

## Avis OAI relatif au projet de loi n°7394 modifiant la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics

Ce projet de loi vise certes uniquement à apporter de menues modifications correctives, sans prévoir une quelconque modification substantielle à la Loi MP.

L'OAI estime néanmoins que ce projet de loi pourrait toutefois être l'occasion de remédier à certaines incohérences de la Loi MP relativement aux règles d'attribution des missions de services intellectuels des professions OAI.

Nous rappelons à titre liminaire que la nouvelle législation est censée favoriser l'adoption de procédures de passation de marchés de services prévoyant des négociations, lesquelles sont les plus appropriées pour confier des missions dans le domaine de l'architecture ou de l'ingénierie.

Dans sa partie introductive (considérants 42 et 43), la Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 souligne ainsi :

*« Il est absolument nécessaire que les pouvoirs adjudicateurs disposent de plus de souplesse pour choisir une procédure de passation de marchés prévoyant des négociations (...). Les États membres devraient être en mesure de prévoir le recours à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif (...).*

*De tels efforts d'adaptation ou de conception sont particulièrement nécessaires dans le cas (...) de services intellectuels, par exemple certains services de conseil, d'architecture ou d'ingénierie. (...) Dans de tels cas, des négociations peuvent être nécessaires afin de garantir que le produit ou le service en question répond aux besoins du pouvoir adjudicateur ».*

Ainsi dans le cadre des marchés d'envergure européenne (> 144.000 € (Etat) / > 221.000 € (Commune)), il est loisible d'appliquer largement (livre II) la procédure concurrentielle avec négociation - avec publication préalable d'un avis de marché – dès lors que les services « portent notamment sur de la conception ou des solutions innovantes ». <sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> Loi MP (Livre II), Art 63 Désignation des procédures :

(1) Lorsqu'un appel à la concurrence a été publié, la passation du marché public se fait selon l'une des procédures suivantes :

1. la procédure ouverte conformément aux modalités fixées à l'article 65 ;
2. la procédure restreinte conformément aux modalités fixées à l'article 66 ;
3. la procédure concurrentielle avec négociation, selon les conditions visées au paragraphe 2 et modalités fixées à l'article 67 ;
4. le dialogue compétitif selon les conditions visées au paragraphe 2 et les modalités fixées à l'article 68 ;
5. le partenariat d'innovation selon les conditions visées au paragraphe 3 et les modalités fixées à l'article 69.

(2) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent appliquer une procédure concurrentielle avec négociation, au sens de l'article 3, paragraphe 2, point f), ou un dialogue compétitif, au sens de l'article 3, paragraphe 2, point g), dans les situations suivantes :

- a) pour les travaux, fournitures ou services remplissant un ou plusieurs des critères suivants :
  - i. les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;
  - ii. ils portent notamment sur de la conception ou des solutions innovantes ;
  - iii. 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 ;
  - iv. le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou une référence technique au sens des dispositions déterminées par voie de règlement grand-ducal.

Dans le cadre des marchés au niveau national régis par le Livre I de la Loi MP, la procédure négociée – sans publication – est applicable sous le seuil de 60.000 € (htva) (sans aucune justification)<sup>(2)</sup>, et également entre le seuil de 60.000 € et 121.210,60 €<sup>(3)</sup> hors<sup>(4)</sup> TVA<sup>(5)</sup> (sous condition de motivation<sup>(6)</sup> et sous condition d'admettre au moins 3 candidats aux négociations).

En revanche, pour les marchés dépassant le seuil (actuel) de 121.210,60 €, mais inférieurs aux seuils européens, la procédure négociée devient une procédure dérogatoire, à laquelle il ne peut être recouru qu'exceptionnellement dans les cas d'ouverture limitativement prévus à l'article 20 de la Loi MP, par exemple lorsque le marché considéré fait suite à un concours, ou lorsqu'il s'agit de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix.

Certes, il convient de préciser qu'au niveau européen, le recours à une procédure concurrentielle avec négociation (Livre II) n'est largement ouvert (pour les marchés portant sur de la conception),<sup>(7)</sup> que sous réserve d'une publication préalable d'un avis. En revanche, une telle procédure sans publication préalable d'un avis de marché, n'est admise qu'exceptionnellement, notamment lorsque le marché fait suite à un concours.

L'OAI estime néanmoins incohérente une telle situation, dans laquelle le recours à une procédure prévoyant des négociations est largement admise pour les services d'architecte ou d'ingénierie, tant pour les marchés nationaux que les marchés européens, mais à la seule exception de la tranche des marchés situés entre (hors tva) 121.210,60 € et 144.000 / 221.000 €.

Pour combler cette lacune, l'OAI considère qu'il serait opportun – dans le cadre du projet de loi 7394 - de modifier la loi et de prévoir au niveau national (Livre I) un élargissement du

<sup>(2)</sup> RGD MP, Art. 151 : « Les marchés publics de travaux, de fournitures et de services peuvent être passés soit par procédure restreinte sans publication d'avis, soit par procédure négociée, lorsque le montant total du marché n'excède pas 60 000 euros ».

<sup>(3)</sup> Source : <https://marches.public.lu/fr/procedures/seuils.html>

<sup>(4)</sup> Le montant de 121.210,60 € hors TVA = valeur actualisée pour l'année 2019 du seuil de quatorze mille euros hors TVA nombre indice 100 prévu à l'article 20(3) de la loi sur les marchés publics).

<sup>(5)</sup> Loi MP, Art. 20(3) : « Il peut être recouru soit à la procédure restreinte sans publication d'avis, soit à la procédure négociée lorsque le montant total du marché se situe entre le seuil fixé par voie de règlement grand-ducal et quatorze mille euros hors TVA, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948, adapté conformément à l'article 160, sous condition que le pouvoir adjudicateur, dans l'hypothèse d'une procédure restreinte sans publication d'avis, invite au moins trois candidats à soumissionner, et dans l'hypothèse d'une procédure négociée, admet au moins trois candidats aux négociations, à condition chaque fois qu'il y ait un nombre suffisant de candidats appropriés ».

<sup>(6)</sup> Le recours à la procédure négociée **doit être motivé** sur base d'un arrêté ministériel (marché de l'Etat), ou d'une décision du collège des bourgmestres et échevins (marché communal), ou encore de l'organe habilité à engager le pouvoir adjudicateur (marché d'un établissement public ou autre entité publique).

<sup>(7)</sup> Loi MP (Livre II), Art 63 Désignation des procédures :

(1) Lorsqu'un appel à la concurrence a été publié, la passation du marché public se fait selon l'une des procédures suivantes :

1. la procédure ouverte conformément aux modalités fixées à l'article 65 ;
2. la procédure restreinte conformément aux modalités fixées à l'article 66 ;
3. la procédure concurrentielle avec négociation, selon les conditions visées au paragraphe 2 et modalités fixées à l'article 67 ;
4. le dialogue compétitif selon les conditions visées au paragraphe 2 et les modalités fixées à l'article 68 ;
5. le partenariat d'innovation selon les conditions visées au paragraphe 3 et les modalités fixées à l'article 69.

(2) Les pouvoirs adjudicateurs peuvent appliquer une procédure concurrentielle avec négociation, au sens de l'article 3, paragraphe 2, point f), ou un dialogue compétitif, au sens de l'article 3, paragraphe 2, point g), dans les situations suivantes :

- a) pour les travaux, fournitures ou services remplissant un ou plusieurs des critères suivants :
  - i. les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;
  - ii. ils portent notamment sur de la conception ou des solutions innovantes ;
  - iii. 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 ;
  - iv. le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou une référence technique au sens des dispositions déterminées par voie de règlement grand-ducal.

recours à la procédure négociée pour les services en cause (prévoyant de la conception) situés dans cette tranche (marchés dépassant le seuil (actuel) de 121.210,60 €, mais inférieurs aux seuils européens).

\* \* \*

L'OAI est en mesure de marquer son accord sur le présent projet de loi sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

Luxembourg, le 7 mai 2019

Pour l'Ordre des Architectes et des Ingénieurs-Conseils

Jos DELL  
Président



Marc FEIDER  
Vice-Président



Pierre HURT  
Directeur

