



# Les midis de l'entreprise

Réforme des marchés publics : évolution ou révolution ?

---

Martial Barbian

Counsel, Litigation & Dispute Resolution; Administrative Law,  
Property, Construction & Environment

Gilles Dauphin

Counsel, Administrative Law, Property, Construction &  
Environment

# Avant-propos

Transposition des directives européennes :

Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ;

Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE ;

- publiées au Journal officiel de l'Union européenne, L 94, du 28 mars 2014 ;

par

Loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics ;

- publiée au Journal officiel, Mémorial A, n° 243 du 16 avril 2018 ;

Règlement grand-ducal d'exécution du 8 avril 2018 de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics ;

- publié au Journal officiel, Mémorial A, n° 244 du 16 avril 2018 ;

Abrogation de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009.

## Quels objectifs ?

Selon le rapport de la Commission du développement durable de la Chambre des députés (01.02.2018, doc. parl. 6982/19) :

- Permettre aux marchés publics de devenir un instrument de stratégie politique :
  - une meilleure définition du rapport qualité – prix : par une nouvelle formulation du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse ;
  - une intégration des aspects sociaux et environnementaux : par la « *clause sociale horizontale* », un renforcement des mesures contre les offres anormalement basses... ;
  - un accès plus facile pour les PME : par une simplification administrative (DUME), division des contrats en lots, chiffre d'affaires minimal pouvant être exigé... ;
  - favoriser l'innovation : par le coût total du cycle de vie, dialogue compétitif, partenariat pour l'innovation.

## Quels objectifs ?

- Simplification :
  - plus de flexibilité dans le choix des procédures (pour le Livre II) ;
  - plus de souplesse dans le déroulement des procédures ;
  - moins de bureaucratie (par le DUME) ;
  - dématérialisation de procédures (par les procédures électroniques) ;
- Prévention des conflits d'intérêts, du favoritisme et de la corruption (par de nouvelles dispositions):
  - insertion de nouvelles dispositions relatives aux conflits d'intérêts (art. L. 13)\* et à la participation préalable de candidats ou soumissionnaires (art. L. 27) ;
- Clarification de certaines règles.

\* Les articles précédés d'un L. renvoient à la loi tandis que les articles précédés d'un R. renvoient au règlement grand-ducal.

## Comment se structure la nouvelle loi ?

Livre I: dispositions générales applicables à tous les marchés publics passés par des pouvoirs adjudicateurs (PA) ;

Livre II: applicable aux marchés d'une certaine envergure (marchés publics européens, directive 2014/24) ;

Livre III: applicable à tous les acheteurs, pour les marchés d'une certaine envergure passés dans les secteurs spéciaux (eau, énergie, transports, services postaux, directive 2014/25) ;

Livre IV: applicable à tous les acheteurs et à tous les marchés (règles relatives à la gouvernance, à la Commission des soumissions, au portail des marchés publics) ;

Livre V: applicable à tous les marchés publics (annexes, dispositions transitoires, clause abrogatoire).

# **Nouveautés concernant le dépôt et la régularité des offres**

# Procédures à disposition du PA

- Livre I (art. L. 17) :
  - Procédure ouverte
  - Procédure restreinte avec ou sans publication d'avis
  - Procédure négociée
  
- Livre II (art. L. 63) :
  - Procédure ouverte
  - Procédure restreinte
  - Procédure concurrentielle avec négociation
  - Dialogue compétitif
  - Partenariat d'innovation
  - Procédure négociée sans publication préalable
  
- Livre III (art. L. 123) :
  - Procédure ouverte
  - Procédure restreinte
  - Procédure concurrentielle avec négociation
  - Dialogue compétitif
  - Partenariat d'innovation
  - Procédure négociée sans mise en concurrence préalable

# Remise électronique des offres

- Remise électronique des offres :
  - facultative pour les marchés du Livre I (art. R. 69 et 99) ;
  - obligatoire pour les marchés des Livres II et III depuis le 18 octobre 2018 (art. R. 196 Livre II et 241 Livre III) ;
  - exceptions : art. R. 197 Livre II et R. 242 Livre III.
  
- C'est toute la procédure qui est dématérialisée (accès aux documents du marché, phase de questions/réponses, dépôt des offres et ouverture des offres).
  
- L'obligation de déposer les offres par voie électronique s'accompagne de la mise en place du Document Unique de Marché Européen (DUME).
  
- Règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics.
  
- Règlement ministériel du 2 décembre 2013 instituant les conditions d'utilisation du portail des marchés publics.
  
- Projet de loi n° 7271 relative à la facturation électronique dans le cadre des marchés publics.

# Remise électronique des offres

- Réduction des délais de dépôt des offres :
  - marchés du Livre II :
    - possibilité de réduire le délai de 5 jours en cas de procédure ouverte (cf. art. R. 167) ;
    - possibilité de réduire le délai de 5 jours en cas de procédure restreinte (cf. art. R. 173) ;
    - possibilité de réduire le délai de 5 jours en cas de procédure concurrentielle avec négociation (cf. art. R. 181) ;
  - marchés du Livre III :
    - possibilité de réduire le délai de 5 jours en cas de procédure ouverte (cf. art. R. 225).

# Remise électronique des offres

Comment cela fonctionne en pratique ?

- Tout se passe sur le Portail des marchés publics.
- Un guide pratique pour les entreprises peut être consulté sous forme électronique sur le Portail des marchés publics : (<https://marches.public.lu/dam-assets/fr/legislation/circulaires-communications/SIMAP2-entreprises-depot-electronique-v03-01.pdf>).
- On peut souligner que le Portail des marchés publics met à disposition un marché de test pour vérifier qu'un dépôt d'une offre par voie électronique est possible.

# Remise électronique des offres

Le Document Unique de Marché Européen (DUME) :

- applicable pour les marchés relevant des Livres II et III de la loi (mais possible pour les marchés du Livre I, cf. art. R. 20 (1)) ;
- Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) / European Single Procurement Document (ESPD) ;
- il s'agit d'une déclaration sur l'honneur (fournie sous forme électronique) de l'opérateur économique à titre de preuve *a priori* en lieu et place des certificats et attestations requis concernant le respect des critères d'exclusion et de sélection ;
- objectif : réduire la charge administrative et faciliter la participation des opérateurs économiques aux soumissions à caractère transfrontalier en rendant plus facile et rapide le dépôt des offres ;
- dispositions applicables : cf. art. L. 72 (Livre II) et art. L. 141 (3) (Livre III).

# Remise électronique des offres

Le Document Unique de Marché Européen (DUME) :

- moyen de preuve devant être accepté par les PA dans le processus de passation d'un marché ;
- formulaire type établi par le règlement d'exécution (UE) 2016/7 de la Commission du 5 janvier 2016 ;
- si l'opérateur économique entend avoir recours aux capacités d'autres entités, le DUME doit contenir les informations relatives à ces entités ;
- le DUME n'est toutefois pas suffisant :
  - pour le bon déroulement de la procédure (notamment en cas de doute), le PA peut demander à l'opérateur économique de fournir tout ou partie des documents justificatifs ;
  - avant d'attribuer le marché, le PA doit demander à l'adjudicataire potentiel de communiquer les documents justificatifs ;
- la fourniture obligatoire du DUME sous forme électronique est obligatoire depuis le 18 avril 2018.

# Remise électronique des offres

Le Document Unique de Marché Européen (DUME) :

Pour en savoir plus :

- Portail des marchés publics (<https://marches.public.lu/fr/procedures/dossier-soumission/dume.html>) ;
- un guide pratique peut être téléchargé (<https://marches.public.lu/dam-assets/fr/procedures/dume/2018-DUME-v01-04.pdf>) ;
- un accès au site de la Commission européenne est mis en place afin de remplir en ligne le DUME (<https://ec.europa.eu/tools/espd/filter?lang=fr>).

# Régularité des offres

## ■ Précisions terminologiques

Le Livre II définit (de manière non exhaustive) les offres pouvant être qualifiées d'offres « *irrégulières* », « *inacceptables* » et « *non-appropriées* » (cf. art. L. 63 et 64) :

- offre irrégulière : offre qui n'est pas conforme aux documents de marché, qui est parvenue tardivement, qui comporte des éléments manifestes de collusion ou de corruption ou que le PA a considéré comme anormalement basse ;
- offre inacceptable : offre émanant d'un soumissionnaire ne remplissant pas les critères de sélection ou dont le prix dépasse le budget initial du PA ;
- offre inappropriée : offre sans rapport avec le marché « *parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et aux exigences du pouvoir adjudicateur spécifiés dans les documents du marché* » ;
- le Livre III fournit également une définition de l'offre non appropriée (cf. art. L. 124) identique à celle prévue par le Livre II.

# Régularité des offres

- Principe: l'offre doit être écartée.
- Possibilités de régularisation :
  - Concernant les critères d'exclusion : art. L. 29 (5)
    - le PA est tenu d'informer l'opérateur économique de son intention de l'exclure, en lui laissant un délai minimal de 8 jours pour faire valoir ses observations ;
    - ce dernier a la possibilité de démontrer qu'il a pris des mesures suffisantes pour attester sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent ;
    - sur base de ces explications, le PA peut ne pas exclure l'opérateur économique si les preuves présentées sont jugées suffisantes.
  - Concernant la régularité administrative de l'offre : art. R. 80 (2) / R. 255
    - lorsque les informations ou documents fournis par un opérateur économique sont incomplets, erronés ou n'ont pas été versés, le PA peut demander à l'opérateur économique de présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou documents concernés dans un délai approprié;
    - faculté toutefois limitée.

# **Nouveautés concernant l'attribution du marché et obstacle à cette attribution**

# Le nouveau critère de l'offre économiquement la plus avantageuse

Quel critère d'attribution est prévu par les nouvelles dispositions ?

- Sous l'empire de la loi du 25 juin 2009, le PA avait le choix entre :
  - l'offre économiquement la plus avantageuse (déterminée sur la base de différents critères liés à l'objet du marché tels que la qualité, le prix, la valeur technique, ...)
  - l'offre au prix le plus bas.
- Les nouvelles dispositions prévoient uniquement le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse (cf. art. L. 35).

# Le nouveau critère de l'offre économiquement la plus avantageuse

Quel critère d'attribution est prévu par les nouvelles dispositions ?

- A présent, l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée :
  - soit sur base de son prix (par exemple pour des petits marchés sans incidence environnementales notables) ;
  - soit sur base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût / efficacité (en prenant en compte le calcul du coût du cycle de vie) ;
  - soit sur base du meilleur rapport qualité / prix (évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux liés à l'objet du marché).
- Les critères d'attribution doivent être liés à l'objet du marché.
- La liberté du PA n'est toutefois pas illimitée et il doit agir dans le respect des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de transparence et de manière proportionnée (cf. art. L. 12 (1)).

# Obstacle à l'attribution du marché (mais pas seulement) : la clause sociale horizontale

- Au stade de l'attribution : un obstacle à l'attribution
  - Art. L. 28 (1), alinéa 2 :

*« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de ne pas attribuer un marché au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse lorsqu'ils ont établi que cette offre ne respecte pas les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, visées à l'article 42. ».*
  - Art. L. 42 :

*« Les opérateurs économiques sont tenus de respecter et de faire respecter par toute personne agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit et par toute personne mettant du personnel à disposition pour l'exécution du marché, toutes les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par l'Union européenne, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail [...] ».*

# Obstacle à l'attribution du marché (mais pas seulement) : la clause sociale horizontale

## ■ Des impacts au stade de la sélection : un motif d'exclusion facultatif

Art. L. 29 (3), point a) :

*« (3) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants :*

*a) le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié, un manquement aux obligations applicables visées à l'article 42 ; [...] » ;*

## ■ Des impacts au stade de l'exécution du marché

Art. L. 42 :

*« Les opérateurs économiques sont tenus de respecter et de faire respecter par toute personne agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit et par toute personne mettant du personnel à disposition pour l'exécution du marché, toutes les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par l'Union européenne, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail [...] ».*

# **Nouveautés dans le cadre de l'exécution des marchés : *quid* des possibilités de modification des contrats en cours d'exécution ?**

## Modifications du marché en cours d'exécution

- Nouveau cadre légal : art. L. 43 (Livres I et II) ; art. L. 155 (Livre III) ;
- attention : conditions strictes ;
- liste limitative des hypothèses dans lesquelles un marché en cours d'exécution peut être modifié sans nouvelle procédure de passation :
  - lorsque les documents initiaux du marché prévoient cette possibilité ;
  - lorsque des travaux, services ou fournitures supplémentaires sont devenus nécessaires ;
  - en cas de circonstances imprévues ;
  - lorsqu'un nouveau contractant remplace l'adjudicataire ;
  - en cas de modifications non substantielles du marché ;
  - lorsque la valeur de la modification est inférieure à certains seuils ;
  - pour les marchés du Livre I, en cas de dépassement de la date de commencement des travaux ... (précédentes hypothèses de l'art. 114 du RGD 2009).

## Modifications du marché en cours d'exécution

- Procédure spécifique à respecter (exigences de forme et de délai sous peine de nullité ou de forclusion).
- Attention : dans certains cas relevant des Livres II et III, le PA qui modifie un marché a l'obligation de publier un avis au Journal Officiel de l'Union Européenne.

## Contact us



### **Martial Barbian, Counsel**

Litigation & Dispute Resolution;  
Administrative Law, Property, Construction & Environment  
[martial.barbian@arendt.com](mailto:martial.barbian@arendt.com)  
T +352 40 78 78 341



### **Gilles Dauphin, Counsel**

Administrative Law, Property, Construction & Environment  
[gilles.dauphin@arendt.com](mailto:gilles.dauphin@arendt.com)  
T +352 40 78 78 206

Cette présentation est destinée à fournir des informations sur les récents développements légaux et ne couvre pas tous les aspects des sujets évoqués. Elle n'a pas été rédigée pour fournir des conseils juridiques ou autres, et ne se substitue pas à la consultation d'un professionnel du droit avant tout engagement.