

# INTRODUCTION AU DROIT LUXEMBOURGEOIS DES MARCHÉS PUBLICS

5 OCTOBRE 2021

# ORATEUR



## **Marc THEWES**

Avocat à la Cour,  
Partner THEWES & REUTER

Chargé de cours associé  
Université du Luxembourg

Conseiller d'État

**THEWES & REUTER**

# SOMMAIRE

- Présentation de certains concepts essentiels du droit des marchés publics (4-18).
- La législation luxembourgeoise sur les marchés publics et ses particularités (19-38).
- Les procédures les plus courantes (40-41), avec un “focus” sur
  - les possibilités de négociation (42-58), et
  - les accords-cadres (59-67).
- Quelques conseils pratiques pour soumissionner dans un marché public luxembourgeois (68-76).
- Un regard sur les difficultés liées à la dématérialisation, en rapport notamment avec
  - la signature électronique (78-83), le dépôt électronique des offres (85-87), et
  - la facturation électronique (91-95).

# C'EST QUOI, UN “MARCHÉ PUBLIC”?

THEWES & REUTER

# DÉFINITION

## **Marchés publics :**

*“Contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l’exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services.”*

Art. 3 de la loi sur les marchés publics du 8 avril 2018 (“LMP”)

# DÉFINITION

4 éléments clé:

- 1 **Contrats** à
- 2 **titre onéreux** conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs
- 3 **pouvoirs adjudicateurs** et ayant pour objet l'exécution de
- 4 **travaux, la fourniture de produits** ou la prestation de services.

# UN CONTRAT À TITRE ONÉREUX

## 1 Un contrat?

- Les missions attribuées par voie de décision unilatérale ne sont pas des marchés publics, p.ex. si un gouvernement instruit une institution publique de mettre en œuvre une mesure (cette entité devra alors éventuellement procéder par marché public si elle ne dispose pas des capacités nécessaires *in house*)

## 2 À titre onéreux?

- Paiement d'un prix
- Le paiement n'est pas nécessairement sous la forme d'une somme d'argent

## POUR DES TRAVAUX, FOURNITURES OU SERVICES

### **4 L'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services?**

- Différents seuils et différentes procédures selon qu'il s'agit de travaux ou de fournitures ou de services
- Les marchés sont souvent dits "mixtes", c'est-à-dire qu'ils combinent des fournitures et des services



# NOTION DE “POUVOIR ADJUDICATEUR”

## **3** Pouvoirs adjudicateurs?

Un concept central du droit européen des marchés publics :

*“Pouvoirs adjudicateurs”, l’État, les communes, les organismes de droit public ou les associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public.*

# NOTION DE “POUVOIR ADJUDICATEUR”

## <sup>3</sup> Pouvoirs adjudicateurs?

Un concept central du droit européen des marchés publics :

*“Pouvoirs adjudicateurs”,<sup>a</sup> l’État, les communes, les  
<sup>b</sup>organismes de droit public ou les<sup>c</sup> associations  
formées par une ou plusieurs de ces autorités ou un  
ou plusieurs de ces organismes de droit public.*

# NOTION DE “POUVOIR ADJUDICATEUR”

## 3 Pouvoirs adjudicateurs?

### b Organismes de droit public

**“Organisme de droit public”, tout organisme présentant toutes les caractéristiques suivantes :**

- i. il a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;**
- ii. il est doté de la personnalité juridique ; et**

# NOTION DE “POUVOIR ADJUDICATEUR”

## 3 Pouvoirs adjudicateurs?

### b Organismes de droit public

*iii. soit il est financé majoritairement par l'État, les communes ou par d'autres organismes de droit public, soit sa gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes, soit son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les communes ou d'autres organismes de droit public.”*

# NOTION DE “POUVOIR ADJUDICATEUR”

## 3 Pouvoirs adjudicateurs?

- l'État luxembourgeois (principalement le ministère de la Santé) pour l'achat de vaccins et la mise en œuvre de politiques de médecine préventive ;
- les hôpitaux, y compris les hôpitaux “privés”, qui sont des *organismes de droit public* du fait de leur objet et de leur financement ;

# NOTION DE “POUVOIR ADJUDICATEUR”

## 3 Pouvoirs adjudicateurs?

- La Fédération des hôpitaux luxembourgeois (“FHL”), une *association sans but lucratif* d’hôpitaux et centres de soins qui opère comme *centrale d’achat* pour le compte de ses membres.

4. de représenter ses membres vis-à-vis de tiers pour les prises de position et actions décidées en commun et de mener pour le compte de ses membres les négociations en vue de la passation de conventions de tous genres avec des tiers,

# NOTION DE “POUVOIR ADJUDICATEUR”

## 3 Pouvoirs adjudicateurs?

Un nouvel acteur...

- Le Groupement des hôpitaux aigus (“GHA”), une *association sans but lucratif* constitué par les quatre hôpitaux aigus (CHEM, HRS, CHL CHdN)

L'association a pour objet:

1. la reprise du stock national d'équipement de protection individuelle, de matériel et de médicaments pour les établissements hospitaliers et le secteur de la santé et des soins **ainsi que le réapprovisionnement** et la gestion à l'avenir de ce stock;

# NOTION DE “POUVOIR ADJUDICATEUR”

## 3 Pouvoirs adjudicateurs?

Et...

- Le Haut-Commissariat à la Protection Nationale (“HCPN”),

pour les marchés de la protection nationale :

- pour les fournitures ou services qui sont déclarés secrets ;
- pour les fournitures ou services nécessaires à la protection des intérêts vitaux ou des besoins essentiels de tout ou partie du pays ou de la population, et en particulier les fournitures ou services relatifs à la prévention et la gestion de crises ;
- pour les fournitures d'effets d'équipement et de matériel d'intervention ainsi que d'effets personnels de protection et de sécurité des membres des unités d'intervention.



# NOTION DE “POUVOIR ADJUDICATEUR”

## 3 Pouvoirs adjudicateurs?

Un autre nouvel acteur...

- Le Corps grand-ducal d’incendie et de secours (“GCDIS”).
  - établissement public crée en 2018 ;
  - nouvellement autorisé par une loi du 20 Juillet 2020 à détenir un stock de certains médicaments ;
  - modalités d’achat :

Pour ce qui est du paragraphe 1<sup>er</sup>, points 5<sup>o</sup> et 6<sup>o</sup>, et sans préjudice des dispositions spécifiques applicables aux services de l’État, l’approvisionnement de médicaments peut se faire auprès du fabricant, de l’importateur, du titulaire d’autorisation de distribution en gros de médicaments ou d’une autorité compétente d’un autre pays.

# COMMENTAIRES

- Tout contrat pour la fourniture de produits pharmaceutiques passé par un « pouvoir adjudicateur » est un marché public (a priori un marché public de fournitures, ou mixte s'il comporte aussi des services). La définition légale ne se réfère pas à la procédure qui a été suivie pour sélectionner le cocontractant.
- Le nombre de procédures de marchés publics pour la fourniture de produits pharmaceutiques est en augmentation et c'est une tendance qui devrait se poursuivre.

# **LE DROIT LUXEMBOURGEOIS DES MARCHÉS PUBLICS**

**THEWES & REUTER**

# COMPLEXITÉ

THEWES & REUTER

# UN DROIT D'ORIGINE EUROPÉENNE

## Principalement :

- Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (**Directive générale**)
- Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 Décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (**Directive recours**)

## Accessoirement :

- 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**
- Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les **domaines de la défense et de la sécurité**

# LÉGISLATION NATIONALE

## Principalement :

- Loi du 8 avril 2018 sur les **marchés publics**, divisée en plusieurs Livres :
  - Livre I<sup>er</sup> : Dispositions générales
  - Livre II : Dispositions relatives aux marchés publics d'une certaine envergure
  - Livre III : Dispositions spécifiques aux marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux
- 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
- Règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à **l'utilisation des moyens électroniques** dans les procédures des marchés publics (telle que modifiée en 2019)
- Loi du 10 novembre 2010 instituant les **recours en matière de marchés publics** (telle que modifiée en 2018)

# LÉGISLATION NATIONALE

## Moins important :

- Loi du 26 décembre 2012 sur les marchés publics de **défense** et de **sécurité**.
- Loi sur les marchés publics du 25 juin 2009 (applicable aux marchés dont la procédure a été initiée avant l'entrée en vigueur de la loi du 8 avril 2018)

## Constats :

- Absence de codification.
- Au contraire :
  - juxtaposition de régimes particuliers
  - démultiplication des textes (loi et règlement)

# L'ARTICULATION DES TEXTES

THEWES & REUTER



# SECTEURS ET SEUILS

- Première question : dans quel “Secteur d’activité” l’autorité contractante est-elle active ?
  - Sécurité et défense?
  - Eau, énergie, transport ou services postaux ?
  - Sinon : Application du régime général, c.-à-d. , les Livres I<sup>er</sup> et II de la LMP
- L’application du Livre I<sup>er</sup> ou du Livre II dépend ensuite de la “valeur estimée du marché”, selon que celle-ci est en-dessous ou au dessus de certains “seuils”.

# LES SEUILS

RÉGIME GÉNÉRAL (Livres I <sup>er</sup> et II)	Depuis le 1 <sup>er</sup> Janvier 2020
Marchés de fournitures et de services des « pouvoirs adjudicateurs centraux » (État)	139 000 €
Marchés de fournitures et de services des autres pouvoirs adjudicateurs (tous les autres, y compris hôpitaux, FHL, etc.)	214 000 €
Marchés de services des services sociaux et marchés de services de l'Annexe I	750 000 €
Marchés de travaux (p.ex. Constructions de bâtiments)	5 350 000 €

(Présentation simplifiée)

# COMMENT LES SEUILS OPÈRENT

Valeur estimée :  
Inférieure à 139 000 € / 214 000 €

Livre I<sup>er</sup>

Valeur estimée :  
Supérieure à 139 000 € / 214 000 €

Livre II  
+ Livre I<sup>er</sup>

S'il n'y a pas de règles spécifiques dans le Livre II

THEWES & REUTER

# ÉVALUATION CORRECTE DE LA VALEUR DU CONTRAT

## Art. 12(5) de la LMP

Principe : l'évaluation se fait sur la base du montant total de ce qui sera payé en application du contrat :

*Le calcul de la valeur estimée d'un marché est fondé sur le montant total payable, hors TVA, estimé par le pouvoir adjudicateur, y compris toute forme d'option éventuelle et les éventuelles reconductions des contrats, explicitement mentionnées dans les documents de marché.*

*Si le pouvoir adjudicateur prévoit des primes ou des paiements au profit des candidats ou soumissionnaires, il en tient compte pour calculer la valeur estimée du marché.*

# ÉVALUATION CORRECTE DE LA VALEUR DU CONTRAT

## Art. 12(5) de la LMP

S'il y a plusieurs lots, leur valeur doit être additionnée :

*Lorsqu'un projet visant à acquérir des fournitures homogènes peut donner lieu à des marchés passés par lots séparés, la valeur totale estimée de l'ensemble de ces lots est prise en compte.*

Pour les accords-cadre, on prend la valeur totale des contrats :

*Pour les accords-cadres et pour les systèmes d'acquisition dynamiques, la valeur à prendre en considération est la valeur maximale estimée hors TVA de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique.*

# ÉVALUATION CORRECTE DE LA VALEUR DU CONTRAT

## Art. 12(5) de la LMP

Pour les achats répétés, une période de référence de 12 mois :

*Lorsqu'il s'agit de marchés publics de fournitures ou de services présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée, est prise comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché :*

- a) soit la valeur réelle globale des contrats successifs analogues passés au cours des douze mois précédents ou de l'exercice précédent, corrigée, si possible, pour tenir compte des modifications en quantité ou en valeur qui surviendraient au cours des douze mois suivant le contrat initial ;*
- b) soit la valeur globale estimée des contrats successifs passés au cours des douze mois suivant la première prestation ou au cours de l'exercice si celui-ci est supérieur à douze mois.*

# ÉVALUATION CORRECTE DE LA VALEUR DU CONTRAT

## Art. 53 de la LMP

*Le choix de la méthode pour le calcul de la valeur estimée d'un marché ne peut être effectué avec l'intention de le soustraire à l'application des dispositions du présent Livre. Un marché ne peut être subdivisé de manière à l'empêcher de relever du champ d'application du présent Livre, sauf si des raisons objectives le justifient.*

Méthodes admissibles :

- Connaissance des prix découlant de précédents marchés publics
- Consultation du marchés
- Avis d'experts
- Prix public publié

# UN FACTEUR-CLÉ: LA DURÉE DU CONTRAT

## Art. 16 de la LMP

*Les marchés publics ne peuvent être conclus pour un terme dépassant la durée de l'exercice budgétaire, excepté dans l'un ou l'autre des cas suivants :*

- a) Lorsqu'il s'agit de marchés publics relatifs à des baux de location, de crédit-bail et de location-vente ;*
- b) Lorsqu'en raison de l'importance ou de la spécialité des travaux, fournitures ou services les marchés ne peuvent être réalisés pendant l'exercice où ils sont conclus. Dans ce cas la durée doit être adaptée à la nature du marché pour soit tenir compte de la durée de réalisation effective des travaux, fournitures ou services, soit optimiser les conditions économiques de réalisation du marché. Toutefois la durée de ces marchés ne peut pas dépasser 10 exercices, y non compris celui au cours duquel les marchés ont été conclus ;*
- c) Lorsqu'il s'agit de travaux, fournitures ou services de très grande envergure (...)*



# UN FACTEUR-CLÉ: LA DURÉE DU CONTRAT

## **Durée maximale**

- En général : 10 ans (Art. 16 de la LMP)
- Accords cadre : 4 ans (Art. 22 de la LMP)
- Procédures négociées sans publication : 3 ans (Art. 64 de la LMP)

# **QUELLES DIFFÉRENCES ENTRE LES LIVRES I<sup>ER</sup> ET II ?**

**THEWES & REUTER**

# PRINCIPALES DIFFÉRENCES ENTRE LES LIVRES I<sup>ER</sup> ET II

## Publicité et transparence

- Les marches du Livre I<sup>er</sup> sont seulement publiés à Luxembourg (sur le Portail des marchés publics et dans la presse) tandis que les marches du Livre II sont d'abord publiés sur TED, puis localement. À noter : il est possible de publier volontairement un avis de marché du Livre I<sup>er</sup> sur TED mais ce n'est pas courant.
- Dans le Livre I<sup>er</sup> il n'est pas prévu de publication d'un avis d'attribution

# PRINCIPALES DIFFÉRENCES ENTRE LES LIVRES I<sup>ER</sup> ET II

## Procédures (1/2)

- Le Livre I<sup>er</sup> est très flexible pour les “petits marchés”
  - Jusqu’à une valeur de 60 000 € aucune formalité ne s’applique (pas d’avis de marché, négociation libre avec l’opérateur librement choisi, pas de critères d’attribution).
  - Pour les marchés d’une valeur entre 60 000 € et 123.121,60 € (le second montant est adapté à l’inflation tous les 1<sup>er</sup> janvier) une exigence de consulter au moins 3 entreprises s’ajouté mais il n’y a toujours aucune publicité
- Au-delà de 123.121,60 € la flexibilité cesse et la règle devient que “les pouvoirs adjudicateurs, en règle générale, passent leurs contrats de travaux, de fournitures et de services par la procédure ouverte”. D’autres procédures n’existent que dans des circonstances spéciales.

# PRINCIPALES DIFFÉRENCES ENTRE LES LIVRES I<sup>ER</sup> ET II

## Procédures (2/2)

- Dans le Livre I<sup>er</sup> l'approche est un peu “tout ou rien”: soit une flexibilité extrême, soit une procédure ouverte stricte.
- Dans le Livre II, il y a plus de procédures, dont certaines offrent une flexibilité intermédiaire :
  - Procédure concurrentielle avec négociation
  - Dialogue compétitif
- Une tranche peu attractive entre 123 1221,60 € et le seuil européen

# PRINCIPALES DIFFÉRENCES ENTRE LES LIVRES I<sup>ER</sup> ET II

## Dématérialisation des marchés publics

- Dans le Livre II le recours aux moyens électroniques est obligatoire :
  - Soumissions obligatoirement par le Portail des marchés publics
  - Signature électronique obligatoire
  - Exceptions strictement encadrées
- Dans le Livre I<sup>er</sup> : choix du pouvoir adjudicateur :
  - Par défaut : remis sur support matériel et avec une signature papier
  - En pratique : la plupart des pouvoirs adjudicateurs optent pour la dématérialisation

# LES PROCÉDURES DE PASSATION

THEWES & REUTER

# **TYPOLOGIES**

**THEWES & REUTER**



# APERÇU

	Livre I <sup>er</sup>	Livre II
<b>Procédures ouvertes</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>▪ Procédure ouverte (Art. 18)</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>▪ Procédure ouverte (Art 65)</li></ul>
<b>Procédures restreintes</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>▪ Procédure restreinte avec publication d'avis (Art. 19)</li><li>▪ Procédure restreinte sans publication d'avis (Art. 20)</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>▪ Procédure restreinte (Art. 66)</li></ul>
<b>Procédures avec une négociation</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>▪ Procédure négociée (Art. 20)</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>▪ Procédure négociée sans publication préalable (Art. 64)</li><li>▪ Procédure concurrentielle avec négociation (Art. 67)</li><li>▪ Dialogue compétitif (Art. 68)</li><li>▪ Partenariat d'innovation (Art. 69)</li></ul>

# **FOCUS SUR: LA NÉGOTIATION**

**THEWES & REUTER**

# TYPOLOGIES

## Procédures négociées “proprement dites”

- Négociation directe avec les opérateurs.
- Traité avec méfiance.
- Procédures exceptionnelles et dérogatoires
- Admissible uniquement dans des cas limitativement prévus par la loi

VS

## Procédures avec une phase de négociation

- On négocie avec des opérateurs sélectionnés par un procédé ouvert et transparent.
- Peut être utile pour un meilleur achat
- Assez largement possible dans le Livre II
- Inexistant dans le Livre I<sup>er</sup>

*PROCÉDURES NÉGOCIÉES  
(AU SENS STRICT)*

**THEWES & REUTER**

# PROCÉDURES NÉGOCIÉES

- Les Livres I<sup>er</sup>, II et III connaissent tous un type de “procédure négociée” dans laquelle
  - les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix, et
  - négocient librement (notamment sans être tenus au respect de critères d’adjudication) les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.
- Sont visées :
  - la “procédure négociée” (ancien “marché de gré à gré”) du Livre I<sup>er</sup> (Art. 20 de la LMP);
  - la “procédure négociée sans publication préalable” du Livre II (Art. 64 de la LMP)
  - la “procédure négociée sans mise en concurrence préalable” du Livre III (Art. 124 de la LMP).

# PROCÉDURES NÉGOCIÉES

## Points communs: des procédures d'exception et sous surveillance

- Les procédures citées ont pour point commun qu'elles ne peuvent être utilisées que dans des cas très précis, faisant l'objet d'une énumération limitative, p.ex.:
  - lorsqu'une précédente procédure a échoué (aucune offre n'a été reçue);
  - lorsqu'il n'est pas possible de réaliser une mise en concurrence parce qu'il y a un seul opérateur
  - face à une urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles.
- Le recours à ces procédures est surveillé:
  - obligation de faire rapport à la Commission européenne dans les Livres II et III
  - obligation (dans certains cas) de solliciter l'avis de la Commission des soumissions dans le Livre I<sup>er</sup>

# PROCÉDURES NÉGOCIÉES

## LISTE LIMITATIVE DE MOTIFS DE RECOURS À LA PROCÉDURE NÉGOCIÉE SANS PUBLICATION PRÉALABLE DANS LE LIVRE II (ART. 64 LMP)

Lorsqu'aucune offre ou aucune offre appropriée ou aucune demande ou aucune demande appropriée de participation n'a été déposée en réponse à une procédure ouverte ou restreinte.

Lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique particulier

Dans la mesure strictement nécessaire, en cas d'urgence impérieuse résultant d'évènements imprévisibles et extérieurs à l'acheteur

Pour les marchés publics de services passés à la suite d'un concours

Pour les fournitures : fabriquées à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement cotées et achetées à une bourse des matières premières, à un prix particulièrement avantageux ou consistant en des livraisons complémentaires (à certaines conditions)

Pour les nouveaux travaux ou services, consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires confiés au cocontractant du marché initial par les mêmes acheteurs (si conformes au marché initial et prévus par lui).

*LES PROCÉDURES COMPORTANT  
UNE PHASE DE NÉGOCIATION*

**THEWES & REUTER**



# PROCÉDURES AVEC UNE PHASE DE NÉGOCIATION

- Ce sont des procédures où :
  - le pouvoir adjudicateur discute des conditions de leur offre avec plusieurs opérateurs économiques (au moins 3) préalablement sélectionnés par une procédure de candidature ouverte et transparente ;
  - puis attribue le marché à l'opérateur qui aura remis l'offre finale ("Best and final offer" ou "BAFO") économiquement la plus avantageuse au regard de critères d'attribution préalablement publiés (et non sujet à négociation).

# PROCÉDURES AVEC UNE PHASE DE NÉGOCIATION

- Les procédures en question sont :
  - la “Procédure concurrentielle avec négociation” (Art. 67);
  - le “Dialogue compétitif” (Art 68);
  - le “Partenariat d’innovation” (Art. 69)
- Il n’y a pas de procédures de ce type dans le Livre I<sup>er</sup>
- Des procédures similaires existent dans le Livre III et pour les marchés publics de la défense

# PROCÉDURES AVEC UNE PHASE DE NÉGOCIATION

## Conditions d'ouverture (Art. 65 de la LMP)

Les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles.

Les travaux, fournitures ou services impliquent de la conception ou des solutions innovantes.

Le marché ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent.

Le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante.

Lorsque, en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées. En pareil cas, les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas tenus de publier un avis de marché s'ils incluent dans la procédure tous, et seulement, les soumissionnaires qui (...), lors de la procédure ouverte ou restreinte antérieure, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation de marchés.

# PROCÉDURES AVEC UNE PHASE DE NÉGOCIATION

## Caractéristiques communes

- les participants sont sélectionnés par un processus de candidature transparent ;
- une phase de négociation, souvent à plusieurs tours, durant laquelle les participants ont l'occasion d'améliorer leur offre ;
- un strict respect de l'égalité des participants et des secrets d'affaires ;
- un nombre minimum de participants (cinq ou trois) mais avec une possibilité de réduire leur nombre en cours de négociation;
- des critères d'attribution prédéterminés et publiés.

# PROCÉDURES AVEC UNE PHASE DE NÉGOCIATION

## L'objet de la négociation

Les procédures ici visées se différencient par l'objet de la négociation:

- dans la procédure concurrentielle avec négociation il s'agit d' « améliorer le contenu » des offres, c'est-à-dire de la rendre économiquement plus intéressante.
- dans le dialogue compétitif, le dialogue a pour objet « l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux leurs besoins », c'est-à-dire de trouver la solution qui répond au mieux au besoin décrit par le pouvoir adjudicateur
- le partenariat d'innovation, quant à lui « vise au développement d'un produit, d'un service ou de travaux innovants et à l'acquisition ultérieure des fournitures, services ou travaux en résultant ».

Ce sont ces finalités de la négociation qui orienteront les pouvoirs adjudicateurs vers une procédure ou l'autre.

# PROCÉDURES AVEC UNE PHASE DE NÉGOCIATION

## **Ce qui ne peut pas être négocié :**

- l'objet du marché;
- les spécifications techniques obligatoires;
- les critères de sélection et d'attribution .

Le pouvoir adjudicateur doit donc définir les critères d'attribution de telle manière à pouvoir mesurer les améliorations apportées aux offres.

*LA RENÉGCINATION DU CONTRAT :  
JUSQU'OU PEUT-ON ALLER?*

**THEWES & REUTER**

# MODIFICATIONS DU CONTRAT

- Les marchés publics peuvent être modifiés au cours de leur exécution dans les limites prévues à l'article 43 de la LMP.
- Meilleure hypothèse: Le contrat contient une clause de révision(Art. 43(I), a)) :

*“Les marchés et les accords-cadres peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché (...) lorsque les modifications, quelle que soit leur valeur monétaire, ont été prévues dans les documents de marchés initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de révision du prix ou d'options claires, précises et univoques.”*

- Pas de limitation de valeur;
- Mais la “nature globale du marché” ne doit pas changer;
- La clause de révision doit être être claire et explicite.



# MODIFICATIONS DU CONTRAT

- S'il n'y a pas de clause de révision expresse :
  - des modifications de **faible valeur** jusqu'à une valeur cumulée de 10% sont permises (Art. 43(2)) ;
  - l'achat de **travaux, fourniture ou services complémentaires** non inclus dans le marché original est admis jusqu'à une valeur de 50% du contrat d'origine lorsqu'un changement de contractant est impossible pour des raisons économiques ou techniques (Art. 43(I), b)) ;
  - des circonstances imprévues ("circonstances imprévisibles pour un pouvoir adjudicateur diligent") peuvent aussi justifier une augmentation jusqu'à 50% ;
  - en général, des modifications dites "non-substantielles" sont permises.

# MODIFICATIONS DU CONTRAT

La notion de **modification non-substantielle** de l'art. 43(I), e) de la LMP vient de la jurisprudence de la CJUE (affaires *Succhi di Frutta* et *Pressetext*). Il y a à ce propos une certaine casuistique, notamment

- changements qui n'auraient eu aucun impact sur la procédure de passation originale s'ils avaient déjà été connus (p.ex. : en permettant l'admission d'autres candidats que ceux qui ont pu participer ou en permettant d'accepter une offre qui a été rejetée);
- modifications qui ne changent pas l'équilibre financier du marché ou de l'accord cadre en faveur de l'opérateur économique.

# **FOCUS SUR: LES ACCORDS-CADRE**

**THEWES & REUTER**

# L'ACCORD-CADRE

- Définition

*l'“accord cadre” est un accord conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les conditions régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées (Art. 4 de la LMP)*

- Ce n'est pas une procédure de passation de marché public mais une technique d'achat qui permet à un pouvoir adjudicateur de présélectionner des fournisseurs.
- L'accord-cadre est conclu en appliquant l'une des procédures des Livres I<sup>er</sup>, II ou III.

# L'ACCORD-CADRE

- Avantages de l'accord-cadre:
  - Simplification procédurale (après une seule mise en concurrence, le pouvoir adjudicateur peut passer commande aux opérateurs qui font partie de l'accord cadre pendant 4 ans)
  - Immunisation contre les variations de prix
  - Aptitude à répondre à un besoin aléatoire (à moins que les documents de marché le prévoient, il n'y a pas de quantités garanties)
- Attention: l'accord-cadre ne profite qu'à ceux (pouvoirs adjudicateurs ou entreprises) qui en font partie. Il n'est pas possible de faire entrer de nouvelles entreprises (sauf p.ex. en cas de fusion)

# L'ACCORD-CADRE

- Inconvénients de l'accord-cadre:
  - pas de garantie pour les opérateurs sur les quantités qui seront effectivement commandés (sauf si le pouvoir adjudicateur s'engage sur des quantités minimales);
  - les opérateurs qui ne participent pas ou qui ne l'emportent pas sont à l'écart pour longtemps;
  - les accords-cadre ne s'adaptent pas aux changements du marché (nouveaux acteurs, nouveaux produits);
- Attention: l'accord-cadre ne profite qu'à ceux (pouvoirs adjudicateurs ou entreprises) qui en font partie. Il n'est pas possible de faire entrer de nouvelles entreprises (sauf p.ex. en cas de fusion)

# L'ACCORD-CADRE

- 2 limitations :
  - durée maximale : 4 ans ;
  - selon une jurisprudence récente de la JCUE l'avis de marché doit renseigner la valeur et/ou la quantité présumée des contrats qui seront passés sur la base de l'accord-cadre et une fois que ce montant est atteint, l'accord cadre prend fin :

*L'avis de marché doit indiquer la quantité et/ou la valeur estimée ainsi qu'une quantité et/ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre et qu'une fois que cette limite aura été atteinte, ledit accord-cadre aura épuisé ses effets.*

CJUE (4<sup>e</sup> Ch.) 17 Juin 2021, *Simonsen & Weel A/S c. Region Nordjylland og Region Syddanmark*, aff. C-23/20.

# L'ACCORD-CADRE

- Contenu d'un accord cadre:
  - Objet de l'accord cadre: L'accord cadre doit évidemment énoncer avec une précision suffisante ce qui est son objet, c'est-à-dire quels sont les travaux, les services et les fournitures que le pouvoir adjudicateur entend ultérieurement acquérir au moyen de marchés publics passés sur le fondement de l'accord cadre. Seuls les marchés qui rentrent dans l'objet de l'accord-cadre pourront en effet ultérieurement être passés selon la procédure de l'article 22 de la LMP.
  - Prix: Les prix ne doivent pas être fixés définitivement. Il suffit qu'ils soient déterminables.
  - Quantités: La LMP n'oblige pas les pouvoirs adjudicateurs à s'engager sur les quantités ou les volumes qu'il commandera sur la base de l'accord-cadre



# L'ACCORD-CADRE

- Marchés passés sur le fondement de l'accord-cadre
  - si l'accord cadre définit déjà de manière contraignante tous les termes du marché (et, dans le cas d'un accord-cadre avec plusieurs opérateurs, les conditions objectives permettant de désigner l'attributaire), le marché subséquent peut être directement attribué sans nouvelle publicité et sans nouvelle mise en concurrence (Art. 22, par. 3, al. 1<sup>er</sup>, et par. 4, a) de la LMP).
  - si certains termes du marché restent à préciser, le pouvoir adjudicateur procède soit en consultant l'opérateur économique, s'il s'agit d'un accord-cadre conclu avec une seule entreprise (Art. 22, par. 3, al. 2, de la LMP), soit en mettant en concurrence les opérateurs économiques (Art. 22, par. 4, b) et c), de la LMP).

# L'ACCORD-CADRE

- Accord-cadre « mono-attributaires » ou « multi-attributaires »:
  - Choix dicté par des motifs d'opportunité : certains marchés peuvent facilement être exécutés en parallèle par plusieurs opérateurs tandis que pour d'autres il est préférable de ne s'adresser qu'à un seul interlocuteur (p.ex. contrat d'entretien informatique).
  - Ce choix doit être fait au préalable car il doit être indiqué dans l'avis de marché.

# L'ACCORD-CADRE

- Choix de l'attributaire dans le cadre d'un accord cadre multi-attributaire:
  - si tous les termes du marché sont connus, l'accord cadre doit prévoir un mécanisme, p.ex.:
    - attribution "en cascade"
    - attribution "par tour de rôle" (p.ex. ordre alphabétique)
  - si certains termes du marché restent à préciser: nouvelle mise en concurrence uniquement entre les opérateurs faisant partie de l'accord cadre et attribution à celui qui aura remis la meilleure offre selon les critères d'attribution énoncés dans l'avis de marché.

# **SOUSSIONNER DANS UN MARCHÉ PUBLIC**

## **QUELQUES CONSEILS PRATIQUES**

**THEWES & REUTER**

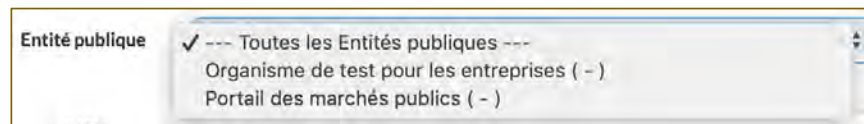
# ACCÈS À L'INFORMATION

THEWES & REUTER

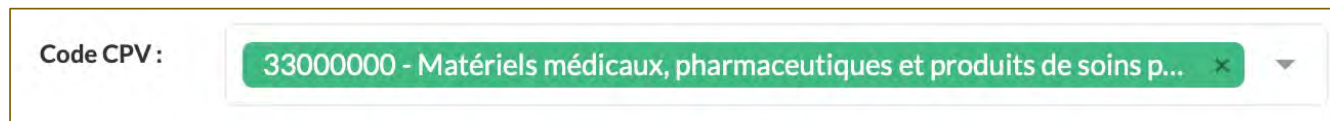
# ACCÈS À L'AVIS DE MARCHÉ (1/2)

- À Luxembourg: publication sur le “Portail des marchés publics”:  
<https://pmp.b2g.etat.lu/>.

- Interface disponible en français et en allemand seulement
- Des outils de recherche paraissant rudimentaires:

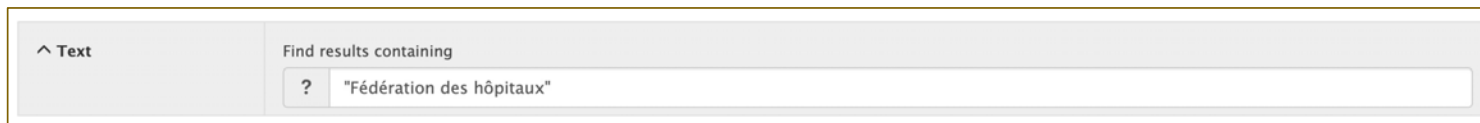


- Possibilité de chercher par le code CPV 33000000 (“Medical equipments, pharmaceuticals and personal care products”) :



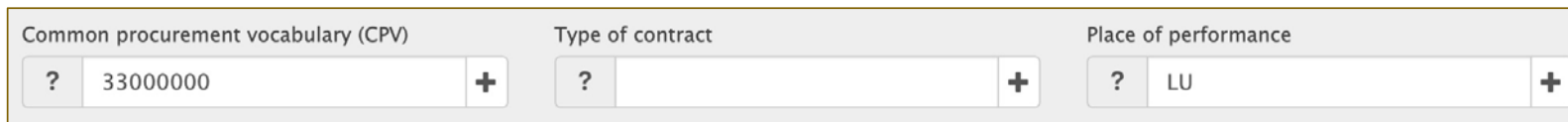
# ACCÈS À L'AVIS DE MARCHÉ (2/2)

- Publication des avis de marché du Livre II sur “TED” (pour “Tenders Electronic Daily”) de l’Office des publications.
  - Interface multilingue
  - Mais: les avis eux-mêmes ne sont pas traduits
  - Possibilité de “recherche avancée” par des mots-clé spécifiques:



^ Text Find results containing  
? "Fédération des hôpitaux"

- Possibilité de “recherche avancée” avec le code CPV et le lieu d’exécution:



Common procurement vocabulary (CPV) Type of contract Place of performance  
? 33000000 + ? + ? LU +

# ACCÈS AUX DOCUMENTS DE MARCHÉ (1/2)

- Publication sur le Portail des marchés publics : <https://pmp.b2g.etat.lu/>;
- Lien de téléchargement dans les avis de marché;
- Le téléchargement est gratuit;
- L'inscription n'est pas obligatoire, mais c'est souvent conseillé pour être informé des suites de la procédure (p.ex. des questions réponses ou des mises à jour des documents de marché);
- Mais attention: une fois inscrit il faut obligatoirement utiliser la messagerie du Portail des marchés publics:

(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.»



# ACCÈS AUX DOCUMENTS DE MARCHÉ (2/2)

Livre I <sup>er</sup>	Livres II et III
<p><b>RMP, Art. 44(4) :</b></p> <p><i>“En règle générale, les pouvoirs adjudicateurs mettent à disposition une version électronique du dossier de soumission sur le portail des marchés publics ”</i></p>	<p><b>RMP, Arts 162(I) et 240(I) :</b></p> <p><i>“Les pouvoirs adjudicateurs offrent, par moyen électronique, un accès gratuit, sans restriction, complet et direct aux documents de marché (...) ”</i></p>
<p><b>RME, Art 6(I)</b></p> <p><i>“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.”</i></p>	

# **QUE FAIRE SI LES DOCUMENTS NE SONT PAS CLAIRS?**

**THEWES & REUTER**

# QUE FAIRE EN CAS DE DIFFICULTÉS

- Ne pas
  - ❌ “se débrouiller” ou essayer de “faire pour le mieux”.
  - ❌ présumer que c’est comme dans un précédent marché
- S’il y a des questions ou un doute, il faut les soulever avant de remettre une offre (Art. 39 du RMP: “obligation de collaboration” du soumissionnaire):

*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 la date de remise des offres, à moins que le cahier spécial des charges ne stipule un délai plus long.*

# QUE FAIRE EN CAS DE DIFFICULTÉS

- Profiter de la possibilité de poser des questions (jusqu'à 7 jours avant la date de remise ou calendrier dans le cahier des charges).
- Demander un conseil juridique
  - ✓ In house
  - ✓ Avocat spécialisé en marchés publics

# LA DÉMATÉRIALISATION DES MARCHÉS PUBLICS

THEWES & REUTER

# **LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE**

**THEWES & REUTER**

# NOTION

Code civil, Art. 1321-1:

*Ensemble de données, liées de façon indissociable à l'acte, qui en garantit l'intégrité (et qui) identifie celui qui l'appose et manifeste son adhésion au contenu de l'acte*

Points saillants :

- données liées indissociablement à l'acte
- qui identifie l'auteur de la signature
- que manifeste l'adhésion de l'auteur de la signature à l'acte

# NIVEAUX DE SÉCURITÉ

Le règlement eIDAS reconnaît trois niveaux de sécurité :

- Signature électronique **qualifiée**, créés à l'aide d'un dispositif qualifié
- Signature électronique **avancée**, créés à l'aide d'un certificat mais non à l'aide d'un dispositif qualifié
- Signature électronique **simple**, qui ne reposent pas sur un certificat électronique



# EXIGENCE D'UNE SIGNATURE QUALIFIÉE

- Seules les signatures électroniques répondant à toutes les caractéristiques suivantes sont acceptées :
  - La signature électronique doit avoir été créée par un dispositif de création de signatures électroniques qualifiées (*Qualified certificate for electronic signature*) au sens 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](#) ("eIDAS"), permettant de signer des documents de façon électronique avec l'assurance que ces signatures ont, dans tous les pays de l'Union européenne (UE), une valeur juridique équivalente à celle d'une signature manuscrite.
  - La signature électronique qualifiée doit figurer sur une des listes de confiance (« EU Trusted Lists »), telles que définies à l'article 22 du règlement eIDAS. Une vérification de la validité de la signature électronique doit pouvoir être effectuée sur le site « Trusted List Browser » (<https://webgate.ec.europa.eu/tl-browser/>).
  - Les certificats de signature électronique des Utilisateurs doivent être accessibles :
    - dans le magasin des certificats personnels de Windows, pour les utilisateurs sous système d'exploitation Windows (avec Internet Explorer, Safari ou Firefox comme navigateur), ou
    - sous forme de fichier P12, protégé par mot de passe, dans tous les autres cas.
  - Pendant une période de transition, tous les certificats de signature émis avant le 01/10/2018 ("Date de début de validité") par une Autorité de certification référencée dans les « EU Trusted Lists » sont acceptés, et ceci jusqu'à leur expiration.
- La fonctionnalité de validation/vérification de signature repose sur le dispositif *Digital Signature Services* (DSS) de CEF Digital de la Commission européenne.

# SIGNATURE ÉLECTRONIQUE ET MARCHÉS PUBLICS

- Quels documents faut-il signer?
  - L'offre.
  - La formule d'engagement solidaire (si elle est exigée)
  - Les documents dont la signature est requise par le pouvoir adjudicateur
    - Toutefois, les conditions d'utilisation du portail précisent que la signature électronique n'est pas exigée pour les demandes de participation.

## CONSEILS PRATIQUES

- Déterminer très tôt qui va signer l'offre et s'assurer que cette personne dispose des capacités requises (certificat qualifié).
- Tester les outils disponibles sur le Portail des marchés publics (outil de signature, outil de vérification).
- Rechercher les possibilités d'obtenir d'urgence un certificat de signature.
- Faire nommer un mandataire *ad hoc* (p.ex. un avocat disposant d'un certificat qualifié) par le conseil d'administration, avec pour seule compétence de signer le marché.

# DÉPÔT ÉLECTRONIQUE DE L'OFFRE

THEWES & REUTER

## DÉPÔT ÉLECTRONIQUE DE L'OFFRE

- Pour télécharger une offre il faut s'inscrire sur le Portail des marchés publics.
- L'exigence de sécurité est moindre que pour la signature électronique. P.ex. on peut s'identifier avec le chip de la carte d'identité.
- Pour les entreprises, il n'est pas possible d'attacher plus d'un utilisateur identifié au compte d'opérateur économique, mais l'entreprise peut avoir plusieurs comptes.

# DÉPÔT ÉLECTRONIQUE DE L'OFFRE

- L'upload doit être terminé à l'heure indiquée dans le cahier des charges.
- Lorsque l'upload se termine après l'heure, le fichier est marqué par le Portail comme tardif

<input type="checkbox"/>	N° du pli Lots répondus	Entreprise	Date et heure de remise	C
<input type="checkbox"/>	E1 1/2	[REDACTED]	17:40:32	E
<input type="checkbox"/>	E2 2/2	[REDACTED]	20:52:32	E
<input type="checkbox"/>	E3 1/2	[REDACTED]	11:12:16	E
<input type="checkbox"/>	E4 1/2	[REDACTED]	11:16:32	E
<input type="checkbox"/>	E5 2/2	[REDACTED]	11:29:20	E
<input type="checkbox"/>	E6 1/2	[REDACTED]	11:57:04	E
<input type="checkbox"/>	E7	[REDACTED]	12:01:20	E

Actions groupées

THEWES & REUTER

## DÉPÔT ÉLECTRONIQUE DE L'OFFRE

- Si plusieurs versions de l'offre sont téléchargées, seule la plus récente sera prise en considération.
- Attention: chaque téléchargement doit être complet. Le pouvoir adjudicateur ne pourra pas aller chercher des documents manquants dans un précédent téléchargement.

# LA COPIE DE SAUVEGARDE

THEWES & REUTER



## LA COPIE DE SAUVEGARDE

- Il est possible de déposer une “copie de sauvegarde” sur un stick USB ou un DVD.
  - le copie de sauvegarde doit être déposée dans le même délai que l’offre principale;
  - le support matériel (stick USB ou DVD) doit être clairement marqué avec le nom de l’entreprise, l’identification de la procédure et les mots “Copie de sauvegarde”

## LA COPIE DE SAUVEGARDE

- La copie de sauvegarde sera seulement ouverte :
  - si l'offre transmise par le Portail ne peut pas être ouverte, ou
  - si l'offre transmise par le Portail contient des fichiers corrompus ou endommagés, y compris des virus.
- Sinon la copie de sauvegarde sera détruite.

# LA FACTURE ÉLECTRONIQUE

THEWES & REUTER

# CADRE LÉGAL ACTUEL

## Loi du 16 mai 2019 relative à la facturation électronique dans le cadre des marchés publics et des contrats de concession

- met en œuvre les règles européennes sur la facturation électronique dans les marchés publics
  - Directive 2014/55/UE sur la facturation électronique dans les marchés publics
  - Standard commun européen pour la facturation électronique (EN 16931)
- en vigueur : 18 avril 2019
- effets
  - les opérateurs économiques peuvent émettre des factures électroniques
  - les pouvoirs adjudicateurs doivent accepter des factures électroniques

# RÉFORME EN PROJET

## Projet de loi n° 7750 :

- Va plus loin que le cadre européen.
- Rendra obligatoire la facturation électronique par les opérateurs économiques dans l'exécution de tous les marchés publics et toutes les concessions, y compris pour les marchés d'envergure nationale
  - les factures devront se conformer au standard européen (EN 16931)
  - les factures devront être transmises par le réseau de livraison PEPPOL ("Pan-European Procurement Online). (Note : le système belge "Mercurius" est PEPPOL)
- Quand ?
  - 5 à 15 après l'entrée en vigueur de la future loi

# RÉFORME EN PROJET

- Entrée en vigueur progressive
  - 15 mois (après l'entrée en vigueur de la loi) pour les opérateurs économiques qui, pour l'année 2019, remplissent au moins 2 critères ou qui ne disposent pas de données chiffrées pour au moins 1 critère suivant pour l'année 2019:
    - Bilan < 4,4 M euros
    - CA net < 8,8 M euros
    - ETP < 50
  - 10 mois pour les opérateurs qui remplissent au moins 2 critères:
    - Bilan < 20 M euros
    - CA net < 40 M euros
    - ETP < 250
  - 5 mois pour les autres.

# RÉFORME EN PROJET

- Les nouvelles règles s'appliqueront aussi aux contrats en cours conclus avant la réforme (différent de la Belgique)
- Les pouvoirs adjudicateurs devront être prêts très rapidement (5 mois)
- Le gouvernement tente de faciliter la transition:
  - les pouvoirs adjudicateurs pourront utiliser le point d'accès de l'État aussi longtemps qu'ils n'auront pas le leur propre ;
  - deux outils gratuits seront mis à la disposition des entreprises, l'un pour générer des factures électroniques et l'autre pour les transmettre.

**Merci !**

**THEWES & REUTER**



[marchespublics@thewes-reuter.lu](mailto:marchespublics@thewes-reuter.lu)

**THEWES & REUTER**