conformément aux dispositions du règlement grand-ducal d'exécution du 8 avril 2018 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics et marquée avec la mention « copie de sauvegarde ».

La copie de sauvegarde est ouverte :

**(a)** Lorsque les documents transmis au moyen du portail sont endommagés ou corrompus, en particulier lorsqu'un programme informatique malveillant est détecté, lors de la séance d'ouverture, dans les documents transmis par voie électronique, la trace du problème technique étant conservée.

**(b)** Lorsqu'une candidature ou une offre a été transmise au moyen du portail et n'est pas parvenue dans les délais ou n'a pu être ouverte, sous réserve que la copie de sauvegarde soit parvenue dans les délais.

La copie de sauvegarde n'est valable que si elle respecte les dispositions du présent article et n'est ouverte que dans les deux cas susmentionnés. Si la copie de sauvegarde n'est pas valable ou n'a pas été ouverte, elle est détruite à l'issue de la procédure. »

#### Article 17

Sans observation.

#### Article 18

L'article 18 du projet de règlement propose d'apporter une série de modifications ponctuelles à l'article 17 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques, qui traite de la séance d'ouverture des offres.

Le Conseil d'État ne comprend pas le maintien, à la troisième phrase de l'article amendé, de la règle selon laquelle « les offres remises par voie électronique sont ouvertes avant les offres remises sur support physique ». En effet, les auteurs ont œuvré, tout au long du projet de règlement, pour exclure que les opérateurs puissent encore avoir un choix entre une remise au moyen du portail et une remise sur un support physique.

Si le Conseil d'État est suivi dans sa proposition de réagencement des articles 10 et 11 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques formulée plus haut, l'article 17 pourrait prendre la teneur qui suit :

« **Art. 17.** (1) La dernière phrase du paragraphe 2 de l'article 55, la dernière phrase du paragraphe 2 de l'article 60 et les articles 69, 70, 71, 73, 74, 76, 77 et 78 du règlement grand-ducal d'exécution du 8 avril 2018 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics ne s'appliquent pas en cas de remise des offres ou demandes de participation au moyen du portail.

(2) Lorsque le pouvoir adjudicateur a désigné des documents ou des pièces qui doivent être remis en personne ou transmises par la voie postale ou au moyen d'un autre service de portage, la séance d'ouverture des offres se déroule conformément aux dispositions du règlement grand-ducal d'exécution du 8 avril 2018 de la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics.

(3) Lorsque, pour des raisons techniques, les offres remises par voie électronique ne peuvent pas être ouvertes, la séance d'ouverture est reportée sans que la date et l'heure limites pour la remise des offres soient modifiées. »

Le Conseil d'État fait observer qu'il a intégré, dans l'énumération du paragraphe 1<sup>er</sup>, les deux articles auxquels il était proposé de déroger à l'article 19 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques, amendé par l'article 20 du projet de règlement grand-ducal. L'article 20 pourra ainsi être omis.

Le Conseil d'État comprend que le paragraphe 3, repris du texte en vigueur, trouve à s'appliquer dans les cas où un problème technique affectant les équipements du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice ou un dysfonctionnement momentané du portail empêchent l'ouverture des offres. L'hypothèse d'un problème technique affectant les fichiers transmis par l'opérateur économique est en effet réglé à l'article 11, tel qu'amendé (paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 15 si le Conseil d'État est suivi dans ses propositions).

### Article 19

La seconde phrase de l'article 18 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques telle que modifiée est superflète, étant donné que le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (dit « règlement général sur la protection des données ») s'applique de plein droit. Il en est de même des éventuelles législations et réglementations nationales pertinentes, qui s'appliquent également de plein droit.

Le dispositif est en outre manifestement incomplet, étant donné qu'il n'est pas indiqué qui peut consulter le livre journal et, le cas échéant, à quelles fins et à quel moment le livre journal peut être consulté. Le Conseil d'État demande aux auteurs de revoir le projet de règlement sur ce point.

Le Conseil d'État propose en outre de substituer les termes « livre journal » au terme « journal ».

#### Article 20

Si le Conseil d'État est suivi dans sa proposition de réagencement des articles 10 et 11, l'article 20 quant à lui pourra être omis puisque la teneur de l'article 19 qu'il entendait insérer dans le règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques est reprise au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 17.

Comme le chapitre 3 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques ne comprend que l'article 19, il y a lieu, dans ce cas, d'abroger à l'article 20 l'intégralité du chapitre 3.

#### Article 21

Sans observation.

#### Article nouveau proposé par le Conseil d'État

Il convient de modifier l'intitulé du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques, d'une part, pour tenir compte de l'extension de son champ d'application aux procédures d'attribution de contrats de concession et, d'autre part, pour en simplifier la rédaction.

Le Conseil d'État propose dès lors l'insertion dans le projet de règlement grand-ducal d'un article nouveau, conçu comme suit :

« L'intitulé du règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics modifiant le 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<sup>o</sup> de la loi communale du 13 décembre 1988 est modifié comme suit :

« Règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures de passation de marchés publics et les procédures d'attribution de contrats de concession ».

### **Chapitre II – Modifications du règlement grand-ducal d'exécution du 8 avril 2018 de la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10<sup>o</sup> de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988**

#### Articles 22 à 26

Sans observation.

#### Article 27

L'article sous examen propose de modifier l'article 39 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics en prévoyant que la lettre

recommandée requise par le texte actuellement en vigueur est remplacée par un signalement au moyen du portail « lorsque des moyens électroniques sont utilisés pour la procédure de passation du marché ».

Cette formulation, qui est reprise par la suite dans plusieurs autres articles, est problématique car il n'est pas clair quand il y a lieu de considérer que « des moyens électroniques » sont « utilisés » pour la procédure de passation du marché public. *A priori*, tel devrait être le cas à chaque fois qu'un avis de marché est publié sur le portail, puisque cette publication constitue la première étape de la procédure. Cependant, dans ce cas, le bout de phrase exigeant un envoi par lettre recommandée pourrait tout aussi bien être omis du dispositif puisque la publication des avis sur le portail s'applique à tous les marchés.

Le Conseil d'État propose de donner plutôt à l'article 39 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics la teneur qui suit :

« **Art. 39.** Le soumissionnaire qui constaterait dans le dossier de soumission des ambiguïtés, erreurs ou omissions, est tenu, sous peine d'irrecevabilité, de les signaler au pouvoir adjudicateur au moins sept jours avant l'ouverture de la soumission, à moins que le cahier spécial des charges ne stipule un délai plus long.

Si l'utilisation de moyens de communication électroniques est obligatoire en vertu du Livre II ou lorsque le pouvoir adjudicateur a prescrit l'utilisation du portail visé à l'article 270, le signalement doit être effectué au moyen de ce portail. Dans les autres cas, il doit être effectué par lettre recommandée. »

#### Article 28

Pour les motifs qu'il a plus amplement indiqués dans les considérations générales du présent avis, le Conseil d'État estime que l'exigence qu'une communication soit effectuée « par écrit » est générique et englobe les avis transmis à l'aide d'un moyen de communication électronique comme le portail.

La modification proposée du paragraphe 2 de l'article 47 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics n'est donc pas judicieuse. Elle revient, en définitive, à opposer un outil de communication spécifique (la messagerie du portail des marchés publics) à la communication écrite effectuée par tout autre moyen, y compris toute autre forme de communication électronique, ce qui est dénué de sens.

Afin de rendre l'utilisation du portail obligatoire, il suffit de compléter le dispositif existant par un alinéa 2, conçu comme suit :

« Si le pouvoir adjudicateur a prescrit l'utilisation du portail visé à l'article 270, ces communications ont lieu exclusivement au moyen de ce portail. »

La formulation proposée tient compte du fait que l'article 47 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics ne s'applique qu'à la seule procédure restreinte avec publication d'avis du Livre I<sup>er</sup> (article 19 de la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics). Une référence aux hypothèses du Livre II n'est donc pas nécessaire.

Si le Conseil n'était pas suivi dans son avis sur ce point, il serait nécessaire de reformuler le dispositif, qui est affecté des mêmes défauts que ceux qui ont été signalés à propos de l'article 27 (modifiant l'article 39 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics). Les auteurs du projet de règlement ne vont par ailleurs pas jusqu'au bout de leur logique puisqu'ils omettent de prévoir l'utilisation du portail également pour l'information des concurrents non retenus.

Enfin, l'article sous examen prévoit erronément l'insertion du nouveau bout de phrase devant les mots « par lettre » alors que l'article qu'il est proposé d'amender prévoit une information « par écrit ».

#### Article 29

La modification proposée de l'article 51 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics soulève également les problèmes qui ont déjà été signalés à propos de l'article 27 (modifiant l'article 39 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics). Afin d'y remédier, le Conseil d'État propose la formulation suivante :

« **Art. 51.** Tous les concurrents et les chambres professionnelles intéressées, si elles en font la demande, reçoivent un exemplaire du bordereau de soumission et toutes les autres pièces indispensables à l'élaboration des offres. Les réclamations concernant les dossiers de soumission doivent parvenir au service compétent au moins sept jours avant l'ouverture de la soumission, à moins que le cahier spécial des charges ne stipule un délai plus long.

Si l'utilisation de moyens de communication électroniques est obligatoire en vertu du Livre II ou lorsque le pouvoir adjudicateur a prescrit l'utilisation du portail visé à l'article 270, les réclamations doivent être effectuées au moyen de ce portail. Dans les autres cas, elles doivent être effectuées par lettre recommandée. »

Le Conseil d'État voudrait faire observer que les documents dont cet article prévoit la communication seront, à l'avenir, tous librement téléchargeables sur le portail des marchés publics en vertu de l'article 8 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques, tel qu'il sera modifié par l'article 8 du projet de règlement sous avis. Il se pose donc la question de l'utilité de la communication prévue à l'article 51.

#### Article 30

Pour les raisons expliquées à l'endroit de l'article 27 (modifiant l'article 39 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics), le Conseil d'État propose de reformuler l'article 54 de la manière suivante :

« **Art. 54.** Des renseignements supplémentaires concernant la prestation demandée ou les bases des calculs des prix, fournis pendant le délai de soumission à l'un des concurrents, doivent être communiqués simultanément à tous les concurrents.

Si l'utilisation de moyens de communication électroniques est obligatoire en vertu du Livre II ou lorsque le pouvoir adjudicateur a prescrit l'utilisation du portail visé à l'article 270, le signalement doit être effectué au moyen de ce portail. Dans les autres cas, il doit être effectué par lettre recommandée »

### Article 31

*Nouvel alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 56 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics*

Sans observation.

*Nouvel alinéa 2 de l'article 56 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics*

Les auteurs du projet de règlement ont choisi d'insérer au début de l'alinéa 2, la locution adverbiale « en outre », dont la portée est incertaine. D'aucuns pourraient en effet comprendre que la règle de l'alinéa 2 ne s'applique que si le pouvoir adjudicateur a exigé un engagement solidaire.

Afin de lever ce doute, et afin de souligner aussi qu'il s'agit d'indications qui restent obligatoires en dépit d'une scission de l'article en deux alinéas, le Conseil d'État demande que le début de l'alinéa 2 soit reformulé comme suit :

« Toute offre collective indique obligatoirement (...) »

### Article 32

Pour les raisons exposées dans les considérations générales du présent avis et développées à l'endroit de l'article 28, le Conseil d'État est d'avis qu'il n'y a pas lieu d'opposer la communication au moyen du portail et la communication « par écrit ».

Il suffit de compléter le dispositif existant par un alinéa nouveau, conçu comme suit :

« Si l'utilisation de moyens de communication électroniques est obligatoire en vertu du Livre II ou lorsque le pouvoir adjudicateur a prescrit l'utilisation du portail visé à l'article 270, la demande doit être transmise au moyen du portail. »

Le Conseil d'État rappelle que l'alinéa 2 de l'article 11 du règlement relatif à l'utilisation des moyens électroniques, dans sa teneur résultant de l'article 12 du projet de règlement sous avis prévoit un envoi systématique du procès-verbal d'ouverture au moyen du portail dans les cas où la transmission des offres au moyen de ce portail est prescrite. Les demandes de communication du procès-verbal devraient donc être peu nombreuses.

Le Conseil d'État fait observer que sa proposition de texte complète également le dispositif en indiquant la forme que doit prendre la réponse du pouvoir adjudicateur.

En tout état de cause, l'article sous examen prévoit erronément l'insertion du nouveau bout de phrase devant les mots « par lettre », alors que l'article qu'il est proposé d'amender prévoit une communication « par écrit ».

### Article 33

La modification proposée de l'article 86 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics est elle aussi inopportune, étant donné qu'il

n'y a pas lieu, pour les raisons exposées dans les considérations générales du présent avis et développées à l'endroit de l'article 28, d'opposer la communication au moyen du portail et la communication « par écrit ».

Il suffit, ici encore, d'insérer après la première phrase du dispositif existant une phrase prévoyant que :

« Si l'utilisation de moyens de communication électroniques est obligatoire en vertu du Livre II ou lorsque le pouvoir adjudicateur a prescrit l'utilisation du portail visé à l'article 270, la demande doit être transmise au moyen du portail. »

Le Conseil d'État constate cependant que les auteurs du projet de règlement ne sont pas allés jusqu'au bout de leur raisonnement et ont omis d'adapter la seconde phrase de l'article 86 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics, qui traite des modalités de remise des propositions élaborées par les opérateurs économiques concernés en réponse à la demande du pouvoir adjudicateur. Il conviendrait de déplacer la seconde phrase vers un second alinéa, conçu comme suit :

« Le dépôt et l'ouverture de ces propositions se font conformément aux dispositions des articles 69 à 78 ci-avant, ou, si l'utilisation de moyens de communication électroniques est obligatoire en vertu du Livre II ou si le pouvoir adjudicateur a prescrit l'utilisation du portail visé à l'article 270, de la manière prévue pour la remise et l'ouverture des offres par voie électronique. »

En tout état de cause, l'article sous examen prévoit erronément l'insertion du nouveau bout de phrase devant les mots « par lettre », alors que l'article qu'il est proposé d'amender prévoit une communication « par écrit ».

#### Article 34

La modification proposée du paragraphe 3 de l'article 89 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics est affectée des défauts qui ont déjà été signalés à propos de l'article 27 (modifiant l'article 39 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics).

Afin d'y remédier, le Conseil d'État propose de donner au paragraphe 3 de l'article 89 la teneur qui suit et d'insérer dans le texte un nouveau paragraphe 4 :

« (3) Si l'utilisation de moyens de communication électroniques est obligatoire en vertu du Livre II ou lorsque le pouvoir adjudicateur a prescrit l'utilisation du portail visé à l'article 270, la demande de justification de prix est adressée aux opérateurs au moyen de ce portail. Dans les autres cas, elle doit être effectuée par lettre recommandée avec accusé de réception.

(4) Le délai à impartir au soumissionnaire pour justifier son prix est au minimum de quinze jours. »

#### Article 35

Sans observation.

## Article 36

L'article 97 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics doit être adapté à la dématérialisation des marchés publics dans la mesure où il prescrit l'envoi d'une lettre, sans plus de précision.

La modification proposée du paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 97 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics est cependant affectée des défauts qui ont déjà été signalés à propos de l'article 27 (modifiant l'article 39 du règlement d'exécution de la loi sur les marchés publics).

Tel qu'il est proposé, le texte ne prescrit en outre la mention de la procédure de l'article 98 qu'en cas de notification par la voie postale.

Afin de remédier à ces difficultés, le Conseil d'État propose de donner au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 97 la teneur qui suit :

« (1) L'adjudicataire est avisé de la décision d'attribution du marché public au moyen du portail visé à l'article 270 si l'utilisation de moyens de communication électroniques est obligatoire en vertu du Livre II ou si le pouvoir adjudicateur a prescrit l'utilisation de ce portail et par lettre dans les autres cas.

Cet avis doit mentionner la procédure prévue à l'article 98. »

## Articles 37 à 40

Sans observation.

## **Chapitre III – Dispositions finales**

### Article 41

Sans observation.

## **Observations d'ordre légistique**

### Observations générales

L'intitulé complet ou, le cas échéant, abrégé des règlements grand-ducaux à modifier doit obligatoirement être mentionné au dispositif à la première modification qu'il s'agit d'apporter à ces actes, même si ceux-ci ont déjà été cités à l'intitulé ou auparavant au dispositif. Les modifications subséquentes que le dispositif apporte aux règlements grand-ducaux en question se limiteront à indiquer « du même règlement » en lieu et place de la citation de l'intitulé.

Le verbe « abroger » est à réserver aux articles, paragraphes ou annexes. Lorsqu'il s'agit de faire disparaître un alinéa, une phrase, une partie de phrase, y compris les énumérations figurant dans les alinéas, ou des mots, on utilise le verbe « supprimer ».

Il y a lieu de remplacer les guillemets utilisés en langue anglaise (" ") par des guillemets utilisés en langue française (« »).

Le Conseil d'État signale que lorsqu'un acte est cité, il faut veiller à reproduire son intitulé tel que publié officiellement, indépendamment de sa longueur, sauf s'il existe un intitulé de citation. Partant, il convient de supprimer le terme « modifiée » placé entre le terme « loi » et les termes « du 8 avril 2018 sur les marchés publics », car ne faisant pas partie de l'intitulé officiel.

En ce qui concerne le règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi du 8 avril 2018 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 Conseil d'État constate que les auteurs font à la fois usage de son intitulé complet et de son intitulé de citation. Au vu de l'existence d'un intitulé de citation en l'espèce, il est recommandé d'en faire emploi.

Lorsqu'il s'agit d'abroger une disposition ou de remplacer, voire d'insérer des mots dans un texte, il convient de désigner dans une phrase la disposition de l'acte à modifier, en citant l'intitulé de celui-ci, et à énoncer ensuite la modification. Le Conseil d'État cite à titre d'exemple l'article 25 du projet de règlement grand-ducal sous avis lequel doit être reformulé comme suit :

« **Art. 25.** À l'article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, du même règlement, sont insérés les termes « Par exception au principe prévu à l'article 2, » avant les termes « La passation d'un marché public » et le terme « la » prend une minuscule ».

Cette observation vaut également pour les articles 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39 et 40.

### Intitulé

Pour caractériser les énumérations, il est fait recours à des numéros suivis d'un exposant « ° » (1°, 2°, 3°...).

L'intitulé n'est pas à faire suivre d'un point final, étant donné que les intitulés ne forment pas de phrase.

Le Conseil d'État renvoie à son observation générale relative à la reproduction des intitulés tel que publiés officiellement. Partant, au deuxième tiret de l'intitulé, le terme « modifiée » après le terme « loi » est à supprimer.

Au vu des développements qui précèdent, l'intitulé du projet de règlement grand-ducal sous examen est à reformuler comme suit :

« Projet de règlement grand-ducal portant modification :

1° du règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics modifiant le 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 du 13 décembre 1988 ;

2° du règlement grand-ducal d'exécution de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics ».

## Préambule

Il convient de reformuler le fondement légal comme suit :

« Vu la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics, et notamment son article 12, paragraphe 4 ; ».

Le visa relatif à la fiche financière fait défaut. Dans la mesure où le règlement grand-ducal en projet sous examen comporte des dispositions dont l'application est susceptible de grever le budget de l'État, la fiche financière, prescrite par l'article 79 de la loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'État, est à mentionner au préambule. Cette fiche est à indiquer, de préférence, en tout premier lieu dans le cadre de la mention de l'accomplissement des formalités prescrites, vu que ce document est censé être joint au projet de règlement. Partant, il convient d'insérer, à la suite du fondement légal, le visa suivant :

« Vu la fiche financière ; ».

Le 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. Par ailleurs, il convient d'écrire « Chambre de commerce » et « Chambre des métiers » avec des lettres « c » et « m » minuscules.

Le Conseil d'État renvoie à son observation ci-avant relative à la fiche financière et demande d'insérer à l'endroit des ministres proposant une référence au ministre des Finances.

Finalement, il convient d'écrire « Gouvernement en conseil » avec une lettre « c » minuscule.

## Articles 1<sup>er</sup> à 4 (1<sup>er</sup> selon le Conseil d'État)

S'il s'agit de remplacer, d'insérer ou d'abroger plusieurs articles qui se suivent, ces modifications peuvent être reprises sous un seul article. Dans la mesure où plusieurs articles du règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics modifiant le 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 du 13 décembre 1988, qui se suivent sont abrogés, il est indiqué de regrouper les articles 1<sup>er</sup> à 4 du règlement grand-ducal en projet sous examen sous l'article 1<sup>er</sup>. Partant, l'article 1<sup>er</sup> est à reformuler comme suit :

« **Art. 1<sup>er</sup>.** Les articles 1<sup>er</sup> à 4 du règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics modifiant le 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 du 13 décembre 1988, sont abrogés. »

Suite à l'observation qui précède, il convient de renuméroter les articles suivants en conséquence.

## Article 5 (2 selon le Conseil d'État)

La phrase liminaire est à reformuler de la manière suivante :

« **Art. 2.** L'article 5 du même règlement est remplacé comme suit : ».

Cette observation vaut également pour les phrases liminaires des articles 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20 (3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17 selon le Conseil d'État).

À l'article 5, dans sa teneur proposée, il convient de remplacer les parenthèses entourant les termes « ci-après le « portail » » par des virgules et de supprimer l'article défini « le », pour écrire « , ci-après « portail », ».

## Article 10 (7 selon le Conseil d'État)

Lorsqu'il est fait référence à un terme latin ou à des qualificatifs tels que « *bis, ter, ...* », ceux-ci sont à écrire en caractères italiques.

Dans un souci de clarté, le Conseil d'État préconise de reformuler la phrase liminaire de l'article sous examen comme suit :

« **Art. 7.** À la suite de l'article 9 du même règlement, il est inséré un nouvel article *9bis*, libellé comme suit : ».

À l'article *9bis* nouveau, lorsqu'un acte est cité, il faut veiller à reproduire son intitulé tel que publié officiellement. Partant, il faut écrire « règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) ». Il convient également de supprimer les termes « (dit GDPR) » comme étant superfétatoires.

À l'article *9bis* nouveau, il convient de relever que les subdivisions sous forme de lettres minuscules sont suivies d'une parenthèse fermante. Partant, la parenthèse ouvrante est à supprimer.

À l'article *9bis* nouveau, lettre a), les substantifs désignant les attributions ministérielles prennent une majuscule. Il y a dès lors lieu d'écrire « ministre ayant les Travaux publics dans ses attributions ».

À l'article *9bis*, lettre a), il convient de remplacer les parenthèses entourant les termes « ci-après le « ministre » » par des virgules et de supprimer l'article défini « le », pour écrire « , ci-après « ministre », ».

À l'article *9bis*, lettre a), il y a lieu de laisser une espace entre le terme « paragraphe » et le numéro de paragraphe y relatif.

## Article 11 (8 selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État constate que la première partie de la première phrase est incomplète et demande aux auteurs d'ajouter le terme « attribués » avant les termes « avant le 18 octobre 2018 ».

## Article 12 (9 selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État demande aux auteurs de déplacer les numéros d'articles cités à l'article 11, dans sa teneur proposée, derrière les termes « à l'exception des articles » en écrivant :

« à l'exception des articles 69, 70, 71, 73, 74, 76, 77 et 78 relatifs aux modalités de remises des offres sur version papier et aux formalités y relatives à respecter, en ce compris la séance d'ouverture des offres, ~~visés aux articles 69, 70, 71, 73, 74, 76, 77 et 78 dudit règlement.~~ »

Les textes normatifs sont en principe rédigés au présent et non au futur. Ainsi, à l'article 11, alinéa 2, dans sa teneur proposée, il convient de remplacer le terme « seront » par le terme « sont ». Par ailleurs, l'expression « codes malignes » est à remplacer par celle de « codes malveillants ».

## Article 16 (13 selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État renvoie à son observation générale quant à la terminologie à employer lors de l'abrogation des articles d'un acte.

## Article 20 (17 selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État signale que, à l'occasion du remplacement d'articles dans leur intégralité, le texte nouveau est précédé de l'indication du numéro correspondant qui est souligné pour mieux le distinguer du numéro des articles de l'acte modificatif.

À l'article 19, dans sa teneur proposée, il convient d'ajouter le terme « d' » avant le terme « application ».

Toujours à l'article 19, il convient de remplacer les subdivisions sous forme de lettres minuscules par des subdivisions en points, caractérisés par un numéro suivi d'un exposant « ° » (1°, 2°, 3°...).

Par ailleurs, il convient de remplacer le point à la fin de la lettre a) par un point-virgule.

En outre, il y a lieu d'indiquer avec précision et de manière correcte les textes auxquels il est renvoyé, en commençant par l'article et ensuite, dans l'ordre, le paragraphe, l'alinéa, le point, la lettre et la phrase visés. Au vu des développements qui précèdent, il faut écrire :

« 1° l'article 55, paragraphe 2, dernière phrase ;  
2° l'article 60, paragraphe 2, dernière phrase. »

## Article 21 (18 selon le Conseil d'État)

À la phrase liminaire, il convient d'écrire le terme « chapitre » avec une lettre initiale minuscule et de remplacer le chiffre romain « II » par le chiffre arabe « 2 ».

## Chapitre II (2 selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État précise que lorsque pour le groupement des articles il est recouru exclusivement à des chapitres, ceux-ci sont numérotés en

chiffres arabes. Cette observation vaut également pour la numérotation du chapitre 3 du projet de règlement grand-ducal sous avis.

D'un point de vue formel, les intitulés des chapitres ne sont pas à faire suivre par un point final, étant donné qu'ils ne forment pas de phrase.

En renvoyant à son observation générale relative à l'emploi des intitulés de citation et tenant compte de ce qui précède, le Conseil d'État demande d'écrire :

« Chapitre 2 – Modification du règlement grand-ducal d'exécution du 8 avril 2018 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics ».

Article 22 (19 selon le Conseil d'État)

Il y a lieu de laisser une espace entre la forme abrégée « **Art.** » et le numéro d'article.

Le Conseil d'État rappelle son observation relative aux renvois et demande de reformuler l'article sous examen comme suit :

« **Art. 19.** L'article 2, alinéa 2, du règlement grand-ducal d'exécution du 8 avril 2018 de la loi ~~modifiée~~ du 8 avril 2018 sur les marchés publics, est supprimé ».

Articles 23 et 24 (20 selon le Conseil d'État)

S'il s'agit de remplacer, d'insérer ou d'abroger plusieurs articles qui se suivent, ces modifications sont à reprendre sous un seul article. Dans la mesure où plusieurs articles du règlement précité du 8 avril 2018, qui se suivent, sont abrogés, il est indiqué de regrouper les articles 23 et 24 sous un seul et même article. Partant, l'article 20 (selon le Conseil d'État) est à reformuler comme suit :

« **Art. 20.** Les articles 3 et 4 du même règlement sont abrogés. »

Suite à l'observation qui précède, il convient de renuméroter les articles suivants en conséquence.

Article 26 (22 selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État renvoie à son observation générale quant à la terminologie à employer lors de l'abrogation des articles d'un acte.

Article 28 (24 selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État constate que les auteurs se réfèrent erronément aux termes « par lettre », alors que l'article 47, paragraphe 2, du règlement précité du 8 avril 2018 utilise les termes « par écrit ». Partant, il convient de reformuler l'article 24 (selon le Conseil d'État) comme suit :

« **Art. 24.** À l'article 47, paragraphe 2, du même règlement, sont insérés les termes « au moyen du portail, lorsque des moyens électroniques sont utilisés pour la procédure de passation du marché, sinon » avant les termes « par écrit ». »

Articles 29 et 30 (25 selon le Conseil d'État).

Le Conseil d'État renvoie à son observation relative aux articles 23 et 24 ci-avant et demande de regrouper les articles 29 et 30 sous un seul et même article. Partant, l'article 25 (selon le Conseil d'État) est à reformuler comme suit :

« **Art. 25.** Aux articles 51 et 54, du même règlement, sont insérés les termes « au moyen du portail, lorsque des moyens électroniques sont utilisés pour la procédure de passation du marché, sinon » avant les termes « par lettre recommandée ». »

Article 31 (26 selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État renvoie à son observation relative à l'article 20 ci-avant, pour écrire « Art. 56. ».

Les textes normatifs sont en principe rédigés au présent et non au futur.

Articles 32 et 33 (27 selon le Conseil d'État)

En renvoyant à ses observations relatives aux articles 28 à 30, le Conseil d'État demande de reformuler l'article 27 (selon le Conseil d'État) comme suit :

« **Art. 27.** Aux articles 78 et 86, du même règlement, sont insérés les termes « au moyen du portail, lorsque des moyens électroniques sont utilisés pour la procédure de passation du marché, sinon » avant les termes « par écrit ». »

Article 35 (29 selon le Conseil d'État)

Les modifications à effectuer à l'article 90 du règlement précité du 8 avril 2018 sont à numéroter tout en reformulant l'article sous examen comme suit :

« **Art. 29.** L'article 90 du même règlement est modifié comme suit :

1° Les termes « à l'article 28 » sont remplacés par les termes « aux articles 28, 29, paragraphe 7, et à l'article 33, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 7 ».

2° Après les termes « le cas échéant, » sont insérés les termes « aux entités auxquelles il a recours en vertu de l'article 33 de la loi, ainsi qu' ». »

Article 38 (32 selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État propose de reformuler l'article sous revue comme suit :

« **Art. 32.** À l'article 162, paragraphe 2, du même règlement, la deuxième parenthèse fermante suivant le numéro du paragraphe est supprimée. »

Article 39 (33 selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État propose de reformuler l'article sous avis comme suit :

« **Art. 33.** À l'article 257, paragraphe 1<sup>er</sup>, du même règlement, le texte du paragraphe 1<sup>er</sup> est précédé du chiffre arabe « 1 » entouré de parenthèses ».

### Chapitre III (3 selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État renvoie à son observation quant à l'utilisation de chiffres arabes pour numéroter les chapitres.

Étant donné que le projet de règlement grand-ducal sous avis ne comprend qu'une seule disposition finale, il convient d'accorder les termes en question au singulier :

« Disposition finale »

### Article 41 (35 selon le Conseil d'État)

Étant donné que l'exécution d'un règlement grand-ducal doit être assurée au-delà des changements de membres du Gouvernement, la formule exécutoire doit viser la fonction et non pas le titulaire qui l'exerce au moment de la prise du règlement en question. Partant, il convient d'écrire « ministre » avec une lettre initiale minuscule.

Le projet de règlement grand-ducal sous avis étant accompagné d'une fiche financière ayant un impact sur le budget de l'État, il convient d'écrire :

« **Art. 35.** Notre ministre du Développement durable et des Infrastructures, Notre ministre de l'Intérieur, Notre ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative et Notre ministre des Finances sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent règlement qui sera publié au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg. »

Le tableau de juxtaposition concernant le règlement grand-ducal relatif à l'utilisation des moyens électroniques ci-annexé, fait partie intégrante du présent avis.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 19 votants, le 9 octobre 2018.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes