

Version du 10.09.2024

Circulaire OAI n° 34² aux membres OAI et aux commettants relative à l'application de la loi sur les marchés publics axée sur l'attribution de missions aux membres OAI¹

Remarque préliminaire : 34² = 3^{ème} version qui remplace toutes les circulaires antérieures sur ce sujet.

« La création architecturale, la qualité des constructions, leur insertion harmonieuse dans le milieu environnant, le respect des paysages naturels et urbains, ainsi que du patrimoine collectif et privé sont d'intérêt public ».

«Créer des cadres favorables à une architecture de haute qualité afin de sous-tendre les règles en matière de marchés publics (...) qui privilégient une approche fondée sur la qualité plutôt qu'une approche fondée uniquement sur les coûts, conformément aux meilleures pratiques en matière d'architecture publique, d'architecture paysagère et de concours dans le domaine de l'aménagement du territoire ».²

Note méthodologique :

Etablie avec l'aide du conseiller juridique de l'OAI, la présente circulaire constitue un résumé des principales dispositions légales et réglementaires en matière de marchés publics axée sur l'attribution des missions de membres OAI (selon les procédures avec négociation) et ainsi des marchés de services de conception.

Il s'agit d'un outil utile, et nous l'espérons didactique, dans vos relations au quotidien avec les maîtres d'ouvrage publics. Sans avoir l'ambition de présenter toute la matière dense des marchés publics, il traite d'aspects importants pour les missions des Professions OAI.

Vos suggestions peuvent être renseignées dans le formulaire de l'espace membres du site www.oai.lu à la [rubrique « Attribution des missions »](#) => [« Recommandations OAI »](#).

Disclaimer :

Ce document constitue un outil de travail, sujet à modifications ou révisions.

Seuls les textes légaux et réglementaires en la matière, publiés au Mémorial, font foi.

Les choix des procédures de mise en concurrence ou des critères d'attribution des marchés publics visés restent du seul ressort et responsabilité des pouvoirs adjudicateurs, nonobstant les observations ou recommandations non injonctives de l'OAI formulées dans la présente Circulaire.



¹ L'OAI regroupe l'activité libérale d'architecte, d'architecte d'intérieur, d'ingénieur-conseil, d'urbaniste-aménageur et d'architecte /d'ingénieur-paysagiste.

² Cf. Conseil de l'Union européenne, 30 novembre 2021, Conclusions du Conseil sur la culture ainsi que l'architecture et l'environnement bâti de qualité en tant qu'éléments clés de l'initiative du nouveau Bauhaus européen :

<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14534-2021-INIT/fr/pdf>

Table des matières

I. LA LEGISLATION SUR LES MARCHÉS PUBLICS	4
1.1. Loi et règlement nationaux sur les marchés publics	4
1.2. Législations nationales connexes	4
1.3. Législations et réglementations européennes	5
1.4. Les pouvoirs adjudicateurs soumis à la législation sur les marchés publics	5
1.5. La notion de marchés publics	6
II. LA DETERMINATION DE LA VALEUR DU MARCHÉ ET SEUILS	7
2.1. La définition de l'objet du marché et des attentes du projet	7
2.2. Etudes préalables (le cas échéant)	7
2.3. Calcul de la valeur du marché pour les services de conception ou de maîtrise d'œuvre	8
2.4. Seuils pour les marchés d'envergure européenne	9
2.5. Seuils au sein des marchés nationaux	9
III. LES DIFFÉRENTES PROCÉDURES DE MISE EN CONCURRENCE	11
3.1. Les différentes procédures applicables	11
3.2. La procédure ouverte	12
3.3. Les procédures avec négociations	13
3.4. Observations sur la procédure de dialogue compétitif (marchés européens)	14
3.5. Observations sur la pratique des « consultations rémunérées »	15
IV. LE CHOIX DE LA PROCÉDURE DANS LE CADRE D'UN MARCHÉ NATIONAL (LIVRE I)	16
4.1. Procédure ouverte	16
4.2. Procédure négociée en cas de marché de services de faible envergure, sous le seuil de 79.000 €	16
4.3. Procédure négociée en cas de marché de services situés entre les seuils de 79.000 € et de 139.832 € (14.000 € HT *INDICE 100)	16
4.4. Procédure négociée en cas de marché (national) de services supérieurs à 139.832€ mais restants sous les seuils européens	17
4.5. La procédure restreinte	18
4.6. Autres procédures	18
V. LE CHOIX DE LA PROCÉDURE DANS LE CADRE D'UN MARCHÉ D'ENVERGURE EUROPÉENNE - (LIVRE II – Secteurs classiques)	19
5.1. Rappel des seuils d'application du Livre II	19
5.2. La procédure concurrentielle avec négociation et publication préalable	19
5.3. La procédure concurrentielle avec négociation sans publication préalable	19
VI. LE CHOIX DE LA PROCÉDURE DANS LE CADRE D'UN MARCHÉ D'ENVERGURE EUROPÉENNE - (LIVRE III – Secteurs spéciaux)	21
6.1. Rappel des seuils d'application du Livre III	21
6.2. La procédure négociée avec publication préalable	21
6.3. Procédure négociée sans mise en concurrence préalable	21
6.4. Observation sur le marché de transport	21
6.5. Observation sur le marché de l'eau	22
VII. LANCEMENT DU MARCHÉ ET PUBLICATIONS D'AVIS	23
7.1. Finalisation préalable de toutes les pièces de la soumission	23
7.2. Publication de l'avis de marché (le cas échéant)	23
7.3. Contenu de l'avis de marché européen (le cas échéant)	23

7.4.	L'importance des règles de publicité du marché	25
VIII.	CRITERES DE SELECTION DES CANDIDATS	26
8.1.	Vérification des critères d'exclusion d'office	26
8.2.	Vérification des conditions minimales de participation	26
8.3.	Critères de présélection qualitative des candidats.....	27
8.4.	Critères de présélection des candidats dans le cadre d'une procédure négociée de niveau national (LIVRE I de la Loi MP)	28
8.5.	Critères de présélection des candidats dans le cadre d'une procédure concurrentielle avec négociation de niveau européen (LIVRE II de la Loi MP).....	29
8.6.	Observation finale sur l'importance de critères proportionnés et équitables	29
8.7.	Le document unique de marché européen (DUME)	30
IX.	CRITERES DE SELECTION DES SOUMISSIONNAIRES / OFFRES - OBSERVATIONS GENERALES.....	32
9.1.	Rappel de la distinction entre sélection des candidats et sélection des soumissionnaires.....	32
9.2.	L'importance de critères qualitatifs en matière de maîtrise d'œuvre	32
9.3.	Observation sur le critère du prix.....	33
9.4.	Observation sur les offres anormalement basses	34
X.	NÉGOCIATION DES OFFRES ET ENGAGEMENTS DU MAÎTRE D'ŒUVRE.....	35
10.1.	Rappel des règles concernant les négociations	35
10.2.	Cahier des charges, projet de contrat, ou autres documents formant la base contractuelle du marché.....	36
10.3.	Négociation de l'offre et engagements du Maître d'œuvre	37
10.4.	Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (considérations générales).....	37
10.5.	Critères de présélection des offres dans le cadre d'une procédure négociée de niveau national (LIVRE I de la Loi MP).....	38
10.6.	Critères de présélection des offres dans le cadre d'une procédure concurrentielle avec négociation de niveau européen (LIVRE II de la Loi MP).....	39
XI.	OBSERVATIONS DE L'OAI SUR LES SERVICES ET OUTILS PROPOSES PAR L'OAI.....	40
11.1.	Suivi des marchés publics et avis	40
11.2.	Manuel concours.....	40
11.3.	Jury et formation.....	41

Annexes

Annexe 1 : principales références légales et réglementaires	42
Annexe 2 : fiche de synthèse OAI sur la législation « marchés publics »	42
Annexe 3 (à venir) : Guide des bonnes pratiques pour attribuer un marché public de services des professions OAI selon le principe « Quality Based Selection (QBS) »	42
Annexe 4 : Observations complémentaires de l'OAI sur l'attribution de missions aux membres OAI dans le cadre des marchés publics	44
Annexe 5 : Tableau à retenir pour l'attribution de missions à des membres OAI dans le cadre d'une procédure négociée / procédure concurrentielle avec négociation	50

I. LA LEGISLATION SUR LES MARCHÉS PUBLICS

1.1. Loi et règlement nationaux sur les marchés publics

Les marchés publics sont essentiellement régis par la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics (**ci-après « la Loi MP »**) et le règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de ladite loi sur les marchés publics (**ci-après « le RGD MP »**).

La Loi MP est composée de trois livres afférents aux règles de dévolution des marchés publics, dont les dispositions définissent les procédures applicables, selon qu'il s'agit :

- d'un marché national (**Livre I**)³,
- d'un marché d'envergure européenne des secteurs classiques⁴ (**Livre II**),
- ou relevant des secteurs spéciaux (eau, énergie, transports et services postaux) (**Livre III**).

A noter également le **Livre IV** (Gouvernance) et le **Livre V** (Dispositions communes et finales).

1.2. Législations nationales connexes

Sans être exhaustif, il convient également de rappeler les lois et règlement suivants :

- la loi modifiée du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics (applicable aux marchés européens (Livre II et Livre III) ;⁵
- la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance ;⁶
- le règlement grand-ducal du 10 juillet 2011 fixant les règles relatives au déroulement des concours d'aménagement du territoire, d'urbanisme, d'architecture et d'ingénierie ;⁷

Il est important de distinguer un marché public classique de conception par rapport à un concours ayant une finalité et un objet différents, et qui se trouve régi par les dispositions spécifiques du règlement grand-ducal du 10 juillet 2011 précité, dont notamment la règle de l'anonymat et l'exigence d'un jury indépendant du pouvoir adjudicateur, outre l'indemnisation des prestations intellectuelles et matérielles des participants.

Il est rappelé également que le maître d'ouvrage public reste libre de donner suite ou non à un concours⁸. A l'inverse, pour un marché public, « il est obligatoirement procédé à l'attribution du marché s'il a été reçu au moins une soumission répondant aux conditions du cahier des charges », sans préjudice des causes d'annulation du marché limitativement prévues.⁹

³ A noter toutefois que le **Livre I** comporte des dispositions générales applicables à tout marché public, sauf s'il y a lieu pour le marché considéré à application de dispositions spécifiques y dérogeant relevant des Livres II ou III. Ainsi comme souligné par le Conseil d'Etat dans son avis du 23.05.2017 (doc. dossier parl. 6982, doc CE 51.628) : « Le Livre Ier a deux fonctions. En premier lieu, il énonce les règles générales applicables à tous les marchés publics, soumis ou non au champ d'application de la directive. En deuxième lieu, il énonce les règles spécifiques aux marchés dits « nationaux » donc non soumis au champ d'application de la directive ».

⁴ Marchés publics dits « classiques » par opposition aux marchés des secteurs spéciaux dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

⁵ <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2010/11/10/n1/jo>

⁶ <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/1991/07/23/n1/jo>

⁷ <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/rgd/2011/07/10/n9/jo>

⁸ Voir **RGD précité du 10 juillet 2011, article 39** : « (1) Quel que soit le résultat du concours, le pouvoir adjudicateur reste toujours libre, pour quelque motif que ce soit, soit de réaliser le projet qui a fait l'objet d'un concours, soit d'abandonner le projet en question, soit de reporter sa réalisation dans le temps.

⁹ Voir **Loi MP, article 39** sous « section III - Renonciation à la passation d'un marché et annulation.

1.3. Législations et réglementations 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 ;
- Règlement d'exécution (UE) 2022/2303 de la Commission du 24 novembre 2022 modifiant le règlement d'exécution (UE) 2019/1780 établissant les formulaires types pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics.

1.4. Les pouvoirs adjudicateurs soumis à la législation sur les marchés publics

Abstraction faite des marchés particuliers exclus¹⁰, la législation sur les marchés publics trouve application pour :

- 1) Les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs de droit public classiques, tels que **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 ;
- 2) Plus largement (et indépendamment du statut de droit public ou de droit privé), les marchés passés par un « **organisme de droit public** », se définissant comme « tout organisme présentant toutes les trois 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
 - (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 ».
- 3) Les marchés subventionnés visés dans la Loi MP, dont les marchés de services liés à des marchés de travaux, subventionnés directement à plus de 50 pour cent par des pouvoirs adjudicateurs.¹¹

¹⁰ Loi MP Chapitre IV Exclusions.

¹¹ **Loi MP, Art. 57 - b)** : « Le présent Livre [Livre II] s'applique à la passation de « marchés de services **subventionnés directement à plus de 50 pour cent par des pouvoirs adjudicateurs**, dont la valeur estimée, hors TVA, est égale ou supérieure à la valeur prévue à l'article 13 de cette directive [Directive 2014/24/UE], et qui sont liés à un marché de travaux visé au point a).

a) de marchés de travaux subventionnés directement à plus de 50 pour cent par des pouvoirs adjudicateurs, dont la valeur estimée, hors TVA, est égale ou supérieure à la valeur prévue à l'article 13 de la directive 2014/24/UE du Parlement et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE et qui concernent l'une des activités suivantes :

i. des activités de **génie civil** figurant sur la liste de l'annexe II ;
ii. des travaux de **construction** relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires et aux bâtiments à usage administratif ;

b) de **marchés de services** subventionnés directement à plus de 50 pour cent par des pouvoirs adjudicateurs, dont la valeur estimée, hors TVA, est égale ou supérieure à la valeur prévue à l'article 13 de cette directive, et qui sont liés à un marché de travaux visé au point a).
Les pouvoirs adjudicateurs qui fournissent les subventions visées à l'alinéa 1er, points a) et b), veillent au respect des dispositions du présent Livre lorsqu'ils n'attribuent pas eux-mêmes les marchés subventionnés. Ils sont tenus de respecter le présent Livre lorsqu'ils passent eux-mêmes ces marchés au nom et pour le compte d'autres entités. Les valeurs prévues à l'alinéa 1er sont modifiées conformément à l'article 52 »

Le premier critère de définition de « l'organisme de droit public » peut susciter des difficultés d'interprétation quant à la notion de « besoins d'intérêt général ayant un caractère *autre qu'industriel ou commercial* ». ¹²

A titre exemplatif, par un arrêt du 16 avril 2013 (31896C), la Cour administrative a confirmé un jugement antérieur du tribunal administratif ayant considéré la SNHBM (société anonyme, contrôlée par les pouvoirs publics) comme un « organisme de droit public » au sens de la législation sur les marchés publics.

A noter également que l'ancienne exemption à la soumission du Fonds du Logement aux dispositions du Livre I n'a pas été reprise dans la nouvelle Loi MP.

1.5. La notion de marchés publics

Les « marchés publics » désignent des « 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 ».

Comme souligné par la jurisprudence, il découle de cette définition qu'un marché public de services :

« comporte une contrepartie qui est payée directement par le pouvoir adjudicateur au prestataire de services. Le caractère onéreux du contrat se réfère ainsi à la contre-prestation à laquelle procède l'autorité publique en raison de la réalisation des services qui font l'objet du contrat.

Par contrat à titre onéreux on entend tout contrat dans lequel le fournisseur reçoit une rémunération pour l'exercice d'une activité donnée qu'il peut exécuter soit pour le pouvoir adjudicateur, soit pour des tiers et pour lequel des avantages de cette activité reviennent au pouvoir adjudicateur ou aux tiers concernés (cf. M.-A. Flamme, Commentaire pratique, 6^e éd., tome 1A, p. 125). ¹³

Sites Internet utiles :

<https://pmp.lu>



<https://travaux.public.lu/>



<https://www.oai.lu/fr/153/accueil/pour-maitres-d-ouvrage/procedure-d-attribution/>



<http://www.crti-b.lu>



¹² Tribunal Administratif, n° 33459 du rôle, 01/12/2014. « En effet, les deux adjectifs « industriel ou commercial » s'appliquent aux besoins et non à l'organisme. Il en résulte, notamment, qu'un organisme qui serait en droit national une personne morale de droit privé n'échappe pas de ce fait à sa qualification comme « organisme de droit public » : ce n'est pas l'activité qui est qualifiée mais le besoin ; il s'ensuit logiquement qu'une activité industrielle ou commerciale peut pourvoir à des besoins qui ne le sont pas ». (...). Or, la gestion et l'exploitation de réseaux de transmission et de distribution de l'eau et d'énergie telles que l'électricité, le gaz, la chaleur, la vapeur, peut être considérée comme desservant un besoin relevant de l'intérêt général ».

¹³ Tribunal administratif Numéro, n°24553 du rôle, du 25 février 2010.

II. LA DETERMINATION DE LA VALEUR DU MARCHÉ ET SEUILS

2.1. La définition de l'objet du marché et des attentes du projet

La détermination de la valeur du marché de maîtrise d'œuvre implique bien entendu au préalable une définition du programme et de l'ouvrage projeté. Les honoraires du concepteur seront à évaluer en considération de tous les éléments pertinents (missions et prestations attendues, catégorie de complexité de l'ouvrage, durée prévisible des travaux pour la mission direction, etc...).

L'élaboration du programme nécessite un travail d'investigation (constats, collecte de données, diagnostic, etc.) et une réflexion prospective pour expliciter les objectifs de l'opération projetée. Un programme comporte au moins :

- les données et les contraintes du site, des existants, des réglementations, des servitudes, etc.,
- les attentes d'ordre culturel, social, urbanistique, esthétique, technique et environnemental,
- les besoins quantifiés (inventaire et typologie des espaces, équipements, performances, etc.),
- les besoins en termes de fonctionnalité (relations et liaisons hiérarchisées, ergonomie, etc.) et de confort (hygiène, ambiance, air, lumière, bruit),
- les exigences concernant les délais et phasages de l'opération, coûts d'investissement, dépenses d'exploitation et d'entretien (voire de déconstruction),
- la part de l'enveloppe financière affectée aux travaux.

2.2. Etudes préalables (le cas échéant)

Pour les marchés complexes, le pouvoir adjudicateur peut procéder à des « consultations préalables du marché ». Ainsi, selon l'article 26 de la Loi MP :

« Art. 26 (1) Avant d'entamer une procédure de passation de marché, les pouvoirs adjudicateurs peuvent réaliser des consultations du marché en vue de préparer la passation de marché et d'informer les opérateurs économiques de leurs projets et de leurs exigences en la matière... ».

Il est observé que selon le contrat-type Architecte de l'Administration des Bâtiments Publics (ABP) « l'étude préalable est une mission particulière qui fait toujours l'objet d'un contrat séparé »¹⁴.

Les études préalables peuvent également être utiles en matière de **rénovation de bâtiments**. Les études de diagnostic permettent de renseigner le maître de l'ouvrage sur l'état du bâtiment et sur la faisabilité de l'opération et fournit des préconisations pour la réhabilitation.

On peut concevoir un marché incluant la mission de diagnostic préalable combinée à la mission architecturale subséquente de réhabilitation du bâtiment. La mission architecturale peut être envisagée aussi comme une mission additionnelle éventuelle¹⁵. Le cas échéant, une telle option (possibilité d'une extension de la mission) devra être considérée lors de l'évaluation de la valeur du marché de maîtrise d'œuvre (voir sous 2.3).

¹⁴ Voir **contrat-type Architecte de l'ABP**, article 3.2.1 études préalables : « l'étude préalable est une mission particulière qui fait toujours l'objet d'un contrat séparé. Il est précisé que l'architecte qui a été chargé de l'étude préalable ne dispose d'aucun droit acquis à se voir confier la conception et l'exécution du projet en question. En effet, le maître de l'ouvrage est libre de confier la mission de base du projet à un autre architecte sélectionné par voie de procédure négociée, le cas échéant avec publication préalable, soit sur base de dossiers de référence, soit précédée d'un concours, soit précédée d'une consultation rémunérée ».

¹⁵ Voir exemple (français) : <https://centraledesmarches.com/marches-publics/Ville-de-Sixt-Fer-a-Cheval-Mission-de-diagnostic-eventuellement-suivie-d-une-mission-de-base-en-rehabilitation-pour-l-ancien-presbytere/4429046>

A l'inverse, en cas de marchés distincts, le bureau d'architecte / d'ingénieur-conseil ayant réalisé la mission de diagnostic ne pourra soumissionner (pour le marché public subséquent portant sur la mission de maîtrise d'œuvre pour la réhabilitation du bâtiment) que sous réserve du respect des dispositions de l'article 27 de la Loi MP.¹⁶

En particulier, le « pouvoir adjudicateur prend des mesures appropriées pour veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée par la participation de ce candidat ou soumissionnaire. Ces mesures consistent notamment à communiquer aux autres candidats et soumissionnaires des informations utiles échangées... ».

2.3. Calcul de la valeur du marché pour les services de conception ou de maîtrise d'œuvre

Pour l'attribution des prestations intellectuelles d'architecte et d'ingénieur-conseil (ou autres "Professions OAI"), le calcul du montant du marché se détermine selon le montant des honoraires¹⁷ hors TVA par prestataire de services (opérateur économique).

La Loi MP prévoit que la valeur estimée des marchés impliquant la conception est ainsi calculée sur la base suivante : les honoraires à payer et les autres modes de rémunération et précise que « 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 ».

Enfin, 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 marché¹⁸.

- ⇒ **Éléments à considérer pour l'estimation de la valeur du marché de maîtrise d'œuvre :**
- honoraire (ou autre rémunération)
 - commissions
 - primes
 - options / reconductions éventuelles.

Loi MP : art. 12 (5) k) Estimation de la valeur du marché

« Pour les marchés publics de services, la valeur estimée du marché est, selon le cas, calculée sur la base suivante : (...) marchés impliquant la conception : les honoraires, les commissions à payer et les autres modes de rémunération ».

¹⁶ Loi MP, art 27 - Participation préalable de candidats ou de soumissionnaires.

« Lorsqu'un candidat ou soumissionnaire, ou une entreprise liée à un candidat ou à un soumissionnaire, a donné son avis au pouvoir adjudicateur, que ce soit ou non dans le cadre de l'article 26, paragraphes 1er et 2, ou a participé d'une autre façon à la préparation de la procédure de passation de marché, le pouvoir adjudicateur prend des mesures appropriées pour veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée par la participation de ce candidat ou soumissionnaire. Ces mesures consistent notamment à communiquer aux autres candidats et soumissionnaires des informations utiles échangées dans le contexte de la participation du candidat ou soumissionnaire susmentionné à la préparation de la procédure, ou résultant de cette participation et à fixer des délais adéquats pour la réception des offres. Le candidat ou soumissionnaire concerné n'est exclu de la procédure que s'il n'existe pas d'autre moyen d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement. Avant qu'une telle exclusion ne soit prononcée, les candidats ou soumissionnaires se voient accorder la possibilité de prouver que leur participation à la préparation de la procédure n'est pas susceptible de fausser la concurrence. Pour les marchés qui relèvent du champ d'application du Livre II, les mesures prises sont consignées dans le rapport individuel sur les procédures d'attribution de marchés, déterminé par voie de règlement grand-ducal.

¹⁷ Loi MP Art. 12 (5) k) « Pour les marchés publics de services, la valeur estimée du marché est, selon le cas, calculée sur la base suivante : (...) marchés impliquant la conception : les honoraires, les commissions à payer et les autres modes de rémunération ».

¹⁸ Cf. Loi MP, Art. 12 (5) a).

2.4. Seuils pour les marchés d'envergure européenne

La première étape consiste à déterminer s'il s'agit d'un marché national ou européen, de sorte à identifier les dispositions de la Loi MP applicables (national = **Livre I** / Européen = **Livre II** "secteurs classiques" ou **Livre III** "secteurs spéciaux").

Les seuils applicables séparant les marchés nationaux et européens varient en fonction du type de marché (marché de travaux / de fournitures ou de services)¹⁹. Les professions OAI constituent par définition des prestations intellectuelles, en d'autres termes des **marchés de services**.

Seuils européens (des marchés publics de services)	Valeurs HT
• Marchés publics de services passés par l'Etat (« les autorités publiques centrales » ²⁰)	143.000 €
• Marchés publics de services passés par les communes / établissements publics (« les pouvoirs adjudicateurs sous-centraux »)	221.000 €
• Marchés publics de services subventionnés (Loi MP art. 57 b) (*)	221.000 €
(*) Le seuil de 221.000 € s'applique également pour des marchés de services subventionnés directement à plus de 50 % par des pouvoirs adjudicateurs lorsque ces marchés sont liés à un marché de travaux qui concerne les activités de <u>génie civil</u> au sens de l'annexe II ou qui porte sur des travaux de construction relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires et aux bâtiments à usage administratif.	

Pour les marchés européens, les seuils actuels (indiqués hors T.V.A.) sont fixés par le **règlement (UE) 2023/2495** de la Commission européenne du **15 novembre 2023**²¹. **Les seuils sont actualisés tous les deux ans.**

Il convient de se référer aussi au dernier²² **avis (publié au Mémorial A N°5 du 12 janvier 2024) de la Ministre de la Mobilité et des Travaux publics** renseignant sur les modifications des seuils applicables aux marchés publics (seuils actualisés au 1^{er} janvier 2024).

2.5. Seuils au sein des marchés nationaux

Au sein des marchés nationaux, les différents seuils prévus sont également à considérer, alors qu'ils ont une incidence sur le choix des procédures de mise en concurrence pouvant être appliquées.

Ainsi par exemple, le RGD MP précise (en son **article 151**) que les marchés peuvent être passés – librement par le pouvoir adjudicateur et sans autres conditions (marché de gré à gré) – soit par procédure restreinte sans publication d'avis, soit par procédure négociée (également sans publication d'avis et la négociation peut être menée avec un seul candidat), lorsque le montant total du marché n'excède pas **79.000 euros** (H.T.).

¹⁹ Les **marchés** qui ont pour objet plusieurs types d'achats (travaux, services ou fournitures) sont passés conformément aux dispositions applicables au type d'achat qui constitue l'objet principal du marché en question.

²⁰ Les « **autorités publiques centrales** » sont définies, pour chaque pays Membre de l'UE, dans l'**Annexe 1 de la Directive 2014/24** du 26 février 2014 sur les marchés publics. Pour le Luxembourg, il s'agit de tous les Ministères de l'Etat (Ministère d'Etat, Ministère des travaux publics, Ministère des Finances, etc....).

²¹ <https://eur-lex.europa.eu/eli/req/del/2023/2495/oj>

²² A la date d'établissement de la présente Circulaire.

Plus largement, le recours à la **procédure négociée** – la plus usitée en pratique pour les marchés de maîtrise d'œuvre - n'est pas possible dans tous les cas de figure, mais dépend de la valeur du marché au regard des seuils applicables (voir tableau ci-dessous et **Annexe 4 au présent Guide**).

Concernant les seuils, dans le cadre des marchés nationaux (sous les seuils européens), le **Livre I** de la Loi MP édicte des montants à indexer suivant la **valeur cent de l'indice des prix à la consommation** au 1^{er} janvier 1948²³. Certains seuils sont également fixés en euros dans le RGD MP, avec un cadrage de la Loi MP. Il faut alors procéder à une lecture combinée du RGD MP et de la Loi MP²⁴.

Enfin, il est relevé qu'un montant « indice 100 » est également fixé en tant que seuil déclenchant, dans certains cas, la saisine de la Commission des soumissions pour avis ²⁵.

Seuils au sein des marchés nationaux	Valeurs (HT)
<ul style="list-style-type: none"> Marchés publics pouvant être conclu « de gré à gré » <p>Sous le seuil de 79.000 € hors TVA prévu à l'article 151 du RGD MP, il peut être recouru à la procédure négociée (ou à la procédure restreinte sans publication d'avis) sans aucune autre justification.</p>	< 79.000 €
<ul style="list-style-type: none"> Marchés publics permettant une procédure négociée sous conditions²⁶ <p>Entre le seuil de 79.000 € et 139.832 € hors TVA (valeur actualisée pour l'année 2023 de 14.000 € hors TVA nombre indice 100 prévu à l'article 20(3) de la Loi MP), il peut être recouru à la procédure négociée (ou restreinte sans publication d'avis) si au moins trois candidats sont invités à soumissionner (s'il y a un nombre suffisant de candidats appropriés).</p>	> 79.000 € < 139.832 € * * valeur actualisée de 14.000 € HT INDICE 100²⁷
<ul style="list-style-type: none"> Marchés publics permettant exceptionnellement une procédure négociée <p>Pour le seuil supérieur à 139.832 € (mais inférieurs aux seuils européens), le recours au marché négocié n'est autorisé qu'exceptionnellement, par exemple lorsque le marché considéré fait suite à un concours.</p>	> 139.832 € * < aux seuils européens

²³ A titre d'exemple, l'article 20 (3) de la Loi MP précise qu'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 ».

²⁴ A titre d'exemple, l'article 20(1) sous a) de la Loi MP précise qu'il peut être recouru à la procédure restreinte sans publication d'avis et à la procédure négociée « lorsque le montant total du marché à conclure n'excède pas une somme à déterminer par règlement grand-ducal ; cette somme peut varier selon les différents corps de métier en présence, mais sans qu'elle ne puisse dépasser 8 000 euros hors TVA, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948, adapté conformément à l'article 160 ».

²⁵ Loi MP, art. 159. Commission des soumissions. (...) 3) Si un pouvoir adjudicateur se propose de recourir, pour un marché estimé, hors TVA, à plus de 50 000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948, adapté conformément à l'article 160, à une procédure restreinte sans publication d'avis ou à une procédure négociée sans publication préalable, il doit au préalable solliciter l'avis de la Commission des soumissions.

²⁶ Source : Portail des Marchés Publics : <https://marches.public.lu/fr/procdures/seuils/faible-envergure.html>

²⁷ Valeur actualisée à la date d'établissement de la présente note.

III. LES DIFFÉRENTES PROCÉDURES DE MISE EN CONCURRENCE

3.1. Les différentes procédures applicables

La Loi MP prévoit les « procédures normales », dont en particulier les « procédures ouvertes », d'une part, et « les procédures d'exception » auxquelles le recours n'est possible que dans les cas limitativement prévus par la loi, d'autre part.

L'objectif de la présente note n'est nullement de détailler les différentes procédures existantes, dont notamment (et sans être exhaustif) :

- a) la **procédure ouverte** (impliquant par définition une publication d'avis) ;²⁸
- b) la **procédure restreinte avec** publication d'avis²⁹ (pour services : marché européen uniquement) ;³⁰
- c) la **procédure restreinte sans** publication d'avis (marché national uniquement) ;³¹
- d) le **dialogue compétitif** (marché européen uniquement) ;³²
- e) le **concours** ;³³
- f) le **partenariat d'innovation** (marché européen uniquement) ;³⁴
- g) la **procédure négociée** (marché national (sous les seuils européens) en principe sans publication d'avis) ;³⁵
- h) la **procédure concurrentielle avec négociation** (marché européen uniquement, en principe avec publication d'un avis de mise en concurrence) ;³⁶

Il convient de relever qu'il existe pour les marchés européens davantage de procédures de mise en concurrence³⁷, dont certaines ne sont donc pas applicables aux marchés nationaux.³⁸

²⁸ Les « **procédures ouvertes** » sont, au sens des Livres Ier et II, les procédures dans lesquelles tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre en réponse à un appel à concurrence.

²⁹ **Loi MP, Art. 19** : il ressort *in fine* de cette disposition qu'au niveau national, la procédure restreinte avec publication d'avis est uniquement prévue pour des marchés de travaux (à l'exclusion des services ou fournitures).

³⁰ Les « **procédures restreintes** » (avec publication) sont, au sens du **Livre II**, les procédures auxquelles tout opérateur économique peut demander à participer et dans lesquelles seuls les opérateurs économiques invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre.

³¹ Les « **procédures restreintes sans publication d'avis** » sont, au sens du **Livre Ier**, les procédures dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs s'adressent à un nombre limité d'entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de leur choix pour présenter une offre.

³² Le « **dialogue compétitif** » est une procédure à laquelle tout opérateur économique peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur base de laquelle ou desquelles les candidats sélectionnés seront invités à remettre une offre.

³³ Les « **concours** », sont, au sens du **Livre II**, les procédures qui permettent au pouvoir adjudicateur d'acquérir, principalement dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement de données, un plan ou un projet qui est choisi par un jury après mise en concurrence avec ou sans attribution de primes. A noter que la Loi MP contient des règles régissant les concours dans le **livre II** et le **Livre III**, Le **Livre I** ne comporte aucune disposition relative aux concours.

³⁴ Le « **partenariat d'innovation** » est la procédure qui vise au développement d'un produit, d'un service ou de travaux innovants - pour un besoin qui ne peut être satisfait par l'acquisition de produits, de services ou de travaux déjà disponibles sur le marché et à l'acquisition ultérieure des fournitures, services ou travaux en résultant, à condition qu'ils correspondent aux niveaux de performance et aux coûts maximum convenus entre les pouvoirs adjudicateurs et les participants. Dans un partenariat d'innovation tout opérateur économique peut soumettre une demande de participation en réponse à un avis de marché publié (...), en fournissant les informations aux fins de la sélection qualitative qui sont réclamées par le pouvoir adjudicateur. Seuls les opérateurs économiques ayant reçu une invitation du pouvoir adjudicateur à la suite de l'évaluation des informations fournies peuvent participer à la procédure.

³⁵ Les « **procédures négociées** » au sens du **livre I** (sans publication préalable) se définissent comme les procédures dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

³⁶ La « **procédure concurrentielle avec négociation** » est une procédure à laquelle tout opérateur économique peut demander à participer et dans laquelle seuls les opérateurs économiques invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre initiale qui sera susceptible de faire l'objet de négociations, en vue de l'amélioration de son contenu.

³⁷ **Loi MP, Art 63 (Désignation des procédures dans le cadre du Livre II).**

« (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 ».

³⁸ **Loi MP, Art 17 Désignation des procédures applicables dans le cadre du Livre Ier.**

« Les procédures applicables aux marchés publics dont la valeur se situe sous les seuils visés à l'article 52 sont :

- a) la procédure ouverte,
- b) la procédure restreinte, avec ou sans publication d'avis, et
- c) la procédure négociée ».

La présente note ne traitera pas de certains modes et techniques de passation des marchés publics particuliers, dont notamment « l'accord cadre » défini à l'article 4 de la Loi MP.

Procédures - Livre I (marchés nationaux)	Livre II ou Livre III (marchés européens)
a) procédure ouverte b) procédure restreinte c) procédure négociée	a) procédure ouverte b) procédure restreinte c) la procédure concurrentielle avec négociation (avec publication d'avis) d) la procédure négociée (sans publication d'avis) e) le dialogue compétitif f) le partenariat d'innovation.

3.2. La procédure ouverte

La procédure ouverte est bien entendu toujours possible. Les procédures ouvertes sont « les procédures dans lesquelles tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre ».

En pratique, la procédure ouverte est peu utilisée pour les marchés d'architecture voire d'ingénierie, dans la mesure où elle se déroule en une seule phase au lieu de deux (les concurrents introduisent une offre sans qu'une sélection des candidats soit organisée préalablement dans une phase procédurale autonome).

La procédure ouverte implique donc systématiquement la préparation d'une offre, qui peut demander beaucoup de travail aux bureaux de maîtrise d'œuvre, alors que les chances d'obtenir l'adjudication du marché sont plus réduites (en l'absence de phase de présélection qualitative des candidats admis à présenter une offre). Surtout, elle ne permet pas d'établir un dialogue, crucial pour un marché de conception complexe.

Dans le Guide Pratique des marchés d'architecture, élaboré par la Cellule architecture de la Fédération Wallonie-Bruxelles, il est noté que :

« Les procédures en un temps (procédure ouverte, procédure négociée directe) ouvrent à un nombre illimité de soumissionnaires, ne permettant pas un dédommagement juste et équitable des offres : demander l'élaboration d'une pré-esquisse en devient déraisonnable. Il s'agira alors de limiter l'offre à des intentions ou idées, ce qui est déconseillé lorsque les enjeux urbanistiques, spatiaux et/ou techniques d'un projet sont importants ». ³⁹

En cas d'utilisation de cette procédure, les pouvoirs adjudicateurs veilleront – tout comme pour les autres procédures mais tout particulièrement - à éviter de demander aux soumissionnaires, au stade de la mise en concurrence, des prestations impliquant des frais d'études et de préparations des offres excessifs.

Quant aux avantages attendus d'une procédure ouverte, il faut se garder d'un amalgame avec un **concours** (qui peut être ouvert ou restreint). En procédure ouverte, un concours accroît l'égalité des chances, y compris pour des bureaux débutants pouvant se distinguer par la remise d'un projet (et pouvant être encouragés à participer par l'attribution de primes).

Quant à l'objectif d'accroître la concurrence, il a surtout partie liée avec les **conditions minimales de participation** (chiffre d'affaires minimum, effectif minimal, expérience, etc...) qui doivent être proportionnées aux marchés et non avoir un effet trop restrictif.

³⁹ <http://marchesdarchitecture.be/>

3.3. Les procédures avec négociations

A titre liminaire, il faut noter que selon la Loi MP, il faut employer les termes (se rapportant, au-delà de la différence terminologique, à des procédures distinctes à ne pas confondre) :

- au niveau national (sous les seuils européen, Livre I), de « **procédure négociée** » (en principe sans publication d'avis) ;
- au niveau européen (marchés tombant sous les Livres II ou III), soit de « **procédure concurrentielle avec négociation** » (impliquant la publication d'un avis)⁴⁰, soit de « **procédure négociée sans publication préalable** » (admise très restrictivement).

En pratique, les procédures de passation de marchés de services prévoyant des négociations, sont (aux côtés des concours) les plus utilisées par les pouvoirs adjudicateurs pour confier des missions à des membres OAI dans le cadre des marchés publics⁴¹.

L'avantage d'une procédure prévoyant des négociations est qu'elle permet d'analyser les offres de façon interactive avec chaque candidat autorisé à participer, ce dialogue étant rigoureusement impossible en appel d'offres sur base d'une procédure ouverte ou restreinte.

Dans sa partie introductive (considérants 42 et 43), la Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 souligne l'importance la procédure concurrentielle avec publication préalable :

« 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 ».

Pour les **marchés nationaux** (de services), situés donc sous les seuils européens (à savoir **143.000 €** pour les marchés de l'Etat et **221.000 €** pour les marchés des communes)⁴², le recours à une procédure négociée est également largement admis (dans les conditions exigées).

Il y a toutefois une **exception notable** (et d'ailleurs difficilement compréhensible !) pour les seuls marchés dans la tranche supérieure à **14.000 € HT *INDICE 100** (soit actuellement **139.832 €**), mais inférieurs aux seuils européens. Dans ce cas, le marché négocié n'est autorisé qu'exceptionnellement (par exemple, lorsque le marché fait suite à un concours).

Pour les **marchés européens**, à l'inverse, le livre II admet très largement le recours à la procédure concurrentielle avec négociation (avec publication d'avis) pour les marchés de conception. Lors de l'adoption de la Directive 2014/24/UE, la Fédération Wallonie-Bruxelles notait ainsi : « la procédure négociée - appelée dorénavant procédure concurrentielle avec négociation, hier procédure d'exception, est aujourd'hui reconnue comme une procédure ordinaire, qui plus est, particulièrement conseillée pour les services incluant de la conception tels que ceux d'architecture ». ⁴³

⁴⁰ TED : <https://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do?action=cl&lqld=fr>

⁴¹ Cf. Rapport d'enquête du Conseil de la Concurrence (aujourd'hui Autorité de la Concurrence dans le secteur de la construction et des marchés publics au Grand-Duché de Luxembourg (Première partie), page 28, point « 3.2. La mise en concurrence des bureaux d'études » : « La mise en concurrence des bureaux d'études prend en règle générale les formes suivantes : - les procédures négociées en leurs différentes variantes ; - les concours ».
<https://concurrence.public.lu/fr/publications/rapports-enquetes-sectorielles/enquete-construction.html>

⁴² <https://marches.public.lu/fr/procedures/seuils/grande-envergnure.html>

⁴³ <https://cellule.archi/10-ans/actualites/2017-06/la-nouvelle-loi-simplifie-les-marches-darchitecture>

Il faut toutefois souligner que « la procédure négociée » pour un marché national s'entend sans publication d'avis, tandis qu'au contraire « la procédure concurrentielle avec négociation » pour un marché européen exige une publication d'avis (à l'inverse, un marché négocié européen sans publication d'avis n'est admis qu'exceptionnellement).

⇒ Les cas où est autorisée une procédure avec négociation sont résumés dans **l'Annexe 4** au présent Guide.

3.4. Observations sur la procédure de dialogue compétitif (marchés européens)

Le pouvoir adjudicateur peut – dans le cadre de marchés d'envergure européenne - recourir au « **dialogue compétitif** », ⁴⁴ pour les marchés particulièrement complexes, pertinent lorsque le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs conformément aux règles spécifiques concernant le cahier des charges et les documents du marché (ou n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet).

Dans les conditions prévues, il est possible de recourir au dialogue compétitif (notamment) lorsque les services « portent notamment sur de la conception ou des solutions innovantes ». ⁴⁵

Le dialogue compétitif peut intervenir dans un projet de construction atypique, avec une conception ou des solutions innovantes.

Cette procédure permet de demander des prestations en amont des études d'esquisse (études de faisabilité ou de diagnostic par exemple) qui donnent lieu au versement d'une prime.

Il s'agit d'une procédure particulière, qui nécessite que le maître d'ouvrage soit capable de garantir aux participants le respect de leurs droits, notamment le respect de la propriété intellectuelle. Cette procédure doit être réservée aux opérations complexes, pour lesquelles le maître d'ouvrage n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins.

Le considérant 42 de la Directive MP indique que le dialogue compétitif est une :

« procédure (qui) s'est révélée utile dans les cas où les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas en mesure de définir les moyens permettant de satisfaire leurs besoins ou d'évaluer les solutions que le marché peut offrir sur les plans technique, financier ou juridique. Tel peut notamment être le cas de projets innovants, de la réalisation de projets importants d'infrastructures de transport intégrées, de grands réseaux informatiques ou de projets comportant un financement complexe et structuré ».

Les prestations de planification ne peuvent être ni attribuées ni fournies sans définition préalable des tâches et des exigences. Il ne peut donc s'agir ici que de prestations visant à clarifier la faisabilité ou à développer un projet. Le dialogue compétitif, en tant que procédure d'attribution supplémentaire exceptionnelle, n'est donc pas traitée dans le présent Guide.

⁴⁴ Le « **dialogue compétitif** » est une procédure à laquelle tout opérateur économique peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur base de laquelle ou desquelles les candidats sélectionnés seront invités à remettre une offre.

⁴⁵ Cf. **art. 63 (2) de la Loi MP** : « 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 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 ».

3.5. Observations sur la pratique des « consultations rémunérées »

Par ailleurs, il convient également de noter l'importance en pratique des **consultations rémunérées** en vue de l'attribution de la mission d'architecte (ou d'ingénieur-conseil), au travers généralement (en dehors de l'hypothèse du concours) d'une **procédure négociée**.

Il est souligné qu'une consultation rémunérée n'est pas une procédure distincte (comme indiqué, elle est mise en œuvre dans le cadre d'une procédure prévue par la Loi MP, telle qu'une procédure négociée), mais à un objet spécifique et permet de solliciter des prestations de conception en amont, celles-ci étant rémunérées.

Avertissement :

Le présent Guide de l'OAI – qui se veut concis et qui n'a pas l'ambition de détailler toutes les procédures existantes - se focalise sur :

- *la **procédure ouverte** ;*
- *sur la **procédure négociée** (marché national) ;*
- *ou la **procédure concurrentielle avec négociation** (marché européen).*

Ce parti pris n'est pas à interpréter comme excluant le recours, dans les conditions prévues par la Loi MP, à d'autres procédures de mises en concurrence.

<https://www.oai.lu/fr/24/accueil/actualite-agenda/actualite/0-mode-news-id-4168/>



(émission d'une facture électronique conforme dans le cadre d'un marché public).

Réforme des marchés publics de 2018
Présentation générale
Ministre des Travaux Publics :

<https://marches.public.lu/dam-assets/fr/agent/mddi-tp-reforme-marches-publics-presentation-generale.pdf>



LE GOUVERNEMENT
DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG
Ministère du Développement durable
et des Infrastructures

IV. LE CHOIX DE LA PROCÉDURE DANS LE CADRE D'UN MARCHÉ NATIONAL (LIVRE I)

4.1. Procédure ouverte

La procédure ouverte est généralement présentée comme étant la procédure de principe, admise dans tous les cas de figures. Ainsi, comme l'explique le Portail des Marchés Publics :

les « pouvoirs adjudicateurs, en règle générale, passent leurs marchés publics de travaux, de fournitures et de services par procédure ouverte. Ils ne peuvent déroger à la règle générale que dans les cas énumérés en recourant à la procédure restreinte avec publication d'avis et ou en recourant, soit à la procédure restreinte sans publication d'avis, soit à la procédure négociée ». ⁴⁶

Pour les marchés de conception, le recours à des procédures avec négociation est toutefois largement admis, eu égard aux caractéristiques propres de ce type de marché, avec certaines restrictions pour les marchés nationaux.

4.2. Procédure négociée en cas de marché de services de faible envergure, sous le seuil de 79.000 €

Pour les marchés en-dessous du seuil de 79.000 € (hors TVA), il peut être recouru à la **procédure négociée (sans publication d'avis)**⁴⁷ sans aucune autre justification.⁴⁸

La Loi MP précise ainsi que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de motiver le recours à une telle procédure négociée (dite anciennement marché de gré à gré). Pour un marché de l'Etat, un arrêté en ce sens du « Ministre du ressort » n'est donc pas requis. Pour un marché communal, une motivation (moyennant une décision du collège des bourgmestre et échevins) n'est pas davantage requise.⁴⁹

4.3. Procédure négociée en cas de marché de services situés entre les seuils de 79.000 € et de 139.832 €⁵⁰ (14.000 € HT *INDICE 100)

Entre le seuil de 79.000 € et (actuellement) 139.832 € hors TVA (valeur actualisée pour l'année 2024), il peut être recouru à la **procédure négociée** sous les deux conditions cumulatives suivantes :⁵¹

⁴⁶ <https://marches.public.lu/fr/procedures/types-procedures/normales.html>

⁴⁷ **Loi MP, Art. 20(1) – a)** : « Il peut être recouru soit à la procédure restreinte sans publication d'avis, soit à la **procédure négociée** dans les cas suivants : a) lorsque le montant total du marché à conclure n'excède pas une somme à déterminer par règlement grand-ducal ; cette somme peut varier selon les différents corps de métier en présence, mais sans qu'elle ne puisse dépasser 8 000 euros hors TVA, valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948, adapté conformément à l'article 160 ».

⁴⁸ **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** ».

⁴⁹ **Loi MP, Art. 21** : « **Sauf dans le cas visé à l'article 20, paragraphe 1er, point a)**, le recours à la procédure restreinte sans publication d'avis, à la procédure concurrentielle avec négociation ou à la procédure négociée sans publication préalable est **motivé**

- pour les pouvoirs adjudicateurs relevant des organes, administrations et services de l'État, par un arrêté du ministre du ressort,
- pour les pouvoirs adjudicateurs relevant des communes, par une décision du collège des bourgmestre et échevins,
- pour les autres pouvoirs adjudicateurs, par une décision de l'organe habilité à engager lesdits pouvoirs adjudicateurs ».

⁵⁰ Source : <https://marches.public.lu/fr/procedures/seuils/faible-envergure.html>

⁵¹ **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** ».

- (1) 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).
- (2) La procédure négociée doit permettre une véritable mise en concurrence : ainsi le pouvoir adjudicateur « admet au moins **trois candidats aux négociations**, à condition chaque fois qu'il y ait un nombre suffisant de candidats appropriés ».

4.4. Procédure négociée en cas de marché (national) de services supérieurs à 139.832€⁵² mais restants sous les seuils européens

Pour les marchés de services dépassant le seuil (actuel) de 139.832 € (**14.000 € HT *INDICE 100**), mais inférieurs aux seuils européens (à savoir 143.000 € (marché de l'Etat) ou 221.000 € (marché des communes et des établissements publics)), il ne peut être recouru à la **procédure négociée** (sans publication préalable) que dans les cas prévus par la Loi MP (cf. **art. 20** de la Loi MP, étant noté que cet article est d'interprétation stricte), à savoir notamment :

- a) lorsque le marché considéré **fait suite à un concours** dont les règles sont instituées par voie de règlement grand-ducal (cf. sous 9.), et qu'il est, en vertu des règles prévues dans le cadre du concours, attribué au lauréat ou à un des lauréats de ce concours ; dans ce dernier cas, tous les lauréats du concours sont invités à participer aux négociations ;
- b) dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, fournitures et services dont la nature ou les **aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix**.⁵³

Dans tous les cas, 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).

Il y a lieu de relever que la jurisprudence interprète restrictivement l'exception relative aux « aléas (qui) ne permettent pas une **fixation préalable et globale des prix** ».

Cette dérogation vise vraisemblablement des situations où, non seulement l'acheteur public, mais plus encore les candidats, ne sont pas en mesure de déterminer un prix fixe global pour les prestations faisant l'objet du marché. Il s'agit ainsi d'éviter que les candidats intègrent dans leur chiffrage des éléments non prévisibles (provision excessive sur le prix). L'idée justifiant la dérogation est que, sans négociation, aucune comparaison des offres ne peut intervenir.

Cette exception devrait concerner des prestations atypiques, complexes, inédites ou devant faire l'objet, en raison de leur complexité objective, d'adaptations constantes.

On peut penser à la réalisation d'ouvrages ou d'infrastructures complexes entourée de fortes contraintes techniques ou fonctionnelles (par exemple, certaines unités de traitement de déchets ou des infrastructures de réseaux informatiques ou électriques).

⁵² Le montant de 139.832,00 € hors TVA = valeur actualisée pour l'année 2024 du seuil de quatorze mille euros hors TVA nombre indice 100 prévu à l'article 20(3) de la loi sur les marchés publics.

⁵³ Remarque sur « **l'impossibilité de fixation globale et préalable du prix** ». Dans son livre vert sur les P.P.P., la Commission européenne a adopté une approche très restrictive de cette disposition, qui ne peut viser que des « **situations exceptionnelles dans lesquelles des incertitudes pèsent a priori sur la nature ou l'étendue des travaux à effectuer** », par exemple des travaux effectués dans une zone géologiquement instable ou archéologique (voir Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, Bruxelles, 30 avril 2004, COM (2004) 327 final).

Cette dérogation prévue vise vraisemblablement des situations où, non seulement l'acheteur public, mais plus encore les candidats, ne sont pas en mesure de déterminer un prix fixe global pour les prestations faisant l'objet du marché. Il s'agit ainsi d'éviter que les candidats intègrent dans leur chiffrage des éléments non prévisibles (provision excessive sur le prix). L'idée justifiant la dérogation est que, sans négociation, aucune comparaison des offres ne peut intervenir.

4.5. La procédure restreinte

Pour la **procédure restreinte**, il est rappelé que, pour les marchés de services, **le Livre I** prévoit uniquement la procédure restreinte sans publication d'avis. Dans ce cadre, les « *pouvoirs adjudicateurs s'adressent à un nombre limité d'entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de leur choix pour présenter une offre* ».

A cet égard, la procédure restreinte se rapproche de la procédure négociée, où « *les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix* ». En revanche, il est interdit en procédure restreinte de négocier les conditions du marché.

La procédure restreinte est peu utilisée en pratique pour les marchés de conception. Elle ne présente pas l'avantage présumée de la procédure ouverte (accroître la concurrence en permettant à tout opérateur économique intéressé de présenter une offre en réponse à un appel à concurrence). Elle n'a pas davantage les vertus de la procédure négociée (permettre un dialogue et une amélioration de l'offre dans le cadre des négociations).

4.6. Autres procédures

Il est rappelé que certaines procédures lourdes et complexes ne sont prévues que pour les marchés d'envergure européenne, à savoir le **dialogue compétitif** et le **partenariat d'innovation**. Par ailleurs, le **concours** procède d'une philosophie différente et il est généralement fait recours au concours dans le cadre de marché d'envergure européenne.

LIVRE I - Possibilité de recours à la procédure négociée (marchés nationaux de services) **(* montant hors taxes)**

Seuil inférieur à 79.000 €	Seuil de 79.000 € à 14.000 € HT *INDICE 100 soit actuellement 139.832 €	Seuil supérieur à 14.000 € HT *INDICE 100 (mais inférieur aux seuils européens soit 143.000 € Etat et 221.000 € Commune)
Procédure négociée possible (marché « de gré à gré »)	Procédure négociée possible avec (en principe) un minimum de 3 candidats	Procédure négociée restrictivement admise <u>uniquement dans les cas exceptionnellement prévus</u> par la loi (par exemple, marché faisant suite à un concours).

V. LE CHOIX DE LA PROCÉDURE DANS LE CADRE D'UN MARCHÉ D'ENVERGURE EUROPÉENNE - (LIVRE II – Secteurs classiques⁵⁴)

5.1. Rappel des seuils d'application du Livre II

Les seuils européens pertinents – non indiqués directement dans la Loi MP- sont ceux prévus par l'article 4 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 (« la Directive ») et sont révisés tous les deux ans et ainsi périodiquement actualisés⁵⁵.

Les seuils actualisés au 1^{er} janvier 2024 (montants hors TVA) sont les suivants :

- a) **143.000 €** pour les marchés de l'Etat ;
- b) **221.000 €** pour les marchés des communes ou des établissements publics⁵⁶.

5.2. La procédure concurrentielle avec négociation et publication préalable

La **procédure concurrentielle avec négociation** - avec publication préalable d'un **avis de marché** - est applicable, dès lors que les services « **portent notamment sur de la conception** ou des solutions innovantes »⁵⁷. La procédure concurrentielle avec négociation est particulièrement conseillée pour les services incluant de la conception tels que ceux d'architecture.

5.3. La procédure concurrentielle avec négociation sans publication préalable

En revanche, la **procédure négociée** - sans publication préalable d'un **avis de marché** – n'est autorisée qu'exceptionnellement, notamment dans les cas suivants :

- a) le marché considéré **fait suite à un concours** (organisé conformément au Livre II) et est, en vertu des règles prévues dans le cadre du concours, attribué au lauréat ou à un des lauréats de ce concours ; dans ce dernier cas, tous les lauréats du concours sont invités à participer aux négociations⁵⁸ ;

⁵⁴ La terminologie « secteurs classiques » est employée par opposition aux « secteurs spéciaux » (Livre III - secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports, et des services postaux).

⁵⁵ Cf. Loi MP (Livre II), Art 52.

⁵⁶ Seuil de 221.000 € également pour les marchés subventionnés à plus de 50% par des pouvoirs adjudicateurs. ; Cf. <https://marches.public.lu/fr/procedures/seuils/grande-envergure.html>

⁵⁷ 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.

⁵⁸ Loi MP, Art. 64(4) (Livre II).

- b) pour de nouveaux travaux ou services consistant dans la **répétition de travaux ou de services similaires** confiés à l'opérateur économique adjudicataire du marché initial par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, à condition que ces travaux ou ces services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un marché initial.⁵⁹

En outre, selon la Loi MP (cf. article 159(3)), pour un marché de plus de 50.000 € (HTVA) (valeur indice 100, soit actuellement **499.400 € HTVA**)⁶⁰, le recours à une procédure restreinte sans publication d'avis ou à une procédure négociée sans publication préalable, requiert de solliciter **l'avis de la Commission des soumissions** ». ⁶¹

Sites Internet utiles

https://european-union.europa.eu/live-work-study/public-contracts_fr



Union
européenne

<https://marches.public.lu/fr/legislation/legislation-reglementation-europeenne.html>

 portail des
marchés publics

Espace européen de données sur les marchés publics

La Commission européenne a annoncé le 16 mars 2023 la mise en place d'un premier hub de données thématiques sur les marchés publics. Elle entend faciliter l'analyse des données de la commande publique de l'ensemble des administrations européennes

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52023XC0316%2802%29&from=EN>

Seuils applicables à partir du 1^{er} janvier 2024 aux marchés publics couverts par les Livres II et III de la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics

<https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/pa/2024/01/02/a5/jo>



LE GOUVERNEMENT
DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG
Ministère de la Mobilité
et des Travaux publics

⁵⁹ Loi MP, Art. 64(5) – b.

Art. 64(5) Il est possible de recourir à la procédure négociée sans publication préalable pour de nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires confiés à l'opérateur économique adjudicataire du marché initial par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, à condition que ces travaux ou ces services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un marché initial, passé selon une procédure conforme à l'article 63, paragraphe 1er. Le projet de base précise l'étendue des travaux ou services supplémentaires possibles, et les conditions de leur attribution. La possibilité de recourir à cette procédure est indiquée dès la mise en concurrence du premier projet et le montant total envisagé pour les travaux ou les services supplémentaires est pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour l'application de l'article 12, paragraphe 5. Il ne peut être recouru à cette procédure que pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial.

⁶⁰ Loi MP **Art 160** Adaptation des seuils : « L'adaptation des seuils dont le montant correspond à la valeur cent de l'indice des prix à la consommation au 1er janvier 1948 est effectuée au premier janvier de chaque année par rapport à la dernière valeur publiée par l'Institut national de la statistique et des études économiques ». Cf. également Portail des Marchés Publics : <https://marches.public.lu/fr/acteurs/commission.html>

⁶¹ Ainsi comme le rappelle la Commission des Soumissions, elle doit « donner son avis si un pouvoir adjudicateur se propose de recourir, pour un marché estimé, hors T.V.A., à plus de 50.000 euros, valeur cent de l'indice des prix à la consommation, à une procédure restreinte sans publication d'avis ou à une procédure négociée ». (...) pour l'année 2024 s'élève à **499.400 € HTVA** soit à 584.298,00 € TTC 17% (indice 998,80 pour le mois de décembre 2023 publié par le Statec) » (<https://marches.public.lu/fr/acteurs/commission.html>).

VI. LE CHOIX DE LA PROCÉDURE DANS LE CADRE D'UN MARCHÉ D'ENVERGURE EUROPÉENNE - (LIVRE III – Secteurs spéciaux⁶²)

6.1. Rappel des seuils d'application du Livre III

Le Livre III s'applique aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports, et des services postaux. Le seuil d'application du Livre III (marché de services) est de **431.000 € (seuil unique)**.

Dans le cadre du Livre III, à l'instar des dispositions prévues au Livre II de la Loi MP – de distinguer les procédures négociées avec ou sans publication préalable d'un avis de marché.

6.2. La procédure négociée avec publication préalable

La « **procédure négociée avec mise en concurrence préalable** »- **avec** publication préalable d'un **avis** de marché - est largement applicable.

6.3. Procédure négociée sans mise en concurrence préalable

La « **procédure négociée sans mise en concurrence préalable** »- **sans** publication préalable d'un **avis** de marché – n'est autorisée qu'exceptionnellement, notamment dans les cas suivants :

- a) lorsque le marché de services considéré **fait suite à un concours** (organisé conformément au Livre III) et est, en vertu des règles prévues dans le cadre du concours, attribué au lauréat ou à un des lauréats de ce concours ; dans ce dernier cas, tous les lauréats du concours sont invités à participer aux négociations.⁶³
- b) pour « de nouveaux travaux ou services consistant dans la **répétition de travaux ou services** similaires confiés à un entrepreneur auquel les mêmes entités adjudicatrices ont attribué un précédent marché, à condition que ces travaux ou ces services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un premier marché passé selon une des procédures autorisées ». ⁶⁴

6.4. Observation sur le marché de transport

S'agissant du marché de **transport**, il est observé que le Tribunal Administratif a retenu (cf. N° 33531 du rôle, 26 janvier 2014) l'applicabilité des dispositions du Livre III pour un marché concernant les CFL (Chemins de Fer Luxembourgeois), alors pourtant que le marché litigieux ne visait « *pas des travaux sur le réseau ferroviaire même et les infrastructures techniques y relatives* », mais au motif qu'il « *n'en reste pas moins qu'il est en rapport direct avec l'exploitation, voire la mise à disposition dudit réseau, étant donné qu'il concerne l'aménagement du siège* ».

⁶² La terminologie « secteurs classiques » est employée par opposition aux « secteurs spéciaux » (Livre III - secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports, et des services postaux).

⁶³ Loi MP, Art. 124(j) (Livre III).

⁶⁴ Loi MP, Art. 124(f) (Livre III).

« Art 124 Recours à la procédure négociée sans mise en concurrence préalable
Les entités adjudicatrices peuvent recourir à une procédure négociée sans mise en concurrence préalable dans les cas suivants :
(...) »

(f) pour de nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou services similaires confiés à un entrepreneur auquel les mêmes entités adjudicatrices ont attribué un précédent marché, à condition que ces travaux ou ces services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un premier marché passé selon une des procédures visées à l'article 123, paragraphe 1er ;
le projet de base précise l'étendue des travaux ou services supplémentaires possibles et les conditions de leur attribution.
La possibilité de recourir à cette procédure est indiquée dès la mise en concurrence du premier projet, et le montant total envisagé pour la suite des travaux ou les services supplémentaires est pris en considération par les entités adjudicatrices pour l'application des articles 98 et 99 ».

administratif des CFL dans lequel est nécessairement gérée l'exploitation, respectivement la mise à disposition dudit réseau ».

6.5. Observation sur le marché de l'eau

Concernant le marché de l'eau, il est rappelé la teneur de l'article 93 de la Loi MP :

« 1) En ce qui concerne l'eau, le présent Livre s'applique aux activités suivantes :

- a) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable ;
- b) l'alimentation de ces réseaux en eau potable.

(2) Le présent Livre s'applique également aux marchés ou concours qui sont passés ou organisés par les entités adjudicatrices exerçant une activité visée au paragraphe 1er et qui sont liés à l'une des activités suivantes :

- a) des projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage, pour autant que le volume d'eau destiné à l'alimentation en eau potable représente plus de 20 pour cent du volume total d'eau mis à disposition par ces projets ou ces installations d'irrigation ou de drainage ;
- b) l'évacuation ou le traitement des eaux usées.

(3) L'alimentation, par une entité adjudicatrice autre que les pouvoirs adjudicateurs, en eau potable des réseaux qui fournissent un service au public n'est pas considérée comme une activité visée au paragraphe 1er lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies :

a) la production d'eau potable par ladite entité adjudicatrice a lieu parce que sa consommation est nécessaire à l'exercice d'une activité autre que celles visées aux articles 91 à 94 ;

b) l'alimentation du réseau public ne dépend que de la consommation propre de ladite entité adjudicatrice et n'a pas dépassé 30 pour cent de la production totale d'eau potable de cette entité adjudicatrice calculés sur la base de la moyenne des trois dernières années, y compris l'année en cours ».

Sites Internet utiles

Aluseau :

<https://www.aluseau.lu/>



Ministère de l'Énergie et de l'Aménagement du territoire :

<https://mea.gouvernement.lu/>



Institut Luxembourgeois de Régulation (ILR)

<https://ilr.lu>



Portail Transport

<https://transports.public.lu/fr/planifier.html>



VII. LANCEMENT DU MARCHÉ ET PUBLICATIONS D'AVIS

7.1. Finalisation préalable de toutes les pièces de la soumission

Il est rappelé aux termes de l'article 43 du RGD MP « l'avis de marché n'est lancé que si toutes les pièces de la soumission visées aux articles 13 et 14 sont prêtes [cahiers des charges et bordereaux], que les autorisations requises sont disponibles et que les prestations peuvent être entamées dans un délai ne dépassant normalement pas six mois ».

Il convient en effet de souligner l'exigence d'une parfaite cohérence des mentions et conditions figurant dans l'avis de marché par rapport au cahier des charges (et également au règlement de consultation du marché).

Il est donc recommandé de lancer le marché et de publier l'avis d'appel à la concurrence uniquement après la finalisation de l'ensemble des documents pertinents du marché.

Pour cette raison, il est précisé dans le RGD MP précité que « l'avis de marché n'est lancé que si toutes les pièces de la soumission (...) sont prêtes... ».

Les dispositions relatives au contenu et modalités de publication (par voie électronique sur le portail des marchés publics et par « par voie de la presse indigène », ainsi qu'au Journal officiel de l'Union européenne si requis) de l'avis de marché sont précisées aux articles 42 et suivants du RGD MP (« Chapitre V – Avis de marché »).

7.2. Publication de l'avis de marché (le cas échéant)

Pour les **marchés nationaux** (Livre I) afférents aux services d'architectes ou d'ingénierie, la publication d'un avis est par définition requise s'il s'agit d'une procédure ouverte. En revanche, dans le cadre des procédures négociées, la publication d'un avis de marché n'est pas requise.

Pour les **marchés d'envergure européenne**, la procédure concurrentielle avec négociation implique la publication d'un avis de marché dans le Journal officiel de l'Union européenne et la publication d'un avis par voie électronique sur le Portail des Marchés publics et dans la presse indigène. L'avis de marché peut être précédé d'un avis de pré-information (cf. art. 56 du RGD MP).

Il est important de rappeler que la publication de l'avis de marché au niveau européen doit être effectuée en premier lieu, avant la publication au niveau national (cf. art 161 du RGD MP). Par ailleurs, les avis publiés au niveau national ne comporteront pas de renseignements autres que ceux contenus dans les avis envoyés à l'Office des publications de l'Union européenne.

7.3. Contenu de l'avis de marché européen (le cas échéant)

Conformément aux dispositions de l'article 175 du RGD MP (section III - Procédure concurrentielle avec négociation), il convient notamment de préciser dans l'avis de marché ⁶⁵:

⁶⁵ Certaines des informations énumérées ci-après peuvent dans certains cas figurer dans « l'invitation à confirmer l'intérêt, ou dans un autre document du marché » (plutôt que dans l'avis de marché). Il convient de se référer à l'article 175 du RGD MP.

- les **critères ou règles objectifs** et non discriminatoires applicables **pour sélectionner les candidats** admis à présenter une offre et qui seront invités à participer à la procédure⁶⁶ ;
- le **nombre minimum de candidats** qu'il est prévu d'inviter et, le cas échéant, le **nombre maximum** ;⁶⁷
- si on se « réserve la possibilité d'attribuer des marchés sur la base des offres initiales sans négociation » ;⁶⁸
- s'il sera fait usage de la possibilité de procéder à un déroulement de la procédure concurrentielle avec négociation en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier, conformément à l'article 75 de la Loi MP ⁶⁹.

S'agissant des critères de sélections des candidats à préciser dans l'avis de marché, il est important de relever la nouvelle règle (issue de la directive européenne) figurant à l'article 30 de la Loi MP (« Critères de sélection ») :

*« **Le chiffre d'affaires annuel minimal que les opérateurs économiques sont tenus de réaliser ne dépasse pas le double de la valeur estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés tels que ceux ayant trait aux risques particuliers inhérents à la nature des travaux, services ou fournitures. Pour les marchés qui relèvent du champ d'application du Livre II, le pouvoir adjudicateur indique les principales raisons justifiant une telle exigence dans les documents de marché ou dans le rapport individuel sur les procédures d'attribution de marchés, déterminé par voie de règlement grand-ducal** ».*

Il convient également de relever l'abandon de la période impérative de 3 ans de validité pour les **références à présenter dans le cadre des candidatures** pour les marchés publics de services d'architectes et d'ingénieurs. Les maîtres d'œuvre pourront donc décider (faculté) de tenir compte de références datant de plus de 3 ans, lorsque cela est indiqué pour « garantir un niveau de concurrence suffisant »⁷⁰.

❖ Résumé (non exhaustif) des mentions à faire figurer dans l'avis

1. L'objet du marché et le cas échéant sa décomposition en plusieurs lot.
2. En cas d'allotissement, préciser la possibilité de candidater pour un seul ou plusieurs lots.
3. Le nombre de candidats minimum et le cas échéant maximum.
4. Les délais de remise des candidatures.

⁶⁶ Si le pouvoir adjudicateur décide de présélectionner les candidats admis à participer à la procédure, ce qui est presque toujours le cas en pratique.

⁶⁷ Cf. **Art 74 (2) de la Loi MP** (Réduction du nombre de candidats invités à participer et qui remplissent par ailleurs les conditions requises): « Les pouvoirs adjudicateurs indiquent dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'ils prévoient d'appliquer, le nombre minimum de candidats qu'ils prévoient d'inviter et, le cas échéant, leur nombre maximum.

Dans la procédure restreinte, le nombre minimal de candidats est de cinq. Dans la procédure concurrentielle avec négociation, le dialogue compétitif et le partenariat d'innovation, le nombre minimal de candidats est de trois. En tout état de cause, le nombre de candidats invités doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle.

Les pouvoirs adjudicateurs invitent un nombre de candidats au moins égal au nombre minimal. Toutefois, lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection et aux niveaux minimaux de capacité, visés à l'article 30, paragraphe 5, est inférieur au nombre minimum, le pouvoir adjudicateur peut poursuivre la procédure en invitant les candidats ayant les capacités requises.

Dans le cadre de cette même procédure, le pouvoir adjudicateur n'inclut pas les opérateurs économiques n'ayant pas demandé à participer ou des candidats n'ayant pas les capacités requises ».

⁶⁸ Cf. **art. 67(4) de la Loi MP** (procédure concurrentielle avec négociation) : « Les pouvoirs adjudicateurs peuvent attribuer des marchés sur la base des offres initiales sans négociation, lorsqu'ils ont indiqué, dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, qu'ils se réservent la possibilité de le faire (Livre II, marchés européens).

⁶⁹ Cf. **art. 67 (6) de la Loi MP** : « La procédure concurrentielle avec négociation peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution précisés dans l'avis de marché, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou dans un autre document du marché. Le pouvoir adjudicateur indique, dans l'avis de marché, l'invitation à confirmer l'intérêt ou dans un autre document de marché, s'il fera usage de cette possibilité.

⁷⁰ Cf. **Annexe VI à la Loi MP** – Moyens de preuve du respect des critères de sélection visés à l'article 31 et à l'article 33 : « i) une liste des principales livraisons effectuées ou des principaux services fournis au cours des trois dernières années tout au plus, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les éléments de preuve relatifs à des produits ou services pertinents fournis il y a plus de trois ans seront pris en compte ».

5. Les conditions minimales de participation au marché (niveaux de capacité minimaux et exigences minimales (capacité économique / technique / professionnelle)
6. Les critères de sélection des candidats et des justificatifs correspondants
7. Les délais de réception des offres
8. Les critères de sélection des offres, c'est-à-dire d'attribution du marché et leur pondération
9. L'éventuelle réserve de la possibilité d'une adjudication sans négociation.
10. L'éventuelle mise en concurrence en phases successives et leur description.
11. En cas de visite des lieux obligatoire, l'avertissement de l'exclusion en cas de défaut de participation.

7.4. L'importance des règles de publicité du marché

L'avis d'appel public à la concurrence (lorsqu'elle est exigée) est d'une importance capitale.

En effet, l'avis d'appel à la concurrence doit préciser (notamment) les conditions minimales de participation au marché⁷¹, ainsi que les critères d'adjudication,⁷² en d'autres termes les critères de sélection des offres (ainsi que leur pondération).

Il est toutefois loisible de faire figurer ou de préciser « les niveaux de capacité minimaux » dans le cahier spécial des charges mis à disposition des candidats.⁷³ La publication des critères de sélection qualitatifs ou des critères d'attribution assure la conformité du marché aux principes d'une concurrence transparente et équitable. Toute modification (en cas d'erreur) implique une nouvelle publication de l'avis de marché.⁷⁴

Sites Internet utiles

<p>TED (Tenders Electronic Daily) est la version en ligne du «supplément au Journal officiel de l'Union européenne», consacré aux marchés publics européens.</p> <p>https://simap.ted.europa.eu/fr</p>  <p>Office des publications de l'Union européenne</p>	<p>Journal officiel de l'Union européenne</p> <p>https://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html?locale=fr</p> <p>Journal officiel de l'Union européenne</p> 
---	---

⁷¹ Cf. **Art. 30 (5) Loi MP** : « Les conditions de participation requises, qui peuvent être exprimées en tant que capacités minimales, ainsi que les moyens de preuve acceptables sont indiqués par les pouvoirs adjudicateurs dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt » (Livre II, marchés d'envergure européenne).

⁷² Cf. **Art. 28 Loi MP** (Principes généraux).

⁷³ Cf. **RGD MP, art. 45** : « Les niveaux de capacité minimaux sont précisés dans l'avis de marché, à moins que le pouvoir adjudicateur ne souhaite les faire figurer dans le cahier spécial des charges ».

⁷⁴ Cf. **RGD MP, art. 38 (2)** : « Si le pouvoir adjudicateur doit procéder en raison d'une erreur dans le dossier de soumission à une modification des critères de sélection qualitatifs ou des critères d'attribution, il doit procéder à une nouvelle publication de l'avis de marché telle que prévue à l'article 44 ».

VIII. CRITERES DE SELECTION DES CANDIDATS

8.1. Vérification des critères d'exclusion d'office

Pour tout marché et indépendamment de la procédure choisie, la Loi MP prévoit les motifs d'exclusion d'office des candidats ne répondant pas aux exigences d'honorabilité ou de conformité aux obligations sociales et fiscales, dont ceux⁷⁵ :

- définitivement condamnés au pénal pour l'une des infractions visées dans la Loi MP⁷⁶.
- condamnés ou ayant manqué à ses obligations **fiscales** (paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociales) ;
- en état de faillite ou fait l'objet d'une procédure d'**insolvabilité** ou de liquidation ;
- ayant commis une **faute professionnelle grave** remettant en cause son intégrité ;
- ayant conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de **fausser la concurrence**;
- coupables d'une **défaillance** importante ou persistante lors de l'exécution d'une obligation essentielle dans le cadre d'un marché public antérieur ;
- coupables de **fausse déclaration**, en fournissant les renseignements exigés pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ;
- ayant entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur ou d'obtenir des **informations confidentielles** susceptibles de donner un avantage indu lors de la procédure de passation de marché.

8.2. Vérification des conditions minimales de participation

Comme le précise la Loi MP⁷⁷, les conditions de participation requises :

- peuvent être exprimées en tant que « *capacités minimales* » ;
- les capacités exigées et preuves afférentes exigées, « sont indiqués par les pouvoirs adjudicateurs dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ».

En pratique, les critères de sélection sont le plus souvent exprimés en tant que capacités minimales, de sorte à voir écarter les candidats ne répondant pas aux conditions minimales exigées.

Les candidats ne remplissant pas les conditions minimales de participation, ou qui font défaut de verser dans les conditions et délais exigés les pièces requises pour le prouver, sont à écarter⁷⁸.

⁷⁵ Cf. **Art. 29 de la Loi MP** « Motifs d'exclusion de la participation à une procédure de passation de marché ».

⁷⁶ A savoir : participation à une organisation criminelle, corruption, escroquerie et à la tromperie, terrorisme, blanchiment de capitaux et au financement du terrorisme, vente illicite de substances médicamenteuses, travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains, ...).

⁷⁷ Cf. **Art. 30(5)** de la Loi MP.

⁷⁸ **Tribunal administratif** N° 41272 du rôle, 3 juillet 2019 : « Il est admis qu'en principe, le défaut constaté de remplir les conditions minimales de participation exigées par des clauses contractuelles particulières n'est pas susceptible d'être régularisé ; bien au contraire, exiger du pouvoir adjudicateur qu'il prenne l'initiative de permettre à un soumissionnaire déterminé, en-dehors du cadre strict prévu par l'article 60 du règlement grand-ducal du 3 août 2009, de rectifier son dossier en ce qui concerne le respect des conditions minima de participation, constituerait non seulement une violation du principe selon lequel les offres une fois

Cette conclusion s'impose d'autant plus si le cahier des charges prévoit expressément, sous peine d'exclusion, la remise de certains documents au moment de la remise de l'offre, le pouvoir adjudicataire étant, en effet, en pareille hypothèse tenu de respecter son propre cahier des charges et d'éliminer les offres ne répondant pas à ces conditions.⁷⁹

Ainsi, lorsqu'il fixe des **niveaux minimaux de capacités liés et proportionnés** à l'objet du marché, l'acheteur est dans l'obligation de rejeter les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux minimaux.

En effet, « admettre le contraire et autoriser que le commettant ne respecte pas les règles du jeu qu'il a lui-même fixées impliquerait une mise en cause des règles de la concurrence loyale et de l'égalité des soumissionnaires ».

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger notamment que les opérateurs économiques disposent d'un **niveau d'expérience** suffisant, démontré par des « *références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement* ». ⁸⁰

8.3. Critères de présélection qualitative des candidats (considérations générales)

L'application de critères de sélection qualitative des candidats implique une procédure en 2 étapes visant à sélectionner, dans une première phase, les meilleurs candidats qui seront admis à présenter une offre, puis à sélectionner dans une seconde phase la meilleure offre.

Par conséquent, une telle sélection des candidats n'est pas applicable dans le cadre d'une procédure ouverte qui comporte une seule étape portant directement sur les soumissions et sélection des offres.

En revanche, il est généralement procédé à une sélection préalable des candidats dans le cadre d'une **procédure négociée** (nationale), ainsi que dans le cadre d'une **procédure concurrentielle avec négociation** et publication d'avis (européenne).

La sélection des candidats se fait sur base de critères tels que le savoir-faire, la proximité, l'expérience, la fiabilité, le cas échéant, détention d'un agrément spécifique pour l'accomplissement d'études et de tâches techniques ou scientifiques.

Ces **critères doivent être justifiables et proportionnés**. Ainsi l'article 30 de la Loi MP précise que les pouvoirs adjudicateurs doivent limiter « ces conditions à celles qui sont propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose de la capacité juridique et financière ainsi que des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer. Toutes les conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché ».

En particulier, le critère du **chiffre d'affaires minimum** exigé est désormais strictement encadré, ne pouvant pas dépasser en principe le double de la valeur estimée du marché.⁸¹

Il est souligné que l'appel **de candidatures sur dossier de références** permet au maître de l'ouvrage de faire un rapide tour d'horizon parmi les architectes et ingénieurs-conseils, ou autres professions OAI, leur permettant de présenter leur travail et leurs ambitions à la lumière du projet à traiter.

déposées ne peuvent plus être modifiées, hormis les hypothèses prévues par la loi, pareil principe découlant notamment des articles 75 et 77 précités du règlement grand-ducal précité, mais encore une violation du principe d'égalité de traitement de tous les soumissionnaires, ainsi qu'une violation du principe de l'immutabilité de l'offre après l'ouverture des soumissions, principe inscrit à l'article 62, précité ».

⁷⁹ Tribunal administratif N° 41272 du rôle, 3 juillet 2019, précité.

⁸⁰ Cf. Art 30 (4) de la Loi MP.

⁸¹ Loi MP Art 30.

Selon les exigences propres de ce projet, l'accent pourra être mis, soit sur les références des candidats pour des projets du même type, soit sur les effectifs et la qualité des services qu'ils pourront mettre à disposition de leur client, soit enfin, et ce n'est pas le moindre intérêt du choix d'un concepteur indépendant, sur la qualité de leur architecture / ingénierie.

8.4. Critères de présélection des candidats dans le cadre d'une procédure négociée de niveau national (LIVRE I de la Loi MP)

La Loi MP définit les procédures négociées (Livre I) comme étant des « procédures dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux ».

Cela ne dispense évidemment pas les pouvoirs adjudicateurs de vérifier, outre l'absence de conflit d'intérêts (art. 13), l'absence de « motifs d'exclusion de la participation à une procédure de passation de marché » (voir **article 29** de la Loi MP).

Concernant les critères de sélection des candidats, aux termes de **l'article 30** de la Loi MP,

Les **critères de sélection** peuvent exclusivement avoir trait :

- a) à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle ;
- b) à la capacité économique et financière ;
- c) aux capacités techniques et professionnelles.

Il est important de rappeler que « toutes les conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché ». Les pouvoirs adjudicateurs peuvent aussi exiger :

- l'inscription sur un registre professionnel (ou à un ordre professionnel) ou sur un registre du commerce ou autres exigences le cas échéant requises pour prouver l'aptitude professionnelle ;⁸²
- un chiffre d'affaires annuel minimal, mais qui ne peut dépasser le double de la valeur estimée du marché ;⁸³
- la preuve de ressources humaines et techniques suffisantes au titre des capacités techniques et professionnelles ;
- la preuve d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement⁸⁴.

Enfin, la Loi MP précise (cf. article 30(5)) que : « Les conditions de participation requises, qui peuvent être exprimées en tant que capacités minimales, ainsi que les moyens de preuve acceptables sont indiqués par les pouvoirs adjudicateurs dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ».

Les moyens de preuve admis sont précisés à **l'article 31** de la Loi MP.

⁸² Loi MP Art 30(2)

⁸³ Loi MP Art 30(3)

« Le chiffre d'affaires annuel minimal que les opérateurs économiques sont tenus de réaliser ne dépasse pas le double de la valeur estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés tels que ceux ayant trait aux risques particuliers inhérents à la nature des travaux, services ou fournitures.

⁸⁴ Loi MP Art 30(4)

« En ce qui concerne les capacités techniques et professionnelles, les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger notamment que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement (...) ».

8.5. Critères de présélection des candidats dans le cadre d'une procédure concurrentielle avec négociation de niveau européen (LIVRE II de la Loi MP)

La Loi MP (voir article 67) définit la procédure concurrentielle avec négociation comme celle où « tout opérateur économique peut soumettre une demande de participation en réponse à un avis de mise en concurrence... », mais où « seuls les opérateurs économiques ayant reçu une invitation du pouvoir adjudicateur à la suite de l'évaluation par celui-ci des informations fournies peuvent soumettre une offre initiale, qui sert de base aux négociations ultérieures. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre » initiale qui sert de base aux négociations ultérieures.⁸⁵

Dans le cadre d'un marché d'envergure européenne (Livre II), la vérification des **motifs d'exclusions** et des conditions minimales de participation requises est effectuée au regard des mêmes dispositions que celles évoquées précédemment dans le cadre du Livre I (articles 30 et 31 de la Loi MP).⁸⁶

S'agissant des marchés européens, le critère du **chiffre d'affaires minimum** doit être expressément justifié : « le pouvoir adjudicateur indique les principales raisons justifiant une telle exigence dans les documents de marché ou dans le rapport individuel sur les procédures d'attribution de marchés, déterminé par voie de règlement grand-ducal ».

L'article 74 de la Loi MP a trait à la « possible réduction du nombre de candidats invités à participer et qui remplissent par ailleurs les conditions requises » et précise les conditions y relatives.⁸⁷

8.6. Observation finale sur l'importance de critères proportionnés et équitables

Il est relevé qu'en matière de procédures d'attribution de missions de membres OAI, il importe d'atteindre un juste équilibre entre :

- a. **Les prestataires disposant des références requises et du personnel ayant une certaine qualification et expérience ;**
- b. **Les prestataires disposant des références requises ou du personnel ayant une certaine qualification et expérience ;**

⁸⁵ **Loi MP Art 67 (1) et (2) Art 67 1)** Dans une procédure concurrentielle avec négociation, tout opérateur économique peut soumettre une demande de participation en réponse à un avis de mise en concurrence publié suivant les règles déterminées par voie de règlement grand-ducal. **La demande de participation est assortie des informations aux fins de la sélection qualitative qui sont réclamées par le pouvoir adjudicateur.** Les règles relatives au délai minimal de réception des demandes de participation sont déterminées par voie de règlement grand-ducal. Il en va de même du délai minimal de réception des offres et des règles permettant de réduire celui-ci.

(2) : « **Seuls les opérateurs économiques ayant reçu une invitation du pouvoir adjudicateur à la suite de l'évaluation par celui-ci des informations fournies peuvent soumettre une offre initiale,** qui sert de base aux négociations ultérieures. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre qui seront invités à participer à la procédure, conformément à l'article 74.

⁸⁶ **Loi MP Art 71** : « Vérification de la situation des soumissionnaires et, le cas échéant, des entités aux capacités desquelles un soumissionnaire entend avoir recours Aux fins de vérifier si les soumissionnaires, et, le cas échéant, les entités aux capacités desquelles un soumissionnaire entend avoir recours, tombent sous le coup de motifs d'exclusions visés à l'article 29 et remplissent les critères de sélection fixés en vertu de l'article 30, les pouvoirs adjudicateurs appliquent les articles 31, 72 et 73 ».

⁸⁷ **Loi MP, Art 74** : « Réduction du nombre de candidats invités à participer et qui remplissent par ailleurs les conditions requises

(1) Dans les procédures restreintes, les procédures concurrentielles avec négociation, les dialogues compétitifs et les partenariats d'innovation, les pouvoirs adjudicateurs peuvent limiter le nombre de candidats respectant les critères de sélection qu'ils inviteront à soumissionner ou à dialoguer, pour autant que le nombre minimum, fixé au paragraphe 2, de candidats qualifiés soit disponible.

(2) Les pouvoirs adjudicateurs indiquent dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'ils prévoient d'appliquer, le nombre minimum de candidats qu'ils prévoient d'inviter et, le cas échéant, leur nombre maximum.

Dans la procédure restreinte, le nombre minimal de candidats est de cinq. Dans la procédure concurrentielle avec négociation, le dialogue compétitif et le partenariat d'innovation, le nombre minimal de candidats est de trois. En tout état de cause, le nombre de candidats invités doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle.

Les pouvoirs adjudicateurs invitent un nombre de candidats au moins égal au nombre minimal. Toutefois, lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection et aux niveaux minimaux de capacité, visés à l'article 30, paragraphe 5, est inférieur au nombre minimum, le pouvoir adjudicateur peut poursuivre la procédure en invitant les candidats ayant les capacités requises.

Dans le cadre de cette même procédure, le pouvoir adjudicateur n'inclut pas les opérateurs économiques n'ayant pas demandé à participer ou des candidats n'ayant pas les capacités requises ».

c. Les prestataires ne disposant ni des références requises, ni du personnel ayant une certaine qualification et expérience.

Il faut en effet être attentif à ne pas instituer un cercle vicieux au détriment notamment des membres OAI débutant dans la profession qui ne peuvent acquérir des références, si on ne leur donne jamais la moindre chance de participer aux procédures, faute justement de références.

Par ailleurs, il importe que les conditions demandées par les pouvoirs adjudicateurs en ce qui concerne le chiffre d'affaires annuel minimum et l'effectif soient cohérentes et compatibles avec la réalité du marché luxembourgeois afin d'éviter d'exclure de facto les bureaux établis au Luxembourg.

<p>❖ Références pertinentes, même antérieures à plus de 3 ans</p> <p>Il convient de souligner l'abandon de la période impérative de 3 ans de validité pour les références à présenter dans le cadre des candidatures pour les marchés publics de services d'architectes et d'ingénieurs.</p> <p>Le pouvoir adjudicateur peut donc décider de tenir compte de références datant de plus de 3 ans.</p> <p>En effet, « le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les éléments de preuve relatifs à des produits ou services pertinents fournis il y a plus de trois ans seront pris en compte ». ⁸⁸</p> <p>Il est préconisé d'étendre la période des références à une période longue d'au moins 10 ans, bien au-delà d'une période de 3 ans. En effet, les projets de construction et leur planification ont une durée plus longue, ce qui signifie que d'éventuels projets de référence n'ont pas encore été achevés au cours des trois dernières années. Cela peut donc être un avantage tant pour le client que pour le bureau proposant l'offre.</p> <p>De même, les projets planifiés et non réalisés, les projets en cours de planification ou d'exécution, ou les succès de concours devraient être reconnus comme preuve d'aptitude professionnelle.</p>	<p>❖ Références ayant un objet similaire et non nécessairement identique</p> <p>Les références appropriées ne doivent pas être limitées à des projets ayant exactement le même objet que le projet en cause faisant l'objet du marché.</p> <p>Des exigences de planification comparables sont à prendre en compte.</p> <p>A titre exemplatif, si un projet hospitalier complexe requière une expérience spécifique, il n'en va pas nécessairement de même pour la construction d'une maison de retraite (comparable à la construction d'un bâtiment destiné au logement et où les aspects techniques sont limités).</p>
--	--

8.7. Le document unique de marché européen (DUME)

Le « document unique de marché européen » (DUME)⁸⁹, prévu à l'article 72 de la loi MP, répond à un souci de simplification administrative.

Il consiste en une déclaration sur l'honneur d'un opérateur économique, au sujet de son statut financier, de ses capacités et son aptitude pour participer à une procédure de marché public.

⁸⁸ Cf. **Annexe VI à la Loi MP** – Moyens de preuve du respect des critères de sélection visés à l'article 31 et à l'article 33 : « i) une liste des principales livraisons effectuées ou des principaux services fournis au cours des trois dernières années tout au plus, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les éléments de preuve relatifs à des produits ou services pertinents fournis il y a plus de trois ans seront pris en compte ».

⁸⁹ <https://marches.public.lu/fr/procedures/dossier-soumission/dume.html>

Par cette déclaration sur l'honneur, l'opérateur économique concerné certifie sur l'honneur qu'il (ou les entités auxquelles il a recours) ne se trouve(nt) pas dans l'une des situations qui doit ou peut entraîner son exclusion (art. 29 de la loi MP) et qu'il(s) répond(ent) aux critères de sélection établis par le pouvoir adjudicateur conformément à l'article 30 de la loi MP.

Cet instrument vaut à titre de preuve a priori en lieu et place des certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers, qui ne seront réclamés par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices qu'au soumissionnaire auquel il aura décidé d'attribuer le marché (sauf exceptions justifiées pour assurer le bon déroulement de la procédure de passation de marché).

Le DUME ne dispense pas le soumissionnaire de remettre les preuves requises, mais reporte cette obligation à un moment ultérieur. Mais seul le candidat retenu devra soumettre les certificats normalement demandés comme preuves par les acheteurs publics. Les autres pourront être invités à fournir une partie ou la totalité des documents en cas de doute.

L'objet étant que le fardeau administratif que représente, pour les participants, la charge de la preuve de l'éligibilité soit considérablement réduit, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus d'accepter les attestations DUME des candidats.

La Commission européenne met gratuitement à la disposition des acheteurs, des soumissionnaires et des autres parties intéressées un site web leur permettant de remplir le document DUME en ligne.

Liens Internet utiles

CRTI-B

<http://www.crtib.lu/fr/marches-publics-contrats-types/soumission-electronique-dume>



Portail des Marchés Publics

<https://marches.public.lu/fr/procedures/dossier-soumission/dume.html>



GUIDE D'APPLICATION
RELATIF AU

*Document unique de marché européen
(DUME)*

Objet : Guide à l'attention des pouvoirs adjudicateurs, des entités adjudicatrices et des opérateurs économiques.

eDUME — FAQ

<file:///C:/Users/domin/Downloads/GROW-2016-00244-05-00-FR-TRA-00.pdf>



IX. CRITERES DE SELECTION DES SOUMISSIONNAIRES / OFFRES - OBSERVATIONS GENERALES

9.1. Rappel de la distinction entre sélection des candidats et sélection des soumissionnaires

Il est important de souligner que les procédures de (1) sélection des candidats, puis (2) de sélection des offres, constituent deux étapes distinctes ayant des objectifs différents.

La première vise à identifier parmi les candidats ceux qui sont aptes pour le marché en question. La seconde vise à identifier parmi les offres présentées par les soumissionnaires, celle qui est la meilleure pour la prestation spécifique du marché. Comme souligné par la Commission des Soumissions dans l'exposé des critères de sélection et des critères d'attribution ⁹⁰

« Attention : au stade de la sélection des offres, aucune appréciation ne peut plus être portée sur la qualification et la capacité des soumissionnaires, ce qui veut dire que les références fournies par les soumissionnaires, par exemple pour le chiffre d'affaires ou pour des travaux, fournitures ou services similaires, ne sauraient être réutilisées à ce stade de la procédure d'évaluation et intégrées dans un critère d'attribution ».

En cas de procédure ouverte, l'attribution de la mission se fait en une seule étape, à savoir la sélection des offres non négociables

En cas de procédure avec négociation, l'attribution de la mission se fait en deux étapes successives à savoir,

- a) **la négociation des conditions du marché** qui se fait sur base de critères tels que la qualité, la méthodologie, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, l'assistance technique, le cas échéant, l'estimation des besoins en temps ... et
- b) **l'attribution proprement dite du marché** qui se fait sur base d'une offre de services établie par le prestataire et retenue lors de la négociation des conditions du marché.

9.2. L'importance de critères qualitatifs en matière de maîtrise d'œuvre

Dans un rapport d'enquête du Conseil de la Concurrence (aujourd'hui Autorité de la Concurrence) relatif au « secteur de la construction et des marchés publics au Grand-Duché de Luxembourg » (octobre 2021), il est souligné que:

« *Le Conseil propose la mise en place d'une **méthode de notation des critères qualitatifs** s'inspirant, par exemple, de la méthode développée par la CROMP⁹¹ (Conférence romande des marchés publics) ».*⁹²

⁹⁰ <https://marches.public.lu/fr/procedures/adijudication/criteres.html>

⁹¹ <https://www.vd.ch/themes/etat-droit-finances/marches-publics/guide-romand/>

⁹² « Le Conseil estime que des critères d'attribution qualitatifs et objectifs existent et prend exemple sur la CROMP qui, dans son guide, formule des recommandations quant aux critères qualitatifs qui pourraient être facilement appliqués au Luxembourg : une meilleure pondération qualité/prix via des méthodes de notation adaptées, des critères relatifs au temps d'exécution, à la formation et au développement durable. En particulier, le Conseil est d'avis qu'un critère d'attribution relatif au temps est crucial pour les marchés de génie civil au Luxembourg. Il permettrait de rassurer les pouvoirs adjudicateurs quant à la durée d'exécution des travaux et d'impliquer les entreprises dans le respect des délais ».

(...) De façon plus générale, le Conseil préconise la mise en concurrence des entreprises, que ce soit sur base de **critères d'attribution financiers ou non-financiers**. La mise en concurrence des entreprises est l'objet de tout marché public, afin que le pouvoir adjudicateur, et donc in fine le contribuable, obtienne la meilleure offre qu'une économie de marché est en mesure de produire.

La meilleure offre n'est pas forcément la moins chère. Au-delà des critères d'attribution non-financiers, la Loi dispose à l'article 35 que « **Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité** ».

Ceci signifie qu'elle laisse aux pouvoirs adjudicateurs le plein choix entre deux approches opposées :

- **fixer les détails des fournitures dans un cahier des charges exhaustif et choisir l'offre la moins chère,**
- **fixer le budget pour un projet dans sa globalité et choisir la meilleure offre que ce soit en termes de l'étendue ou de la qualité.**

Dans les deux cas, il y a mise en concurrence. Il incombe à chaque maître d'ouvrage de définir sa démarche en fonction de ses besoins ».

Le choix sur base de critères qualitatifs de l'architecte, de l'ingénieur-conseil ou autres acteurs des « Professions OAI » est essentiel, les montants investis par la collectivité pour mener à bien une opération étant sans commune mesure avec le montant du marché de maîtrise d'œuvre, qui ne représente qu'une fraction de de l'investissement et un faible pourcentage du coût global de l'opération sur la durée de vie de l'équipement. Ce coût global va énormément varier en fonction de la qualité de la maîtrise d'œuvre, de l'optimisation des solutions constructives et des choix techniques, ainsi que de l'intelligence investie dans la conception initiale.

9.3. Observation sur le critère du prix

En matière de marché de conception, une focalisation sur le **critère du prix** n'est pas pertinente⁹³, comme il est souligné par la Directive MP, qui prescrit de mettre l'accent sur la qualité des services⁹⁴.

En effet, « pour favoriser les passations de marchés publics davantage orientées vers la qualité, les États membres devraient être autorisés à interdire ou limiter, lorsqu'ils le jugent approprié, le recours au seul critère de prix ou de coût pour évaluer l'offre économiquement la plus avantageuse ».

⁹³ Dans un rapport d'octobre 2021, le Conseil de la Concurrence (aujourd'hui Autorité de la Concurrence) relevait ainsi :
« La meilleure offre n'est pas forcément la moins chère. Au-delà des critères d'attribution non-financiers, la Loi dispose à l'article 35 que « Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité ». Ceci signifie qu'elle laisse aux pouvoirs adjudicateurs le plein choix entre deux approches opposées :
- fixer les détails des fournitures dans un cahier des charges exhaustif et choisir l'offre la moins chère,
- fixer le budget pour un projet dans sa globalité et choisir la meilleure offre que ce soit en termes de l'étendue ou de la qualité.
Dans les deux cas, il y a mise en concurrence. Il incombe à chaque maître d'ouvrage de définir sa démarche en fonction de ses besoins ».

⁹⁴ Cf. Directive 2014/24/UE sur les marchés publics, et en particulier les considérants :
« (90) (...) Pour favoriser les passations de marchés publics davantage orientées vers la qualité, les États membres devraient être autorisés à interdire ou limiter, lorsqu'ils le jugent approprié, le recours au seul critère de prix ou de coût pour évaluer l'offre économiquement la plus avantageuse ».
« (92) Il y a lieu d'encourager les pouvoirs adjudicateurs à retenir les critères d'attribution qui leur permettent d'obtenir des travaux, des fournitures ou des services de grande qualité qui correspondent idéalement à leurs besoins.
(...) Afin de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, il convient que la décision d'attribution du marché ne soit pas fondée exclusivement sur des critères autres que le coût. Les critères qualitatifs devraient dès lors être assortis d'un critère de coût qui pourrait être, au choix du pouvoir adjudicateur, soit le prix, soit une approche coût/efficacité telle que le coût du cycle de vie. Toutefois, les critères d'attribution ne devraient pas avoir d'incidence sur l'application de dispositions nationales établissant la rémunération de certains services ou imposant un prix fixe pour certaines fournitures.
« (94) Lorsque la qualité du personnel employé est déterminante pour le niveau d'exécution du marché, les pouvoirs adjudicateurs devraient également être autorisés à utiliser comme critère d'attribution l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché en question, étant donné que cela peut affecter la qualité de l'exécution du marché et, par conséquent, la valeur économique de l'offre. Cela pourrait être le cas, par exemple, des marchés de services intellectuels tels que des services de conseil ou d'architecte ».

Une telle approche purement qualitative est en phase avec la Directive MP, qui souligne que doit également être admis, comme critère d'attribution, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché en question, en particulier pour les services d'architecte.⁹⁵

Il est intéressant de noter que, dans un document intitulé « Qu'est-ce qu'une adjudication à l'offre économiquement la plus avantageuse », issu en Suisse du Guide romand pour les marchés publics, on peut lire :

« Pour des marchés qui demandent beaucoup de créativité ou qui sont complexes, comme par exemple les mandats d'architectes ou le développement d'une solution informatique innovante, le prix ne peut avoir qu'une faible importance et sera donc plus proche du 20%, alors que les critères relatifs à la qualité représenteront un poids plus grand. Par contre, pour l'acquisition de prestations ou de biens courants, le prix devrait avoir une part plus grande dans la décision finale ».

9.4. Observation sur les offres anormalement basses

Les étapes de vérification et d'examen des prix poursuivent également l'objectif d'écartier des opérateurs économiques proposant des prix ne permettant pas la bonne exécution des services, le pouvoir adjudicateur devant également protéger les exigences d'une saine concurrence en évitant que les marchés soient attribués à des soumissionnaires ayant remis des prix fantaisistes faussant le jeu normal de la concurrence.

Les dispositions concernant les offres anormalement basses sont l'article 38 (Livre I), l'article 63(2) b) (livre II), et l'article 146 (Livre III).

Ainsi, aux termes de l'article 146 de Loi MP :

« Art 38 Offres anormalement basses

(1) Les pouvoirs adjudicateurs exigent que les opérateurs économiques expliquent le prix ou les coûts proposés dans l'offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services.

(2) (...) Pour le surplus, les règles relatives à la justification des prix, déterminées par voie de règlement grand-ducal, trouvent à s'appliquer ».

Selon la jurisprudence, « d'une manière générale, une offre peut être qualifiée d'anormalement basse, si son prix ne correspond pas à une réalité économique : aussi, comme retenu ci-avant, il incombe au pouvoir adjudicateur de s'assurer que les prix proposés sont économiquement viables et que le candidat a pris en compte l'ensemble des exigences formulées dans le dossier de consultation. (...). De même, le constat d'un écart significatif entre le prix proposé par un candidat et celui de ses concurrents est un élément permettant de qualifier l'offre d'anormalement basse. Cet écart peut être apprécié en fonction d'un seuil déterminé par la moyenne des offres reçues, avec éventuellement neutralisation des offres les plus hautes. Cette moyenne correspondra ainsi à l'estimation raisonnable du coût des prestations en cause... » (Tribunal administratif N° 31844 du rôle, 9 mars 2015).

⁹⁵ Dans le Considérant 94, la Directive 2014/24 précise : « Lorsque la qualité du personnel employé est déterminante pour le niveau d'exécution du marché, les pouvoirs adjudicateurs devraient également être autorisés à utiliser comme critère d'attribution l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché en question, étant donné que cela peut affecter la qualité de l'exécution du marché et, par conséquent, la valeur économique de l'offre. Cela pourrait être le cas, par exemple, des marchés de services intellectuels tels que des services de conseil ou d'architecte. Les pouvoirs adjudicateurs ayant recours à cette possibilité devraient s'assurer, par des moyens contractuels appropriés, que le personnel assigné à l'exécution du marché répond effectivement aux normes de qualité spécifiées et qu'il ne peut être remplacé qu'avec l'accord du pouvoir adjudicateur qui vérifie que le personnel de remplacement offre un niveau de qualité équivalent. »

X. NÉGOCIATION DES OFFRES ET ENGAGEMENTS DU MAÎTRE D'ŒUVRE

10.1. Rappel des règles concernant les négociations

Il est d'abord observé qu'aux termes de l'article 67(4) de Loi MP, les « pouvoirs adjudicateurs peuvent attribuer des marchés sur la base des offres initiales sans négociation, lorsqu'ils ont indiqué, dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, qu'ils se réservent la possibilité de le faire ». En général, il n'y a toutefois aucun intérêt de recourir à une procédure concurrentielle avec négociation... si finalement il n'y a pas négociations ! Il s'agit de l'intérêt même d'une telle procédure.

On peut encore relever que la législation comporte peu de dispositions encadrant les négociations.

- L'article 67(3) de la Loi MP précise simplement que « les pouvoirs adjudicateurs négocient avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures que ceux-ci ont présentées, à l'exception des offres finales au sens du paragraphe 7, en vue d'améliorer leur contenu ».
- L'article 67(3) de la Loi MP indique encore que la « procédure concurrentielle avec négociation peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution précisés dans l'avis de marché, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou dans un autre document du marché. Le pouvoir adjudicateur indique, dans l'avis de marché, l'invitation à confirmer l'intérêt ou dans un autre document de marché, s'il fera usage de cette possibilité ».
- L'article 74 de la Loi MP prévoit aussi la possibilité d'une « réduction du nombre d'offres et de solutions ».

Se trouvent surtout précisés les éléments qui ne peuvent pas faire l'objet de négociation, à savoir que « les exigences minimales et les critères d'attribution ne font pas l'objet de négociations » (voir article 67(3) de La Loi MP).

Quant aux éléments pouvant être négociés, la négociation porte notamment sur le prix, l'étendue et le contenu ou la durée de la mission, les conditions d'exécution du marché, les délais, les pénalités, etc..., sous la seule réserve qu'on ne peut modifier substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché telles qu'elles sont définies dans les documents de la consultation.

<u>Eléments négociables (*)</u>	<u>Eléments non négociables</u>
<ul style="list-style-type: none">- le prix- le contenu ou la durée de la mission- les conditions d'exécution du marché- les délais- les pénalités, etc...	<ul style="list-style-type: none">- les exigences minimales- les critères d'attribution

(*) sous la réserve qu'on ne peut modifier substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché telles qu'elles sont définies dans les documents de la consultation.

Concernant les **honoraires**, une attention particulière doit être portée à la durée de la mission.

Le principe d'égalité de traitement constitue le guide des négociations. Il est interdit au pouvoir adjudicateur, non seulement de donner des informations discriminatoires, susceptibles d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres, mais également de révéler aux autres participants les informations confidentielles communiquées par un candidat ou un soumissionnaire participant aux négociations, sauf accord écrit et préalable de celui-ci.

Plus largement, et quelles que soient la procédure suivie pour l'attribution d'un marché public, le pouvoir adjudicateur doit respecter les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité et de transparence des procédures tels que rappelés par le premier considérant du préambule de la Directive 2014/24.

10.2. Cahier des charges, projet de contrat, ou autres documents formant la base contractuelle du marché

Les négociations se font en considération du document faisant office, le cas échéant de **cahier des charges** fourni par le pouvoir adjudicateur, formant la base du marché à conclure, lequel « **doit être rédigé de façon suffisamment claire et détaillée, afin qu'il ne puisse subsister de doute sur la nature et l'exécution du marché** ». ⁹⁶

Pour rappel, comme précisé au RGD MP, c'est un devoir impérieux du pouvoir adjudicateur de fournir des informations et documents précis permettant aux soumissionnaires de remettre en connaissance de cause une offre appropriée :

« **Art. 13.** L'objet de la soumission doit être décrit dans un cahier spécial des charges. Ce cahier spécial des charges, qui forme la base du marché à conclure, doit être rédigé de façon suffisamment claire et détaillée, afin qu'il ne puisse subsister de doute sur la nature et l'exécution du marché. Il indique notamment, et pour autant que possible dans l'ordre décroissant de l'importance attribuée, le ou les critères entrant en ligne de compte pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse ».

« **Art 14 (...)** (3) Le cahier spécial des charges fournit des renseignements utiles sur toutes circonstances dont l'influence sur les prix mérite d'être signalée spécialement de manière que les soumissionnaires puissent élaborer leurs offres avec un maximum d'exactitude.

(4) Les prestations supplémentaires sont précisées de façon que toute équivoque soit exclue; elles sont décomposées d'après les éléments déterminatifs des prix ».

« **Art. 15.** Le soumissionnaire ne peut être chargé par le pouvoir adjudicateur d'un risque extraordinaire résultant de circonstances qu'il ignore et qui échappent à son influence ».

Par ailleurs, il existe aussi un devoir de collaboration et de loyauté du soumissionnaire (qui ne peut accepter les termes de la soumission sans rechigner, pour ensuite les contester).

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

⁹⁶ RGD MP, Art 13 : « L'objet de la soumission doit être décrit dans un cahier spécial des charges. Ce cahier spécial des charges, qui forme la base du marché à conclure, doit être rédigé de façon suffisamment claire et détaillée, afin qu'il ne puisse subsister de doute sur la nature et l'exécution du marché. Il indique notamment, et pour autant que possible dans l'ordre décroissant de l'importance attribuée, le ou les critères entrant en ligne de compte pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse ».

10.3. Négociation de l'offre et engagements du Maître d'œuvre

Une attention particulière doit être portée sur la question de la durée de la mission du maître d'œuvre, qui est l'un des éléments les plus cruciaux pour déterminer le montant des honoraires du maître d'œuvre, *a fortiori* en cas de marché forfaitaire.

Certains contrats proposés aux maîtres d'œuvre n'offrent pas suffisamment de clarté ou de sécurité et de prévisibilité quant à la durée de la mission, notamment sur base de clause prévoyant simplement que la durée du marché s'étend jusqu'à la date d'achèvement de la mission du maître d'œuvre fixée à la réception définitive de l'ensemble des marchés placés sous sa direction.

Or, excepté le cas d'un retard dans l'élaboration ou l'exécution du projet qui serait directement imputable au maître d'œuvre fautif, le maître d'œuvre n'est censé s'engager et fournir des prestations que pour une durée précise, prévisible et limitée. Même abstraction faite des considérations juridiques, un maître d'œuvre ayant fixé des honoraires - en particulier s'il s'agit d'un forfait - en considération d'une durée des travaux prévisibles déterminée, ne peut poursuivre plus longtemps ses missions à prix constants en faisant fi des réalités économiques (charges fixes du bureau d'architecture, salaires mensuels des collaborateurs, manque à gagner, perdurance de la mobilisation des équipes entravant la participation à de nouveaux projets, ...).

10.4. Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (considérations générales)

La **sélection des offres**, soumises à négociation, doit être basée sur l'**offre économiquement la plus avantageuse**.⁹⁷

Outre le critère du prix en tant que composant classique des critères d'attribution, la qualité est aussi un critère majeur, englobant « la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes... ».

L'article 67(2) de la Directive prévoit même que : « Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur **les seuls critères de qualité** ».

Au nombre des critères du « meilleur rapport qualité/prix » prévus à l'article 35 de la Loi MP, on peut désormais aussi considérer la **qualité du personnel employé** (« organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché »).

⁹⁷ **Loi MP Art 35** Critères d'attribution du marché :

(1) Les pouvoirs adjudicateurs se fondent, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.

(2) L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée :

a) sur la base du prix, ou

b) sur la base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/ efficacité, telle que le calcul du coût du cycle de vie, conformément à l'article 37, ou

c) sur la base du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Parmi ces critères, il peut y avoir, par exemple :

1. la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions ;

2. l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché ; ou

3. le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.

L'importance de ce critère pour les marchés de services des professions OAI est soulignée par la Directive 2014/24 sur la passation des marchés publics.⁹⁸

10.5. Critères de présélection des offres dans le cadre d'une procédure négociée de niveau national (LIVRE I de la Loi MP)

L'article 35, eu égard à son importance, mérite d'être cité *in extenso* :

Art 35 Critères d'attribution du marché

(1) Les pouvoirs adjudicateurs se fondent, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.

(2) **L'offre économiquement la plus avantageuse** du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée :

a) sur la base du prix, OU

b) **sur la base du coût**, selon une approche fondée sur le **rapport coût/ efficacité**, telle que le calcul du coût du cycle de vie, conformément à l'article 37, OU

c) sur la base du **meilleur rapport qualité/prix**, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Parmi ces critères, il peut y avoir, **par exemple** :

1. **la qualité**, y compris **la valeur technique**, les caractéristiques **esthétiques et fonctionnelles**, **l'accessibilité**, la **conception** pour tous les utilisateurs, les **caractéristiques sociales, environnementales et innovantes** et la commercialisation et ses conditions ;

2. **l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel** assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché ; OU

3. le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le **délai de livraison ou d'exécution**.

Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.

(3) Les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans :

a) le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services ; ou

b) un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel.

(4) **Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur.** Ils garantissent la possibilité d'une véritable concurrence

⁹⁸ Directive 2014/24, considérant (94) : « Lorsque la qualité du personnel employé est déterminante pour le niveau d'exécution du marché, les pouvoirs adjudicateurs devraient également être autorisés à utiliser comme critère d'attribution l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché en question, étant donné que cela peut affecter la qualité de l'exécution du marché et, par conséquent, la valeur économique de l'offre. Cela pourrait être le cas, par exemple, des marchés de services intellectuels tels que des services de conseil ou d'architecte ».

et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution. En cas de doute, les pouvoirs adjudicateurs vérifient concrètement l'exactitude des informations et éléments de preuve fournis par les soumissionnaires.

(5) Le pouvoir adjudicateur précise, dans les documents de marché, la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, sauf lorsqu'elle est déterminée sur la seule base du prix.

Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette avec un écart maximum approprié.

Lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, le pouvoir adjudicateur indique les critères par ordre décroissant d'importance ».

Il est encore relevé que l'article 37 de la Loi MP précise les éléments à considérer dans le cadre du « **coût du cycle de vie** », et que « Lorsque les pouvoirs adjudicateurs évaluent les coûts selon une méthode basée sur le cycle de vie, ils indiquent dans les documents de marché les données que doivent fournir les soumissionnaires et la méthode qu'utilisera le pouvoir adjudicateur pour déterminer le coût du cycle de vie sur la base de ces données ».

Critères majeurs de l'offre économiquement la plus avantageuse :

- (i) Le **prix**, ou
- (ii) Le **coût**, selon une approche fondée sur le rapport coût/ efficacité, telle que le calcul du coût du cycle de vie, ou
- (iii) Le **meilleur rapport qualité/prix** (aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux liés à l'objet du marché public), dont par exemple :
 - l'organisation,
 - les qualifications,
 - l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché.

10.6. Critères de présélection des offres dans le cadre d'une procédure concurrentielle avec négociation de niveau européen (LIVRE II de la Loi MP)

Concernant les critères d'attribution du marché, le livre II ne comporte pas de dispositions spécifiques et renvoie aux règles générales énoncées au livre, dont en particulier l'article 35 relatif aux critères d'attribution du marché.

Ainsi, l'article 67(7) de la Loi MP, précise que :

« (7) Lorsque le pouvoir adjudicateur entend conclure les négociations, il en informe les soumissionnaires restant en lice et fixe une date limite commune pour la présentation d'éventuelles offres nouvelles ou révisées. Le pouvoir adjudicateur vérifie que les offres finales répondent aux exigences minimales et respectent l'article 28 paragraphe 1er, **il évalue les offres finales sur base des critères d'attribution et il attribue le marché conformément aux articles 35, 37 à 38 et 75 ».**

XI. OBSERVATIONS DE L'OAI SUR LES SERVICES ET OUTILS PROPOSES PAR L'OAI

11.1. Suivi des marchés publics et avis

L'OAI est disposé à analyser les projets de règlement de procédures, avec l'objectif de garantir au commettant comme aux concurrents une réponse équitable à l'investissement qu'ils auront engagé.

L'OAI avise régulièrement les membres en matière de procédure dans le cadre des diverses procédures de marchés publics s'adressant aux membres OAI.

Sur son initiative ou à la suite d'intervention de membres, l'OAI saisit régulièrement la Commission des Soumissions pour obtenir des clarifications sur l'application ou l'interprétation de la législation sur les marchés publics.

11.2. Manuel concours

Dans le cadre des marchés publics, le concours constitue **une des procédures de sélection des candidats** avec lesquels le maître d'ouvrage va négocier le marché.

Le concours doit enrichir le débat, la création et la qualité et il est donc à promouvoir de manière très ciblée suivant les besoins et objectifs du maître d'ouvrage.

L'OAI rappelle ses services qu'il offre en matière de concours, dont l'exhaustif **manuel concours** (qui sera prochainement actualisé à l'aune de la nouvelle législation sur les marchés publics, qui ne modifie toutefois pas les règles en matière de concours fixées dans le règlement grand-ducal du 10 juillet 2011 fixant les règles relatives au déroulement des concours d'aménagement du territoire, d'urbanisme, d'architecture et d'ingénierie).

Etabli en collaboration avec l'Administration des Bâtiments Publics et le Syvicol, le **manuel OAI sur les concours d'architecture** se base sur la législation/réglementation en matière de marchés publics ainsi que sur la pratique du concours d'architecture, dont l'expérience nationale et internationale remonte à plus de 150 ans.

Cet outil de travail régulièrement mis à jour établit les parallèles nécessaires entre les textes légaux et leur pratique concrète dans la rédaction et l'interprétation des points particuliers.

Il sera transmis aux intéressés, tant des pouvoirs adjudicateurs que des membres OAI, conseillers en organisation de concours, après renseignement d'un formulaire sur www.oai.lu à la rubrique « Pour maître d'ouvrage » => « Procédure d'attribution »⁹⁹.

L'OAI publie également une liste « Conseils en procédures d'attribution de missions membres OAI » des membres OAI ayant suivi la formation sur le manuel OAI¹⁰⁰.

Dans l'objectif de l'OAI visant à dynamiser la culture des concours au Luxembourg, l'OAI a mis en place un nouveau site www.ConcoursOAI.lu, qui permet le suivi complet depuis la remise en ligne des candidatures à la présentation des résultats.

⁹⁹ <https://www.oai.lu/fr/159/accueil/pour-maitres-d-ouvrage/demande-du-manuel-oai/>

¹⁰⁰ <https://www.oai.lu/fr/153/accueil/pour-maitres-d-ouvrage/procedure-d-attribution/>

11.3. Jury et formation

En ce qui concerne les concours et les consultations rémunérées, après validation du règlement par le Conseil de l'Ordre, l'Ordre sera en mesure de **déléguer au sein du jury des membres formés en la matière**. Outre leur expertise de femme et d'homme de l'art, leur connaissance de ce manuel constituera une garantie supplémentaire du respect des règles en la matière.

L'avis de concours / consultation sera repris dans l'espace membres du site www.oai.lu, et le résultat sera publié dans le magazine d'information de l'OAI et sur le site www.ConcoursOAI.lu.

En outre, l'approbation par l'Ordre constitue un label de qualité, une plus-value pour la procédure en motivant les membres de l'OAI à y participer.

Pour le Conseil de l'Ordre

Pierre HURT
Directeur



Annexe 1 : principales références légales et réglementaires

1. [Loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics](#)
2. [Règlement grand-ducal modifiée du 8 avril 2018](#) portant exécution de la loi du 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.
3. [Règlement grand-ducal du 24 mars 2014](#) portant institution de cahiers spéciaux des charges standardisés en matière de marchés publics et portant modification de l'article 103 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics.
4. [Loi du 23 juillet 1991](#) ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance ;
5. [Règlement grand-ducal du 10 juillet 2011](#) fixant les règles relatives au déroulement des concours d'aménagement du territoire, d'urbanisme, d'architecture et d'ingénierie.
6. [Règlement grand-ducal du 17 juin 1992](#) déterminant la déontologie des architectes et des ingénieurs-conseils.

Site utile : www.pmp.lu



Annexe 2 : fiche de synthèse OAI sur la législation « marchés publics »

En complément du présent Guide , l'OAI met à disposition une [fiche de synthèse générale](#) sur l'attribution des marchés de travaux, fournitures et services non réglementés selon la législation sur les marchés publics.

Elle peut être téléchargée dans la médiathèque du site www.oai.lu.

Annexe 3 (à venir) : Guide des bonnes pratiques pour attribuer un marché public de services des professions OAI selon le principe « Quality Based Selection (QBS) »

L'OAI prépare actuellement un guide des bonnes pratiques pour attribuer un marché public de services des professions OAI selon le principe Quality Based Selection (QBS) dans le cadre de procédures négociées. Il proposera des recommandations à suivre pour organiser des appels d'offres.

Annexe 4 : Observations complémentaires de l'OAI sur l'attribution de missions aux membres OAI dans le cadre des marchés publics

Annexe 5 : Tableau à retenir pour l'attribution de missions à des membres OAI dans le cadre d'une procédure négociée / procédure concurrentielle avec négociation

Annexe 4 : Observations complémentaires de l'OAI sur l'attribution de missions aux membres OAI dans le cadre des marchés publics

La présente annexe ne constitue pas un résumé des dispositions légales ou réglementaires en matière de marchés publics de conception ou de maître d'œuvre, mais des observations ou commentaires de l'OAI, qui comportent toutefois certains rappels de dispositions légales ou réglementaires. Elle n'a toutefois pas valeur de préconisation ou d'exposer de règles normatives.

(1) L'importance de la compréhension de la spécificité du marché de conception et de maîtrise d'œuvre

Il est crucial de saisir la spécificité d'un marché de services intellectuels de conception et de maîtrise d'œuvre en matière d'urbanisme, d'architecture ou d'ingénierie, qui se distingue radicalement d'un marché de travaux ou de fourniture.

Le maître d'œuvre n'est pas un promoteur-constructeur qui, dès le stade de la soumission, pourrait s'engager sur un prix et délai de livraison d'un ouvrage. Il n'est pas censé, avant attribution du marché et l'élaboration d'un projet, "remettre un prix" pour la construction d'un ouvrage.

Pour les marchés de services de conception, le critère du prix ne peut porter que sur les honoraires du concepteur, également considérés pour évaluer la valeur du marché aux vœux de l'article 12 de la Loi MP.

En outre, il est observé que certaines dispositions applicables aux marchés de travaux ne sont pas applicables aux marchés de services.

En particulier, aux termes de l'article 124 du RGD MP : « Des ordonnances de paiement correspondant aux constats sont émises au profit de l'adjudicataire, sous déduction de 10 pour cent qui sont retenus en garantie lorsqu'il s'agit de marchés de travaux ou de fournitures. »

Ainsi et a contrario, selon les prévisions du législateur, ce mécanisme de retenue de garantie de 10% sur les factures ne s'applique pas aux marchés de services, dont ceux relatifs aux prestations des "Professions OAI", ce qui se comprend aisément en considération des objectifs de ce mécanisme.

(2) L'importance d'une définition claire des missions et prestations compréhension de la spécificité du marché de conception et de maîtrise d'œuvre

Pour les marchés de services, tels que les marchés d'architecture et d'ingénierie, les pouvoirs adjudicateurs, même bénéficiant d'une grande latitude pour l'élaboration du cahier des charges en fonction des particularités de l'objet du marché, doivent néanmoins respecter certains principes communs, dont notamment :

- (1) le cahier des charges doit être rédigé « *de façon suffisamment claire et détaillée, afin qu'il ne puisse subsister de doute sur la nature et l'exécution du marché* » ;¹⁰¹

¹⁰¹ Cf. **RGD MP, Art 13** : « L'objet de la soumission doit être décrit dans un cahier spécial des charges. Ce cahier spécial des charges, qui forme la base du marché à conclure, doit être rédigé de façon suffisamment claire et détaillée, afin qu'il ne puisse subsister de doute sur la nature et l'exécution du marché. Il

- (2) « les prestations supplémentaires sont précisées de façon que toute équivoque soit exclue; elles sont décomposées d'après les éléments déterminatifs des prix »,¹⁰²
- (3) « le soumissionnaire ne peut être chargé par le pouvoir adjudicateur d'un risque extraordinaire résultant de circonstances qu'il ignore et qui échappent à son influence ». ¹⁰³

Concernant les marchés à prix forfaitaire, il convient de rappeler par analogie la disposition de l'article 11 du RGD MP :

Art. 11 du RGD MP.

« L'offre à prix global est celle où les travaux, fournitures et services sont complètement définis par le pouvoir adjudicateur, dans leur ensemble, par des bordereaux détaillés, des plans ou autres documents appropriés, de sorte qu'il n'existe aucun doute pour l'établissement de l'offre et pour l'exécution de l'entreprise, et où le prix est fixé à l'avance et en bloc ».

(3) L'importance des critères qualitatifs dans les marchés publics

La sélection des offres, doit être basée sur « l'offre économiquement la plus avantageuse ».

Outre le critère relatif du prix en tant composant classique des critères d'attribution, la qualité est le critère majeur, englobant « la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes... ». L'article 67(2) de la Directive prévoit même que : « Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité ».

Au nombre des critères du « meilleur rapport qualité/prix » prévus à l'article 35 de la Loi MP, on peut désormais aussi considérer la qualité du personnel employé (« l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché »). L'importance de ce critère pour les marchés de services des Professions OAI est soulignée par la Directive MP.

En effet, l'architecture ou l'ingénierie n'est pas une marchandise. Au stade de la sélection des offres, le pouvoir adjudicateur n'achète pas un projet à caractère architectural ou technique – alors inexistant et qu'il s'agit précisément de concevoir une fois le marché attribué - mais des compétences.

Les considérants (éclairant l'interprétation à donner aux dispositions de la Directive) de la Directive 2014/24 méritent d'être rappelés :

« (90) (...) Pour favoriser les passations de marchés publics davantage orientées vers la qualité, les États membres devraient être autorisés à interdire ou limiter, lorsqu'ils le jugent approprié, le recours au seul critère de prix ou de coût pour évaluer l'offre économiquement la plus avantageuse ».

« (92) Il y a lieu d'encourager les pouvoirs adjudicateurs à retenir les critères d'attribution qui leur permettent d'obtenir des travaux, des fournitures ou des services de grande qualité qui correspondent idéalement à leurs besoins.

indique notamment, et pour autant que possible dans l'ordre décroissant de l'importance attribuée, le ou les critères entrant en ligne de compte pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse ».

¹⁰² Cf. RGD MP. Art. 14 (4).

¹⁰³ Cf. RGD MP. Art. 15.

(...) Afin de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, il convient que la décision d'attribution du marché ne soit pas fondée exclusivement sur des critères autres que le coût. Les critères qualitatifs devraient dès lors être assortis d'un critère de coût qui pourrait être, au choix du pouvoir adjudicateur, soit le prix, soit une approche coût/efficacité telle que le coût du cycle de vie. Toutefois, les critères d'attribution ne devraient pas avoir d'incidence sur l'application de dispositions nationales établissant la rémunération de certains services ou imposant un prix fixe pour certaines fournitures.

« (94) Lorsque la qualité du personnel employé est déterminante pour le niveau d'exécution du marché, les pouvoirs adjudicateurs devraient également être autorisés à utiliser comme critère d'attribution l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché en question, étant donné que cela peut affecter la qualité de l'exécution du marché et, par conséquent, la valeur économique de l'offre. Cela pourrait être le cas, par exemple, des marchés de services intellectuels tels que des services de conseil ou d'architecte ».

Le critère du meilleur **rapport qualité/prix** doit également être appliqué intelligemment, l'inflexion devant être mise sur la qualité.

Il convient d'avoir constamment à l'esprit que la vraie finalité d'un processus de dévolution d'un marché de maîtrise d'œuvre est un ouvrage de la meilleure qualité possible, le marché n'étant que le moyen.

« Si pour l'achat de produits manufacturés, la commande de travaux ou la plupart des services marchands, "l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics" peuvent être appréciées à la lumière d'un rapport "qualité-prix", l'exercice est plus délicat dans le champ des prestations intellectuelles.

Juger de la qualité d'une offre de maîtrise d'œuvre revient à anticiper l'ouvrage dans sa réalité future alors que l'étude de maîtrise d'œuvre n'est pas commencée ! C'est espérer la qualité finale de l'ouvrage dans son appropriation sociale, ses qualités urbaines et esthétiques, son exploitation et sa maintenance, sa pérennité... Ceci signifie que vouloir mesurer d'emblée le rapport "qualité-prix" d'une mission de conception revient à le faire à l'aune de critères s'appliquant à un objet qui n'existe pas encore ».¹⁰⁴

Le critère du **coût**, appliqué avec discernement, peut favoriser une approche qualitative et innovative.

Une éviction totale du critère du prix est même possible. En effet, l'article 35 de la Loi MP prévoit expressément que le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix (ou d'un coût) fixe sur la base duquel les opérateurs économiques « seront en concurrence sur les seuls critères de qualité ».

Par conséquent, un pouvoir adjudicateur peut décider d'imposer un prix fixe qu'il entend allouer au marché de maîtrise d'œuvre pour la réalisation d'un ouvrage (par exemple en allouant un forfait ou une enveloppe maximale pour la maîtrise d'œuvre).

Il peut sélectionner l'équipe de maîtrise d'œuvre exclusivement sur des critères qualitatifs. L'Ordre des Architectes belge a fait valoir que « *le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité. Par conséquent, il est tout à fait légal d'exclure les honoraires des critères d'attribution. Il ne reste plus aux pouvoirs adjudicateurs qu'à comprendre que c'est*

¹⁰⁴ Extrait de la publication française (2017) éditée par la « Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques, intitulée « Quelles procédures adaptées pour la passation des marchés de maîtrise d'œuvre par les pouvoirs adjudicateurs, maîtres d'ouvrage, au-dessous des seuils européens ? »

*en procédant de la sorte que la qualité architecturale sera au rendez-vous dans les marchés publics ».*¹⁰⁵

L'OAI estime que le critère du montant estimé des honoraires devrait surtout permettre de départager les soumissionnaires ayant remis des offres de qualité. En tout état de cause, la pondération de ce critère du prix devrait être proportionnée, afin que ne soient pas négligés les critères qualitatifs, d'importance majeure. Comme le souligne l'Ordre des architectes en Suisse (où la loi sur les marchés publics permet désormais un système de doubles enveloppes, de sorte que le pouvoir adjudicateur évalue en premier lieu l'offre sur des critères qualitatifs et uniquement en second lieu le prix) :

« Les coûts des études ne représentent qu'une faible part des dépenses inhérentes à une construction et celui d'une procédure d'attribution appropriée est encore plus modeste. Pourtant, les retombées liées au choix de la procédure et des concepteurs ont une énorme influence sur les coûts du cycle de vie et sur la qualité d'un ouvrage »¹⁰⁶.

(4) Les critères d'expérience des candidats

Plutôt que de demander des références identiques à l'objet du marché, il est préférable de demander aux candidats de présenter des références pour des opérations de complexité ou d'échelle équivalente, ou réalisées dans un contexte similaire (en site occupé, dans un environnement naturel protégé, ou urbain très dense, etc.).

Les références peuvent être des ouvrages construits, des projets mais également des rendus de concours, des éventuels prix ou récompenses, des publications, etc.

(5) Les prestations pouvant être demandées aux candidats ou soumissionnaires

5.1 Marchés publics classiques

Il est souligné, que dans le cadre de la remise des candidatures ou des offres, **il ne peut pas être demandé aux participants d'engager gratuitement les premières études de conception**, ni de remettre une esquisse du projet. Ce serait demander aux candidats un début d'exécution du futur contrat, ce qu'interdit la loi.

Il est rappelé la définition même des marchés publics : « des 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 ». Une telle définition est antinomique avec la remise de prestations "gratuites" significatives, faisant l'objet même du contrat, au stade de la soumission.

Il est donc important de souligner que l'obtention par le pouvoir adjudicateur d'un plan ou d'un projet d'architecture, ou de toute autre prestation significative, doit nécessairement s'inscrire dans le cadre, soit d'une consultation rémunérée, soit d'un concours.

¹⁰⁵ <https://www.lachronique.be/article/marches-publics-les-honoraires-exclus-des-criteres-d-attribution.17244>

¹⁰⁶ <https://www.sia.ch/fr/politique/passation-des-marches/enjeux/attribution-de-marches>

Les soumissionnaires ne sauraient être contraints de fournir, anticipativement et sans rémunération (prime), des prestations significatives formant l'objet même du contrat à conclure avec l'attributaire du marché, et représentant un investissement significatif.

Selon un avis rendu par la Commission des Soumissions (janvier 2012), la Commission a considéré que « *la mise en concurrence de la mission d'architecte se fait conformément aux règles prévues par la législation sur les marchés publics, en l'occurrence sous forme de marché négocié avec publication d'avis, sans que les bureaux d'architectes intéressés devraient fournir des prestations démesurées dans le cadre des négociations* ».

Il est souligné qu'une dérive consistant à exiger des prestations préalables pose également un problème d'accès à la commande publique – en violation du principe légal du libre accès à la commande publique - pour les plus petits bureaux, qui ne peuvent pas se permettre financièrement et matériellement de mobiliser, pendant plusieurs jours et gratuitement, des collaborateurs pour réaliser de telles prestations et pour constituer les dossiers de soumission conformes à de telles exigences qui seraient exorbitantes.

5.2 La consultation rémunérée

La « **consultation rémunérée** » d'architectes / ingénieurs-conseils : la consultation rémunérée n'est pas une procédure distincte, mais s'effectue généralement via une procédure négociée / concurrentielle avec négociation. Il s'agit d'une consultation qui consiste à confier en parallèle à plusieurs concepteurs la mission d'établir p.ex. un avant-projet sommaire sur un thème donné. Cette formule permet au maître d'ouvrage de se réserver le droit d'apprécier le travail fourni de la manière de son choix, sans avoir à tenir compte des principes du concours. L'architecte / ingénieur-conseil accepte ces conditions moins rigides pour le commettant, sachant que son travail sera honoré financièrement.

5.3 La consultation préalable

Le marché peut aussi être précédé par une « **consultations préalables du marché** » conformément à l'article 26 de la Loi MP qui prévoit :

- (1) Avant d'entamer une procédure de passation de marché, les pouvoirs adjudicateurs peuvent réaliser des consultations du marché en vue de préparer la passation de marché et d'informer les opérateurs économiques de leurs projets et de leurs exigences en la matière.
- (2) A cette fin, les pouvoirs adjudicateurs peuvent notamment demander ou accepter les avis d'autorités ou d'experts indépendants ou d'acteurs du marché. Ces avis peuvent être utilisés pour la planification et le déroulement de la procédure de passation de marché, à condition que ces avis n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de non-discrimination et de transparence.

5.4 Les concours

Les concours sont des appels de propositions visant à l'attribution de missions d'architecture, d'ingénierie, d'urbanisme ou d'aménagement du territoire, et ouverts sur la base d'un programme. Les projets doivent être remis sous forme anonyme. Le jugement est confié à un jury qualifié. Des prix récompensent les meilleurs projets. Le concours ouvert entre concepteurs suppose que le maître de l'ouvrage ait connaissance de ses besoins, sache les exprimer, mais attende du concours qu'il lui apporte une variété de réponses parmi lesquelles il n'en choisira qu'une, la meilleure. L'architecte / ingénieur-conseil invité au concours sait qu'il n'a qu'une chance parmi d'autres de rencontrer les attentes d'un client potentiel. Il y mettra néanmoins toute sa conviction et engagera un travail considérable, sachant qu'au terme du concours, il y a un jury de personnes qualifiées, confrères et autres experts, qui jugeront en leur âme et conscience de la qualité de son travail. Un prix ou une mission viendront ou non récompenser sa démarche : son travail aura été considéré de manière équitable.

Le règlement grand-ducal du 10 juillet 2011 (« fixant les règles relatives au déroulement des concours d'aménagement du territoire, d'urbanisme, d'architecture et d'ingénierie ») établit les règles concernant l'organisation des concours ayant pour objet l'offre de prestations de services.

En matière de concours, il est encore souligné que selon le règlement grand-ducal du 10 juillet 2011 fixant les règles relatives au déroulement des concours d'aménagement du territoire, d'urbanisme, d'architecture et d'ingénierie :

Art. 15. (1) Les **prestations intellectuelles et matérielles des participants sont indemnisées** en fonction de la complexité et de l'envergure des projets par des prix, des mentions et, le cas échéant, des honoraires d'élaboration.

(3) Le pouvoir adjudicateur fixe la somme totale destinée à l'indemnisation des participants. La somme totale minimale se réfère à un multiple des honoraires dus si les prestations requises par le règlement-concours étaient effectuées, sans mise en concurrence, par un prestataire de service.

(6) Recours au marché négocié pour les marchés dépassant le seuil (actuel) de 139.832,00 € (14.000 € HT *INDICE 100), mais inférieurs aux seuils européens)

L'OAI estime qu'il existe une incohérence dans la Loi MP : le recours à une procédure négociée n'est admis que très restrictivement pour cette seule tranche de marché dans les seuils indiqués, à savoir les marchés de services dépassant le seuil (actuel) de 139.832,00 € (14.000 € HT *INDICE 100), mais inférieurs aux seuils européens (à savoir 143.000 € (marché de l'Etat) ou 221.000 € (marché des communes et des établissements publics))

Or, sous réserve d'une publication d'un avis de marché, une procédure concurrentielle avec négociation est pourtant largement possible pour des marchés (de conception, tels que les services d'architectes ou d'ingénieurs) de plus grande envergure tombant sous les seuils européens.

Le projet initial de la loi sur les marchés publics prévoyait d'ailleurs la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de mettre en œuvre la procédure concurrentielle avec négociation – prévue par le Livre II – à des marchés relevant du champ d'application du Livre I également. Il est donc escompté une clarification de la loi voire sa modification ponctuelle pour les services intellectuels des professions OAI.

On pourrait également réfléchir à ouvrir pour l'attribution des missions aux professions OAI les procédures prévues sous 4.3.

(7) Opérateurs économiques directement invités dans la publication d'appel à candidatures

L'OAI estime que, de manière similaire à ce qui se fait pour les concours, le pouvoir adjudicateur devrait avoir la faculté de mentionner les éventuels opérateurs économiques qui seront directement invités - aux termes de la publication - à déposer un dossier de candidature .

(8) Mise en place d'un document de candidature-type et simplification administrative

Dans un souci de simplification administrative, l'OAI plaide pour la mise en place de dossier de candidature type notamment en ce qui concerne la partie administrative en collaboration avec le CRTI-B. Géré en ligne, ce dossier indiquerait par un « système de feux de signalisation » si les pièces sont disponibles et encore valables (vert=document valable ; orange=document à mettre à jour sous peu ; rouge=document manquant ou non valable).

Annexe 5 : Tableau à retenir pour l'attribution de missions à des membres OAI dans le cadre d'une procédure négociée / procédure concurrentielle avec négociation

Marchés nationaux (livre I)

Seuils (hors taxes) E = Etat C = Commune	Procédure	Conditions / Cas d'ouverture	Motivation / justification	Publication d'un avis
< 79.000 €	Procédure négociée	Applicable sans restriction	Non	Non
> 79.000 € et < 139.832 € * <small>*valeur actualisée de 14.000 € HT *INDICE 100</small>	Procédure négociée	Applicable sous réserve que : <ul style="list-style-type: none"> Admission de minimum 3 candidats aux négociations <small>(à condition chaque fois qu'il y ait un nombre suffisant de candidats appropriés).</small>	Oui	Non
> 139.832 € * et < 143.000 € E ou < 221.000 € C	Procédure négociée	Applicable dans les cas restrictivement prévus par la Loi MP, par exemple : (*) <ul style="list-style-type: none"> Lorsque le marché considéré fait suite à un concours (*) Voir cependant remarques sous le point (6) de l'annexe 4.	Oui	Non (*)

Marchés européens (Livre II) – (secteurs classiques)

> 143.000 € E ou > 221.000 € C	Procédure concurrentielle avec négociation <small>(Avec publication préalable)</small>	Applicable en particulier aux services portant notamment sur de la « conception »	Oui	Oui Publication au niveau européen puis national
> 143.000 € E ou > 221.000 € C	Procédure négociée <small>(Sans publication préalable)</small>	Applicable dans les cas restrictivement prévus, par exemple : <ul style="list-style-type: none"> Le marché fait suite à un concours Services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires 	Oui	Non Sans publication préalable d'un appel à la concurrence