



Observations relatives au cadre législatif et réglementaire national sur les marchés publics

Groupe de travail – Consultation nationale marchés publics

En bref

Dans un contexte d'évolution du cadre législatif et réglementaire des marchés publics au Luxembourg, la nécessité de simplifier les procédures, de renforcer la sécurité juridique et de favoriser l'accès des PME à la commande publique s'impose comme une priorité pour l'ensemble des acteurs économiques et institutionnels. Face à la complexité croissante des textes et à la diversité des pratiques, il apparaît essentiel de repenser les dispositifs existants afin d'assurer une meilleure efficacité, transparence et équité dans l'attribution et l'exécution des marchés publics.

C'est dans cette perspective que s'inscrit le présent document, fruit de travaux de réflexions d'un groupe de travail réunissant des représentants de la Chambre de Commerce, de la Chambre des Métiers, de la Fédération des Artisans et de l'Ordre des Architectes et des Ingénieurs-Conseils. Il vise à alimenter la réflexion collective sur l'amélioration du cadre législatif et réglementaire national applicable aux marchés publics, dans un souci de simplification et de renforcement de l'efficacité des procédures applicables pour l'ensemble des acteurs.

Les propositions et commentaires formulés portent notamment sur :

- La refonte et la simplification des procédures du Livre I de la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics, en distinguant deux grandes nouvelles catégories de marchés (non soumis à la procédure formalisée européenne).
- Le renforcement du principe de l'allotissement afin de favoriser l'accès des PME/TPE aux marchés publics, tout en prévoyant des dérogations encadrées et une obligation de justification en cas de non-allotissement.
- L'adaptation des textes réglementaires pour accompagner ces évolutions, notamment en matière de réception des marchés allotis, de clarification de certaines notions et de partage de responsabilité vis-à-vis des sous-traitants.



- L'importance de fixer des critères de participation proportionnés et adaptés au marché luxembourgeois, ainsi que de privilégier le critère du meilleur rapport qualité/prix lors de l'attribution des marchés (avec une inflexion sur la qualité des travaux et services).

Enfin, le document propose des pistes d'amélioration sur l'ensemble du cycle de la commande publique : publication des avis, délais de soumission, communication des documents, adaptation des contrats, délais de paiement, gestion des garanties et certificats de bonne exécution. Il s'agit d'une contribution ouverte, destinée à alimenter le débat et à promouvoir une commande publique plus efficace, transparente et accessible.

Les amendements suggérés ne figurent toutefois qu'à titre indicatif, et sous réserve d'une analyse juridique plus approfondie.

Cette contribution collective met en avant la nécessité d'une modernisation pragmatique du cadre des marchés publics au Luxembourg. Les pistes de réforme et recommandations formulées visent à instaurer un environnement plus simple, équitable et performant, au bénéfice de l'ensemble des acteurs économiques et institutionnels. L'ouverture au dialogue et à l'amélioration continue, qui sous-tend ce document, contribuerait à faire évoluer la commande publique vers plus de transparence, d'accessibilité et d'efficacité, tout en garantissant la sécurité juridique et la qualité des prestations.



Table des matières

I. Remarques préliminaires

<u>I.1. Pour une refonte du Livre I de la Loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics.....</u>	p.6
<u>I.2. Renforcement du principe de l'allotissement</u>	p.7
• I.2.1. Modification de l'article 11 de la Loi MP.....	p.7
• I.2.2. Modifications textuelles subséquentes.....	p.8
• I.2.3. Modifications en matière de réception.....	p.9
<u>I.3. Renforcement de la sécurité juridique en clarifiant certaines dispositions.....</u>	p.11
<u>I.4. Partage de responsabilité vis-à-vis des sous-traitants.....</u>	p.11

II. Phase « Dossiers de soumission »

<u>II.1. Les modifications d'ordre textuel.....</u>	p.12
• II.1.1. Application du DUME (Document Unique de Marché Européen).....	p.12
• II.1.2. Assurance tous risques chantier.....	p.15
• II.1.3. Critère de participation concernant le chiffre d'affaires minimum.....	p.15
<u>II.2. Les bonnes pratiques à mettre en place.....</u>	p.17
• II.2.1. Élaboration d'un guide de bonnes pratiques.....	p.17
• II.2.2. Annulation des marchés pour absence d'offre satisfaisante ou dépassement du devis.....	p.17
• II.2.3. Cahier des charges clair et précis.....	p.18
• II.2.4. Fiches techniques.....	p.19
• II.2.5. Critères de participation aux marchés.....	p.20

III. Phase « Publication de l’avis de marché »

<u>III.1. Les bonnes pratiques à mettre en place</u>	p.20
• III.1.1. Délais de soumission.....	p.20
• III.1.2. Communications des plans et documents.....	p.22

IV. Phase « Remise des offres »

<u>IV.1. Les bonnes pratiques à mettre en place</u>	p.22
• IV.1.1. Mise en cause des valeurs seuils.....	p.22
• IV.1.2. Facteur « Risque et bénéfice ».....	p.23

V. Phase « Ouverture des offres »

<u>V.1. Les modifications d’ordre textuel</u>	p.24
• V.1.1. Pour une cohérence de traitement des candidatures.....	p.24
• V.1.2. Publication des résultats.....	p.24
<u>V.2. Les bonnes pratiques à mettre en place</u>	p.25
• V.2.1. Critères d’attribution.....	p.25

VI. Phase « Passation de commande »

Recommandations et propositions de modification.....	p.26
--	------

VII. Phase « Exécution des marchés »

<u>VII.1. Les modifications d’ordre textuel</u>	p.27
• VII.1.1. Adaptation du contrat.....	p.27
<u>VII.2. Les bonnes pratiques à mettre en place</u>	p.28
• VII.2.1. Validation du métré.....	p.28

VIII. Phase « Paiement de la facture »

<u>VIII.1. Les modifications d’ordre textuel</u>	p.29
--	------



VIII.1.1. Délais de paiement.....	p.29
VIII.2. Les bonnes pratiques à mettre en place	p.30
VIII.2.1. Retenue de garantie / Garantie bancaire.....	p.30

IX. Phase « Réception des travaux »

- IX.1. Les bonnes pratiques à mettre en place p.31
- IX.1.1. Certificats de bonne exécution..... p.31

Positions spécifiques OAI

- Procédure restreinte sans publication d'avis et Procédure négociée..... p.32
- Marchés Design & Build / Partenariat public privé (PPP)..... p.33
- Assurance..... p.33
- Les MAPA (Marchés à Procédure Adaptée)..... p.33
- Autres propositions de l'OAI..... p.34

REMARQUES PRELIMINAIRES

Les développements suivants détaillent des axes de réformes à envisager pour améliorer le cadre légal des marchés publics (la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics, ci-après la « Loi MP », et le règlement grand-ducal modifié du 8 avril 2018 portant exécution de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics, ci-après le « RGD »), en mettant l'accent sur la simplification des procédures, le renforcement de principes essentiels, tels que l'allotissement, et le renforcement de la sécurité juridique par la clarification de certaines dispositions.

I.1. Pour une refonte du Livre I de la Loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics

✓ **Refonte complète et simplification des procédures du Livre I Loi MP** qui profiterait tant aux opérateurs économiques qu'aux pouvoirs adjudicateurs.

✓ **Simplification et harmonisation des procédures incluses dans le livre I Loi MP** par la création de deux grandes catégories de marchés non soumis à la procédure formalisée telle qu'édictée dans la directive 2014/24/UE (et une suppression des différentes procédures existantes) :

- **Tout d'abord, les marchés dits de « faible envergure »** (seuil en euros à fixer) ou spécifiques (urgence impérieuse, absence d'offre, candidatures irrecevables ou offres inappropriées, prestations qui ne peuvent être fournies que par une entreprise déterminée, livraisons complémentaires ou achat de matières premières particulières, marché conclu avec le ou l'un des lauréats d'un concours, secteurs spécifiques types armée/police, etc.) devant uniquement respecter les principes fondamentaux de la commande publique mais n'étant soumis à aucune règle particulière en matière de publication, de mise en concurrence ou de procédure. Les dispositions des articles 20 et 64 Loi MP relatives aux procédures sans publication peuvent être reprises en ce sens dans un article unique relatif aux marchés de faible envergure ou spécifiques.
- **Puis, les marchés compris entre ce nouveau seuil et le seuil de procédure formalisé européen, nommés « marchés en procédure adaptée »,** qui permettrait au pouvoir adjudicateur de mettre en place des procédures allégées par rapport aux exigences de la procédure formalisée, notamment en termes de publication, de documents à fournir, de délai à respecter, etc. Dans le cadre de cette nouvelle procédure dite « adaptée », seule

l'obligation d'allotissement serait conservée ainsi que le principe de l'offre économiquement la plus avantageuse. Aucune obligation ni interdiction en matière de variantes ou de négociation ne seraient imposées.

- ✓ **Objectifs** : simplification et uniformisation des procédures, meilleure lisibilité pour les entreprises et gestion administrative des procédures allégées pour les pouvoirs adjudicateurs (ex. : le cas des marchés à procédure adaptée (MAPA) présents dans le droit français).

I.2. Renforcement du principe de l'allotissement¹

I.2.1. Modification de l'article 11 de la Loi MP

Afin de garantir l'accès aux marchés à plus de petites et moyennes entreprises, et de favoriser la concurrence, il est proposé d'inciter davantage les pouvoirs adjudicateurs à recourir à l'allotissement. En effet, l'allotissement permet de stimuler la concurrence et l'accès des PME/TPE aux marchés, réduit les coûts en permettant une spécialisation des entreprises, améliorant ainsi l'optimisation des ressources, et favorise l'accès aux marchés à plus d'acteurs nationaux. Il permet également une meilleure qualité des offres grâce à la concentration des entreprises sur leurs compétences, tout en augmentant la transparence et l'efficacité globale du marché.

Dans cette optique, il est proposé de modifier l'article 11 Loi MP afin de favoriser le recours à l'allotissement des marchés publics. Cette possibilité de rendre obligatoire le principe d'allotissement est d'ailleurs ouverte pour les marchés européens (cf. article 46 alinéa 4 de la directive 2014/24/UE).

Il est également proposé de compléter l'article 11 Loi MP par l'introduction d'un principe de dérogation permettant de ne pas alloter dans des cas précis ou en dessous de certains seuils (par exemple le même seuil que pour les procédures sans publicité ni mise en concurrence évoquée ci-dessus) afin de conserver une certaine souplesse et de l'efficacité. Enfin, ces modifications sont assorties d'une obligation de justification détaillée en cas de non-allotissement.

Remarque de l'OAI : L'OAI est en général favorable à l'allotissement en tant que favorisant les PME et possible instrument en faveur de la qualité des constructions. Il rappelle toutefois que l'allotissement (pour les marchés de travaux) impose à l'architecte/l'ingénieur-conseil un rôle plus complexe en matière de coordination et de direction de chantier, dès lors à valoriser.

¹ L'allotissement est le fractionnement d'un marché en plusieurs sous-ensembles appelés « lots » susceptibles d'être attribués séparément et de donner lieu, chacun, à l'établissement d'un marché distinct.



Proposition de modification (ajouts en gras soulignés) :

« Art. 11 *Division des marchés en lots*

Les marchés publics peuvent être passés en bloc ou par lots, en application des dispositions du présent article et selon les modalités déterminées par voie de règlement grand-ducal.

Les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes.

Le pouvoir adjudicateur détermine le nombre, la taille et l'objet des lots. Il peut limiter le nombre de lots pour lesquels un même opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique.

Par dérogation, les marchés non soumis aux procédures de publicité et de mise en concurrence peuvent être passés sans être allotés. ».

1.2.2. Modifications textuelles subséquentes

Le renforcement de recours à l'allotissement nécessitera certaines modifications complémentaires afin d'adapter les textes à cette pratique.

Texte applicable : Article 2 RGD

Proposition de modification (ajouts en gras soulignés, suppression en barré) :

« Art.2

*Les pouvoirs adjudicateurs ~~peuvent décider d'attribuer~~ **un les marchés** sous la forme de lots distincts, dont ils peuvent déterminer la taille et l'objet, sans préjudice des dispositions prévues à l'article 11, paragraphe 2, de la loi visant les marchés pouvant être passés sans être allotés. ».*

Texte applicable : Article 5 RGD

Il est proposé de supprimer l'article 5 RGD qui énumère des critères indicatifs et non précis permettant la passation sous forme d'entreprise générale (à savoir la « réalisation d'ouvrages importants » ou « l'indivisibilité des responsabilités ») et de renvoyer au principe général (proposé à l'article 11 ci-dessus)

suyant lequel « *Les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes* ».

I.2.3. Modifications en matière de réception

Textes applicables : Article 127, 131, 133, 135 et 137 RGD

Dans le cadre de la généralisation de l'allotissement à la suite de la modification de l'article 11 Loi MP, telle qu'évoquée ci-avant, il serait essentiel d'ajouter le principe de la réception par lot des marchés publics, notamment ceux de travaux, ou « réception intermédiaire par lot ». Il conviendrait d'une part d'insérer, à la suite de l'article 133 RGD, un nouvel article 133 bis RGD spécifique aux lots et d'autre part, de modifier plusieurs autres articles du RGD (127, 131, 135 et 137 RGD).

Proposition de modification article 127 RGD (ajouts en gras soulignés, suppression en barré) :

« Art. 127.

*Sur initiative de la partie la plus diligente et après achèvement des travaux ou services et livraison des fournitures, il sera procédé à la réception **définitive du lot ou du marché** de l'ensemble des prestations. ».*

Proposition de modification article 131 RGD (ajouts en gras soulignés) :

« Art. 131.

(1) *La réception est considérée comme provisoire si les travaux ou fournitures ou services donnent lieu à des réclamations de la part du pouvoir adjudicateur.*

(2) *Ces réclamations sont alors consignées dans un procès-verbal de réception provisoire dans lequel le pouvoir adjudicateur prévoira un délai pour la mise en état des travaux ou le remplacement des fournitures ou services, en fonction de leur importance.*

(3) *La réception définitive est reportée jusqu'au moment où les malfaçons et vices **constatés et consignés dans le procès-verbal de réception provisoire** auront été redressés. Elle se fera conformément aux articles 128 et 129.*

Proposition de modification – nouvel article 133 bis RGD :

« Art. 133 bis.



Pour tout marché alloti, une réception partielle du marché sera prononcée par le pouvoir adjudicateur dès la réalisation des travaux, fournitures ou services objet du lot.

Cette réception partielle vaut réception définitive du lot concerné si les travaux ou fournitures ou services objet du lot ne donnent pas lieu à contestations de la part du pouvoir adjudicateur. Elle constitue le point de départ des périodes de garanties légales ou de la période de garantie dont la durée est définie dans le cahier des charges.

Lorsque plusieurs lots sont attribués à un adjudicataire, cette réception ne peut porter que sur l'ensemble des lots concernés.

Il est procédé à la réception du ou des lots selon les modalités prévues aux articles 127 à 132. ».

Proposition de modification - article 135 RGD (suppression en barré) :

« Art. 135.

L'adjudicataire établit la facture définitive sur base du procès-verbal de réception définitive ~~de l'ensemble des travaux, fournitures ou services.~~

Conformément à l'article 45 de la loi, les montants des clauses pénales et astreintes qui ont été appliquées sont déduits de la facture définitive. »

Proposition de modification article 137 RGD (ajout en gras souligné) :

« Art. 137.

*(1) Le paiement de la facture définitive portant sur l'ensemble des travaux, fournitures ou services **objet du lot ou du marché**, y inclus les montants retenus en garantie, déduction faite des montants d'acompte déjà liquidés, intervient suivant les délais prévus par la loi du 29 mars 2013 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, portant transposition de la directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, et portant modification de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard.*

(2) Passé ce délai, des intérêts légaux pour retard de paiement tels que prévus par la loi du 29 mars 2013 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, portant transposition de la directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte

contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, et portant modification de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard, sont dus à l'adjudicataire

Cf. modification additionnelle de l'article 137 RGD, point IX.1.1. du document.

I.3. Renforcement de la sécurité juridique en clarifiant certaines dispositions

Dans le but de renforcer la sécurité juridique et d'éviter des interprétations divergentes des dispositions applicables, il serait pertinent de clarifier les notions de « travaux **d'envergure** », « travaux, fournitures ou services **de très grande envergure** » ou « travaux **d'une certaine envergure** », respectivement leur articulation et critères de différenciation. Une telle démarche permettrait tant d'harmoniser la compréhension des obligations pour l'ensemble des parties prenantes que de limiter les risques de contentieux liés à des ambiguïtés terminologiques.

I.4. Partage de responsabilité vis-à-vis des sous-traitants

Textes applicables : Articles 12, 42, 118 et 154 Loi MP

La responsabilité attribuée aux opérateurs économiques par ces articles en ce qui concerne les sous-traitants apparaît excessive et matériellement irréaliste. Il semble en effet excessif de faire reposer l'ensemble des responsabilités visées dans ces articles sur les entreprises soumissionnaires, alors même que la directive européenne 2014/24/UE (applicable pour les marchés européens) ne rend pas obligatoire cette possibilité. Il serait ainsi plus juste et matériellement plus efficace de prévoir une responsabilité conjointe du pouvoir adjudicateur et de l'adjudicataire en ce qui concerne les obligations applicables aux sous-traitants.

Proposition de modification des articles 12 (2), article 42, article 118 (2), article 154 Loi MP (ajouts en gras soulignés) :

*« Les opérateurs économiques sont tenus de respecter et de faire respecter, **conjointement avec les pouvoirs adjudicateurs et dans les limites de leurs compétences et de leurs responsabilités respectives,** par toute personne agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit et par toute personne mettant du personnel à disposition pour l'exécution du marché, toutes les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par l'Union européenne, le droit national,*

les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail, énumérées en ce qui concerne les dispositions internationales à l'annexe XIV de la [directive 2014/25/UE](#) du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation des 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](#), telle que modifiée par les actes de la Commission européenne pris en conformité de l'article 103 de cette directive. ».

II. PHASE « DOSSIERS DE SOUMISSION »

II.1. Les modifications d'ordre textuel

II.1.1. Application du DUME (Document Unique de Marché Européen)

Textes applicables : Articles 72 et 31 Loi MP

Recommandation :

Le DUME (article 72 Loi MP), qui contribue grandement à la simplification administrative, est obligatoire uniquement pour les marchés européens.

Pour les marchés nationaux (Livre I Loi MP), il serait recommandé d'instituer un équivalent obligatoire, afin de mettre fin à la pratique actuelle consistant souvent à réclamer la remise du DUME et des documents administratifs à l'appui de chaque nouvelle soumission.

Lors de la remise de l'offre, le participant à la soumission doit joindre à son offre de nombreux documents administratifs et justificatifs, alors que le DUME est demandé.

Principe du DUME :

- Lors de la remise de l'offre, la remise d'un DUME dispense dans un premier temps les soumissionnaires de joindre à leur offre les nombreux documents administratifs et justificatifs qui doivent figurer à l'appui de chaque nouvelle soumission.
- Avant l'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur exige du soumissionnaire auquel il a décidé d'attribuer le marché de présenter les documents justificatifs.
- Les opérateurs économiques peuvent réutiliser un DUME qui a déjà été utilisé dans une procédure antérieure, à condition qu'ils confirment que les informations y figurant sont toujours valables.

- La Loi MP permet cependant au pouvoir adjudicateur de demander aux soumissionnaires à tout moment de la procédure les documents justificatifs, si cela est nécessaire pour assurer le bon déroulement de la procédure.

- Les opérateurs économiques ne sont pas tenus de présenter des documents justificatifs ou d'autres pièces justificatives lorsque et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'obtenir directement les certificats ou les informations pertinentes en accédant à une base de données nationale dans un Etat membre qui est accessible gratuitement.

Les opérateurs économiques ne sont pas tenus de présenter des documents justificatifs lorsque le pouvoir adjudicateur ayant attribué le marché ou conclu l'accord-cadre a déjà ces documents en sa possession.

- Un soumissionnaire peut être exclu de la procédure de passation de marché ou faire l'objet de poursuites s'il s'est rendu coupable de fausses déclarations en remplissant le DUME, ou s'il a caché ces informations ou n'a pas été capable de présenter les justificatifs.

- La remise du DUME est obligatoire pour les procédures relevant des livres II + III

- En ce qui concerne les procédures du livre I, la remise du DUME est possible, si le pouvoir adjudicateur a indiqué dans son cahier des charges qu'il accepte le DUME.

Dans le cadre du livre I Loi MP, il se peut qu'un pouvoir adjudicateur (non seulement accepte mais) exige la remise du DUME. Cette information doit figurer dans les documents de marché (avis de marché).

- Il est à rappeler que la remise / acceptation du DUME est (sont) obligatoire(s) pour les procédures relevant des livres II et III.

- **Il est dès lors fortement recommandé de mettre en place un document similaire au DUME pour les procédures relevant du livre I sur base d'un formulaire type mis en place au niveau national.**

Partant il s'agirait d'opérer une modification de l'article 31 de la Loi MP (Livre I) intitulé « Moyens de preuve ». Sous réserve d'une étude et réflexion plus approfondie, il est proposé à ce stade un ajout à l'article 31 (1) de la Loi MP (en italique), inspiré de l'article 72 Loi MP.

Proposition de modification (ajouts en gras soulignés) :

« Art. 31. *Moyens de preuve (Livre I)*

(1) *Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger du soumissionnaire susceptible d'être déclaré adjudicataire, la production des certificats, déclarations et autres moyens de preuve visés aux paragraphes 2, 3 et 4, ainsi qu'à l'annexe VI, à titre de preuve de l'absence des motifs d'exclusion visés à*

l'article 29 et du respect des critères de sélection, conformément à l'article 30. Les pouvoirs adjudicateurs n'exigent pas de moyens de preuve autres que ceux visés au présent article et à l'article 32.

En ce qui concerne l'article 33, les opérateurs économiques peuvent avoir recours à tout moyen approprié pour prouver au pouvoir adjudicateur qu'ils disposeront des moyens nécessaires.

Lors de la présentation de demandes de participation ou d'offres, les pouvoirs adjudicateurs acceptent une déclaration sur l'honneur (établie sur base du formulaire type mis à disposition par le Portail des marchés publics), à titre de preuve a priori en lieu et place des certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers, par laquelle l'opérateur économique concerné confirme qu'il remplit toutes les conditions suivantes : a) il ne se trouve pas dans l'une des situations, visées à l'article 29, qui doit ou peut entraîner l'exclusion d'un opérateur ; b) il répond aux critères de sélection applicables qui ont été établis conformément à l'article 30. Lorsque l'opérateur économique a recours aux capacités d'autres entités en vertu de l'article 33, une telle déclaration officielle doit également être établie par chacune de ces entités. ».

Texte applicable: Art. 90 RDG

« Art.90.

Dans le cadre de l'examen prévu aux articles 28, 29, paragraphe 7, et à l'article 33, paragraphe 1^{er}, alinéa 7 de la loi, le pouvoir adjudicateur doit demander au soumissionnaire susceptible d'être déclaré adjudicataire et, le cas échéant, aux entités auxquelles il a recours en vertu de l'article 33 de la loi, ainsi qu'à ses sous-traitants, de lui soumettre dans un délai minimum de quinze jours des attestations établies par :

- 1) *le Centre d'informatique, d'affiliation et de perception des cotisations commun aux institutions de sécurité sociale ;*
- 2) *l'Administration des contributions directes ;*
- 3) *l'Administration de l'enregistrement et des domaines,*

attestations dont il ressort que le soumissionnaire est en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale, des impôts et taxes, et relatives à la déclaration de la retenue d'impôt sur les traitements et salaires, à une date qui ne peut être ni antérieure de trois mois au jour de l'ouverture de la soumission, ni postérieure au jour de l'ouverture de la soumission ».

Recommandation :

Les exigences prescrites à l'article 90 RGD quant aux dates d'établissement des certificats, qui *in fine* sont à remettre avant l'ouverture de la soumission, poussent de nombreux pouvoirs adjudicateurs à demander d'emblée à tous les soumissionnaires de fournir les certificats officiels des administrations, en exigeant ainsi souvent à la fois ces certificats et le DUME. Cet article ou son interprétation devrait ainsi être corrigé(e) afin qu'il ne soit pas obvié à la pleine application du DUME, censé remplacer les certificats officiels lesquelles sont à réclamer uniquement « au soumissionnaire susceptible d'être déclaré adjudicateur ». Il est également recommandé de réfléchir à comment le principe "once only" pourrait être implémenté en matière de marchés publics.

II.1.2. Assurance tous risques chantier

Texte applicable : Article 32 RGD

Le pouvoir adjudicateur devrait être chargé de contracter une assurance tous risques chantier pour les marchés publics de travaux d'envergure ou de travaux à effectuer sous forme d'entreprise générale.

Il conviendrait également de clarifier ce que la notion de « *marché public de travaux d'envergure* » signifie afin d'harmoniser les pratiques.

Proposition de modification (ajouts en gras soulignés, suppression en barré) :

« Art. 32.

*(1) En cas de passation d'un marché public de travaux d'envergure ou de travaux à effectuer sous forme d'entreprise générale, **le pouvoir adjudicateur doit obligatoirement contracter** une assurance tous risques chantier couvrant toutes les entreprises intervenant dans les travaux faisant l'objet du marché. ~~doit être produite par la ou les entreprise(s) déclarée(s) adjudicataire(s) ou par l'entrepreneur général. Cette assurance peut prendre en compte des polices tous risques chantier de différentes entreprises, sans préjudice que la responsabilité globale incombe à l'entrepreneur général.~~*

(2) ~~Le paragraphe 1^{er} n'est pas d'application si le pouvoir adjudicateur a contracté une assurance tous risques chantier.~~ ».

II.1.3. Critère de participation concernant le chiffre d'affaires minimum

Texte applicable : Article 30 Loi MP

Il convient de prévoir ou de confirmer, au besoin en modifiant ou clarifiant la disposition légale applicable, que le chiffre d'affaires annuel minimal exigible est à proportionner à la durée prévue du marché.

Ainsi par exemple, pour un marché d'une valeur 100.000 € et d'une durée d'une année, ce maximum est de 200.000 € (limite du double de la valeur estimée du marché). Ce maximum est en revanche de moitié

(100.000 €) si le marché dure deux ans. **Il convient donc de préciser à l'article 30 Loi MP) que le chiffre d'affaires annuel minimal exigible est à proportionner à la durée prévue du marché. La valeur estimée du marché à considérer pour déterminer le chiffre d'affaires annuel minimal exigible doit être la valeur annuelle et non pas la valeur totale du marché pour toute sa durée (par ex. pour un marché de 2 ans, le chiffre d'affaires annuel exigible est à diviser par deux).**

Proposition de modification (ajouts en gras soulignés) :

« Art. 30.

(3) En ce qui concerne la capacité économique et financière, les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer aux opérateurs économiques des conditions garantissant que ceux-ci possèdent la capacité économique et financière nécessaire pour exécuter le marché. À cette fin, les pouvoirs adjudicateurs peuvent en particulier exiger que les opérateurs économiques réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal donné, notamment un chiffre d'affaires minimal donné dans le domaine concerné par le marché. En outre, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que les opérateurs économiques fournissent des informations sur leurs comptes annuels indiquant le rapport, par exemple, entre les éléments d'actif et de passif. Ils peuvent également exiger un niveau approprié d'assurance des risques professionnels.

*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 **permettant de dépasser ce plafond** tels que ceux ayant trait aux risques particuliers inhérents à la nature des travaux, services ou fournitures. **Si la durée prévisible du marché excède une année, la valeur estimée du marché déterminant ce plafond du chiffre d'affaires annuel minimal exigible doit être réduite proportionnellement, afin de correspondre à la valeur annuelle et non à la valeur totale du marché sur toute sa durée.***

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.

Le ratio entre les éléments d'actif et de passif peut être pris en compte lorsque le pouvoir adjudicateur précise les méthodes et les critères de cette prise en compte dans les documents de marché. Ces méthodes et critères sont transparents, objectifs et non discriminatoires.

Lorsqu'un marché est divisé en lots, le présent article s'applique à chacun des lots. Cependant, le pouvoir adjudicateur peut fixer le chiffre d'affaires annuel minimal que les opérateurs économiques sont tenus de réaliser pour des groupes de lots, dans l'éventualité où le titulaire se verrait attribuer plusieurs lots à exécuter en même temps.

Lorsque des marchés fondés sur un accord-cadre sont à attribuer à la suite d'une remise en concurrence, l'exigence maximale en termes de chiffre d'affaires annuel visée à l'alinéa 2 est calculée sur la base de la taille maximale prévue des marchés spécifiques qui seront exécutés en même temps ou, si ce montant n'est pas connu, sur la base de la valeur estimée de l'accord-cadre. Dans le cas des systèmes d'acquisition dynamiques, l'exigence maximale en termes de chiffre d'affaires annuel visée à l'alinéa 2 est calculée sur la base de la taille maximale prévue des marchés spécifiques devant être attribués dans le cadre desdits systèmes. ».

II.2. Les bonnes pratiques à mettre en place

II.2.1. Elaboration d'un guide de bonnes pratiques

Les auteurs du présent document ont identifié un certain nombre de dispositions, qui, si elles ne nécessitent pas nécessairement une modification, suscitent toutefois des interrogations et des problèmes pratiques en raison des divergences d'interprétation des pouvoirs adjudicateurs.

Afin de clarifier et d'harmoniser les pratiques, ainsi que dans un souci de sécurité juridique pour l'ensemble des parties, il est suggéré d'élaborer et de mettre à disposition des maîtres d'ouvrages publics et des opérateurs économiques un guide de bonnes pratiques concernant la mise en œuvre de la législation sur les marchés publics.

Un tel guide, bien que sans valeur contraignante, pourrait contribuer à éclairer les pouvoirs adjudicateurs et les soumissionnaires, renforçant ainsi la sécurité juridique et l'harmonisation des pratiques au niveau national. Des bonnes pratiques seront recommandées pour chaque partie du présent document.

II.2.2. Annulation des marchés du fait qu'aucune offre (satisfaisante) n'ait été remise ou du fait du dépassement du devis estimatif

Texte applicable : Article 39 Loi MP

« Section III - Renonciation à la passation d'un marché et annulation

Art. 39. Hypothèses

(1) 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.

(2) Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut renoncer à la passation d'un marché par décision motivée. La Commission des soumissions doit, dans ce cas, être préalablement entendue en son avis.



(3) Sans préjudice d'autres causes de nullité, une procédure de passation d'un marché peut être annulée pour les motifs suivants :

a) si aucune des offres ne répond aux conditions prescrites ou si le pouvoir adjudicateur a considéré la soumission comme n'ayant pas donné de résultat satisfaisant. Dans ce dernier cas, le pouvoir adjudicateur doit prendre, préalablement à l'annulation, l'avis de la Commission des soumissions ;

b) s'il est établi que les soumissionnaires, au mépris de l'honnêteté commerciale, se sont concertés pour établir leur prix ;

c) si, à la suite de circonstances imprévues, les bases de la passation du marché ont subi des changements substantiels ;

d) si toutes les offres susceptibles d'être acceptées ont été retirées à l'expiration du délai de passation du marché ;

e) s'il a été reconnu que des erreurs substantielles sont contenues dans le dossier de soumission ou que des irrégularités d'une influence décisive ont été constatées au sujet de l'établissement des offres ;

f) s'il est établi que des tiers ont entravé ou troublé la liberté des soumissionnaires par violence ou par menaces soit avant, soit pendant les soumissions. »

Recommandations :

En cas d'annulation de la soumission, il doit être recommandé au pouvoir adjudicateur d'actualiser le devis dans l'hypothèse d'une nouvelle remise en adjudication publique des travaux.

De même, des méthodes indicatives d'évaluation du coût des marchés en amont des procédures pourraient s'avérer utiles pour éviter les cas (trop) fréquents d'offres extrêmement éloignées du budget initialement évalué par le pouvoir adjudicateur.

II.2.3. Cahier des charges clair et précis

Textes applicables : Articles 13, 14 et 15 RGD

« 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 détaillé, 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 ».

« 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 ».

Recommandations :

- Il est obligatoire de prévoir des positions séparées et détaillées pour tous les travaux et toutes les prestations de services à fournir par les soumissionnaires. La pratique montre cependant que souvent des positions font défaut comme p.ex. pour les prestations « d'installation de chantier » ou de la « sécurité de chantier ». Ce point devrait être précisé en tant que bonne pratique à observer. En effet, dans ce cas, l'opérateur économique est obligé d'intégrer les prix pour ces travaux / prestations dans les prix des autres prestations fournies. Cette façon de procéder nuit à une concurrence saine et est contraire à la règle de devoir traiter tous les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination.
- Concernant la prestation de la « sécurité sur chantier », le pouvoir adjudicateur devrait décrire son concept de sécurité de façon précise au lieu de demander pour cette prestation un montant forfaitaire.

II.2.4. Fiches techniques

Texte applicable : Article 207 RGD

Recommandations :

Les expériences des acteurs du terrain montrent que les entreprises sont trop souvent contraintes de fournir – en phase de soumission - une fiche technique sur le produit/matériau offert.



- Dans les documents de marché, les pouvoirs adjudicateurs doivent fournir une description précise des caractéristiques requises d'un produit/matériau de manière telle qu'il répond à l'usage auquel il est destiné.
- En termes de bonnes pratiques, l'entreprise ne devrait être obligée (en phase de soumission) de fournir une fiche technique que dans le seul cas où un doute sérieux existe sur la conformité du produit/matériau offert.

II. 2.5. Critères de participation aux marchés (sélection des participants aux marchés)

Les critères de participation au marché doivent être justifiables, liés à l'objet du marché et proportionnés.

La notion de juste proportionnalité à considérer pour tout marché paraît antinomique avec des critères (conditions minima de participation) parfois trop drastiques, excluant de facto un grand nombre voire la plupart des opérateurs luxembourgeois.

Il convient d'indiquer comme bonne pratique de fixer des critères de participation dans un sens plus proportionné et davantage en phase avec les réalités du marché national luxembourgeois.

III. PHASE « PUBLICATION DE L'AVIS DE MARCHE »

III.1. Les bonnes pratiques à mettre en place

III. 1.1. Délais de soumission

Texte applicable : Art. 43 RGD

« Art. 43.

L'avis de marché n'est lancé que si toutes les pièces de la soumission visées aux articles 13 et 14 sont prêtes, que les autorisations requises sont disponibles et que les prestations peuvent être entamées dans un délai ne dépassant normalement pas six mois. ».

Recommandation :

Dans la pratique, ce délai de six mois n'est que difficilement respecté en raison des délais imposés par d'autres textes :



- ✓ Délai de soumission de 27 ou 42 jours au moins selon la nature des travaux, fournitures ou services (Art. 48 RGD) ;
- ✓ Délai de passation du marché allant jusqu'à 5 mois pour les marchés d'envergure (Art. 49 RGD) ;
- ✓ Délai de « standstill » de 15 jours situé entre la date d'envoi des courriers adressés aux soumissionnaires non retenus, les informant de la décision d'adjudication en faveur de leur concurrent, et la date à laquelle l'acheteur public peut procéder à la conclusion du contrat par l'apposition de sa signature sur l'offre remise par l'adjudicataire (Art. 98 RGD) ;
- ✓ Soit un total maximal supérieur au délai de six mois prévu à l'article 43 RGD.

Il convient de s'interroger sur la cohérence de ce délai avec la pratique et les autres délais prévus.

Texte applicable : Article 48 RGD

« Art. 48

Pour des travaux, fournitures ou services importants, ce délai doit être de 42 jours au moins. Lorsqu'il s'agit de travaux, fournitures ou services de moindre importance ou en cas d'urgence, ce délai peut être ramené à 27 jours au moins.

Ces délais commencent à courir à partir de la date de la publication de l'avis sur le portail des marchés publics. Ils peuvent être réduits de 5 jours si le pouvoir adjudicateur accepte que les offres soient soumises par voie électronique, conformément à l'article 196.

Lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée par le pouvoir adjudicateur, rend les délais prévus aux alinéas 1 et 2, impossibles à respecter, il peut fixer un délai qui ne peut être inférieur à 15 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché. ».

Recommandations :

L'expérience du terrain montre que les pouvoirs adjudicateurs utilisent le plus souvent les délais minimaux de soumission prévus, ce qui oblige les candidats / soumissionnaires à remplir les documents de marché endéans des délais très serrés. Cette approche accroît le risque d'erreurs et présente des risques réels en ce qui concerne la qualité des dossiers remis. Dans la pratique, il arrive fréquemment qu'à la demande des participants au marché, les délais soient prolongés alors que les pouvoirs adjudicateurs se rendent compte du caractère irréaliste du délai de remise initialement prévu.

Les pouvoirs adjudicateurs devraient publier, dans leur propre intérêt, les avis de marchés le plus tôt possible et prévoir un délai raisonnable pour la remise des candidatures / offres jusqu'à l'ouverture des soumissions.



Il importe que le législateur précise la notion de travaux ou de services « de moindre importance » reprise à l'article 48 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018.

III.1.2. Communications des plans et documents

Textes applicables : Articles 54 et 196 RGD

« Art. 54.

Des renseignements supplémentaires concernant la prestation demandée ou les bases de calcul des prix fournis pendant le délai de soumission à l'un des concurrents, doivent être communiqués simultanément par lettre recommandée à tous les concurrents [...] ».

« Art. 196. (Règles applicables aux communications et à l'utilisation de moyens électroniques)

Toutes les communications et tous les échanges d'informations effectués en vertu du présent livre, et notamment la soumission électronique des offres, doivent être réalisés par des moyens de communication électroniques, conformément aux exigences du présent chapitre. [...] ».

Recommandations :

Les expériences des acteurs du terrain montrent qu'il arrive que le soumissionnaire, qui a téléchargé le contenu de l'avis de marché 15 jours après la publication de l'avis de marché, n'obtient pas les communications et échanges d'informations antérieurs.

Afin de respecter les principes les plus fondamentaux que sont la transparence, l'équité de traitement des concurrents et l'égalité des chances, tous les soumissionnaires devraient être avisés de toutes les communications et échanges d'informations en phase de soumission et ce de préférence automatiquement via le Portail des marchés publics.

IV. PHASE « REMISE DES OFFRES »

IV.1. Les bonnes pratiques à mettre en place

IV. 1.1. Mise en cause des valeurs seuils

Lors de l'élaboration de leur offre, les entreprises sont priées de considérer les valeurs seuils relatives à l'augmentation des prix des matières premières applicables à la date de soumission. Les valeurs sont mises à jour tous les trimestres.



Suivant le modèle de calcul élaboré, l'entreprise n'a pas droit à une adaptation du contrat si la hausse des prix des matières premières est inférieure ou égale à la valeur seuil considérée. Sont donc seulement prises en compte les variations de prix qui dépassent la valeur seuil.

L'entreprise qui considère les valeurs seuils lors de l'élaboration de son offre n'a aucune chance d'obtenir le marché.

Recommandation :

Considérant qu'une hausse importante et imprévisible des prix est une hausse qui dépasse le taux d'inflation de 2,1 % par an, le principe même des valeurs seuils à considérer par les entreprises est mis en cause.

Notons qu'une hausse moyenne de 2,1 % par an, due à l'évolution économique « ordinaire », a en effet été constatée au cours des dernières 40 années.

Un groupe de travail a été mis en place au niveau du CRTI-B (ministère de la Mobilité et des Travaux Publics, ABP, FDA, CDM, Groupement des entrepreneurs, OAI) dont les travaux ont abouti à une proposition d'adaptation de la méthode de révision de base.

Le groupe de travail est en attente de l'étude et validation de la méthode de révision de prix « affinée » par le ministère depuis août 2023.

IV.1.2. Facteur « Risque et bénéfice »

Avant que le pouvoir adjudicateur procède au calcul de l'adaptation du contrat, le montant de chaque facture est actuellement réduit de 10 % pour prendre en compte le facteur « Risque et Bénéfice ».

Le montant restant est divisé en quote-part « main d'œuvre » et quote-part « matériaux » et l'enrichissement des matériaux depuis la remise de l'offre est par la suite déterminé à l'aide de l'application des indices allemands du « Baupreisindex DESTATIS » propres à chaque corps de métier.

Recommandation :

Il importe de procéder, en collaboration avec le CRTI-B, à une adaptation de la valeur du facteur « Risque et Bénéfice » aux réalités économiques actuelles.

V. PHASE « OUVERTURE DES OFFRES »

V.1. Les modifications d'ordre textuel

V.1.1. Pour une cohérence de traitement des candidatures

Texte applicable : Article 79 RGD

Il ne paraît pas opportun de permettre un examen des offres avant que les vérifications obligatoires prévues par les articles 29 et 34 Loi MP n'aient été réalisées. En effet, une telle pratique pourrait conduire à des biais de sélection et à des décisions partiales délétères d'un point de vue de l'égalité de traitement des candidats.

L'article 79 RGD devrait être supprimé afin d'assurer une cohérence dans le traitement des candidatures. Il ne paraît plus d'utilité avec la généralisation du DUME.

V.1.2. Publication des résultats

Texte applicable : Article 97 RGD

D'une manière générale, la publication des résultats de la soumission prend trop de temps. Les entreprises ont besoin d'une certaine prévisibilité quant aux travaux à réaliser à court et à moyen terme.

Il conviendrait d'indiquer un délai pour l'information de l'adjudicataire et des concurrents du résultat de la procédure.

Dans un souci de transparence, il importe également d'informer du résultat de la soumission les autres soumissionnaires après l'attribution du marché.

Il faut informer les soumissionnaires du résultat provisoire non vérifié de la soumission directement après l'ouverture de la soumission, de préférence via le portail des marchés publics.

Il suffirait de communiquer à tous les soumissionnaires les montants des offres remises sans préciser quelle entreprise a remis quelle offre.

Une sensibilisation de la part du ministère des Travaux Publics en ce sens auprès de tous les pouvoirs adjudicateurs serait à recommander.

Proposition de modification (ajouts en gras soulignés, suppression en barré) :

« Art. 97.

(1) **Dans un délai de 15 jours suivant l'attribution du marché**, L'adjudicataire est avisé de la décision d'attribution du marché public au moyen du portail visé à l'article 270 si l'utilisation de moyens de communication électroniques est obligatoire en vertu du Livre II ou si le pouvoir adjudicateur a prescrit l'utilisation de ce portail et par lettre dans les autres cas. Cet avis doit mentionner la procédure prévue à l'article 98.

(2) **Endéans le même délai**, ~~De même~~, le pouvoir adjudicateur informe par écrit ~~dans les meilleurs délais~~ les autres concurrents qu'il ne fait pas usage de leur offre, avec l'indication **détaillée** des motifs à la base de la non-prise en considération de celle-ci. Il leur est restitué les échantillons, projets et autres pièces dont ils ont accompagné leur offre. **Le pouvoir adjudicateur fournit, lorsque le marché a été attribué, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue ainsi que l'identité de l'opérateur économique auquel le marché est attribué.**

(3) Lorsqu'ils communiquent les motifs, les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de ne pas communiquer certains renseignements lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'un opérateur économique particulier, public ou privé, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques. »

V.2. Les bonnes pratiques à mettre en place

V.2.1 Critères d'attribution

Texte applicable : Article 35 Loi MP

« Art. 35.

(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. [...] ».

Recommandations :

Les entreprises constatent que bien souvent le choix des attributaires se fonde exclusivement sur le critère du prix, au détriment du rapport qualité/prix. Ceci se fait bien souvent au détriment de la qualité et ne participe pas à une gestion saine, responsable et durable des finances publiques.

VI. PHASE « PASSATION DE COMMANDE »

Textes applicables : Articles 49, 50 et 98 RGD

« Art. 49.

(1) *Le terme de la procédure de passation du marché public ne dépasse normalement pas 2 mois à compter du jour de l'ouverture de la soumission.*

(2) *Pour la passation de marchés publics d'envergure, le cahier spécial des charges peut prévoir un délai plus long sans qu'il ne puisse excéder 5 mois »*

« Art. 50.

Les soumissionnaires sont liés à leur offre jusqu'à l'expiration de ce délai. Si l'attribution du marché public ne peut avoir lieu dans ce délai, les soumissionnaires dont les offres ont été reconnues valables et avantageuses sont invités à se prononcer sur la prolongation du maintien de leur offre. »



« Art. 98 (Passation de commande)

La conclusion du contrat avec l'adjudicataire a lieu après un délai d'au moins 15 jours à compter de l'information donnée aux autres concurrents suivant les dispositions de l'article 97, paragraphe 2. »

Recommandations :

✓ Tous les soumissionnaires doivent obligatoirement être informés sur la conformité ou non de leur offre et, le cas échéant, sur le lancement d'une procédure d'annulation du marché.

✓ Après l'expiration du délai de 2 mois, respectivement de 5 mois, il serait utile que le pouvoir adjudicataire propose obligatoirement à tous les soumissionnaires une adaptation du contrat, les notions « d'offres reconnues valables et avantageuses » étant trop imprécises et source d'insécurité juridique.

Après cette proposition, les soumissionnaires devraient se prononcer sur la prolongation du maintien de leur offre.

Cette façon de procéder permettrait d'éviter un désistement des participants aux marchés et partant l'annulation de la soumission.

✓ La notion de « marchés de moindre importance » à laquelle fait référence l'article 48 RGD serait à définir expressément, dans un souci de sécurité juridique et de simplification, de préférence par référence à des seuils.

Proposition de modification : Article 50 RGD (suppression en barré)

« Les soumissionnaires sont liés à leur offre jusqu'à l'expiration de ce délai. Si l'attribution du marché public ne peut avoir lieu dans ce délai, tous les soumissionnaires ~~dont les offres ont été reconnues valables et avantageuses~~ sont invités à se prononcer sur la prolongation du maintien de leur offre. ».

VII. PHASE « EXECUTION DES MARCHES »

VII.1. Les modifications d'ordre textuel

VII.1.1. Adaptation du contrat

Texte applicable : Article 109 RGD

Cet article prévoit une possibilité d'adaptation du contrat dans certaines circonstances. Il a déjà été relevé que les expériences des acteurs du terrain montrent que très souvent un long délai s'écoule entre l'ouverture des soumissions et la passation de commande. Ce manque de prévisibilité provoque des perturbations organisationnelles au sein des attributaires ayant remporté le marché, notamment sur le plan de l'affectation des équipes aux différents projets ou chantiers. Par ailleurs, les longs délais ont un impact sur les prix, surtout en période d'inflation élevée pendant laquelle les prix des matériaux et les salaires augmentent significativement. Or, ceci porte préjudice à la santé financière des entreprises, alors que les marges bénéficiaires sont réduites, surtout en période de crise.

Afin d'éviter les incertitudes et discussions incessantes entre adjudicataire et pouvoir adjudicateur, il est recommandé d'introduire non pas une possibilité de modification, qui resterait donc soumise au bon vouloir du pouvoir adjudicateur, mais d'introduire une obligation de modification.

Proposition de modification (ajouts en gras soulignés, suppression en barré) :

« Art. 109.

(1) Le contrat ~~peut~~ **doit** être adapté :

1) si, depuis la remise de l'offre, des variations imprévisibles de prix ou de salaires se sont produites suite à des interventions légales ou réglementaires ;

2) si, depuis la remise de l'offre, des fluctuations importantes et imprévisibles des prix peuvent être constatées dans les cotations officielles, les mercuriales ou les publications de prix des matières premières.

(2) Les cahiers spéciaux des charges peuvent prévoir des formules de calcul pour déterminer les adaptations des contrats. Dans ce cas, ils indiquent le champ d'application de ces formules ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Si les cahiers spéciaux des charges prévoient de telles formules, les dispositions prévues par l'article 109, paragraphe 1er, et par les articles 110 à 118 ne sont pas applicables. Les formules ne permettent pas de modifier le marché ou l'accord-cadre initial de manière à en changer la nature globale ».

VII.2. Les bonnes pratiques à mettre en place

VII.2.1 Validation du métré

Texte applicable :

« *Cluses contractuelles générales du CRTI-B*

1.5.9. Métrés

- *Les factures de l'opérateur économique sont à établir sur base d'un métré contradictoire. A cette fin, la partie la plus diligente soumet le métré des prestations réalisées jusqu'à ce jour à l'autre partie pour vérification. Cette dernière doit contrôler et aviser ledit métré endéans les 21 jours de sa réception.*
- *Le pouvoir adjudicateur peut, en raison de motifs communément acceptés et vu l'objet du marché, dispenser l'opérateur économique, après demande motivée de celui-ci, de l'établissement d'un métré contradictoire. Les métrés pourront notamment être établis suivant plan. Les dispositions particulières relatives aux métrés sont reprises aux clauses contractuelles particulières.*
- *Le métré doit être établi de manière complète et dans des délais requis afin de permettre à la maîtrise d'œuvre de le contrôler et de le valider en temps utile »*

Recommandations :

- ✓ Le métré devrait être contrôlé et avisé endéans les 21 jours de sa réception conformément aux clauses contractuelles générales du CRTI-B.
- ✓ Un constat d'avancement simplifié et contradictoire doit pouvoir servir comme base d'une facture à établir par l'opérateur économique (nouvelles CCG, non encore en vigueur)
- ✓ L'entreprise doit pouvoir établir une facture validée après l'expiration du délai de contrôle de 21 jours du métré.

VIII. PHASE « PAIEMENT DE LA FACTURE »

VIII.1. Les modifications d'ordre textuel

VIII.1.1. Délais de paiement

Texte applicable : Article 137 RGD

Les expériences du terrain montrent que les entreprises sont souvent confrontées à des délais de paiement d'environ 6 mois.

Les délais de paiement sont également souvent trop longs pour les concepteurs (Professions OAI).

La procédure de contrôle de la facture est beaucoup trop lourde. Le délai de paiement excessif expose les opérateurs économiques à des problèmes de liquidités et ce surtout en période de crise.

Ce problème a déjà été pointé dans un rapport de la Commission européenne de 2020 « *Late payment in the construction sector* », ainsi que dans un rapport plus récent (2023) soulignant notamment que la réglementation « *insufficiently clarifies how to handle the duration of verification procedures, very*



common in public procurement. In practice, payment terms are lengthened by delaying the moment a creditor is allowed to send the invoice... ».

Les dispositions légales en vertu desquelles le paiement de la facture définitive doit se faire endéans 30 jours, devraient impérativement être appliquées, dans la pratique administrative, de manière systématique.

Il est également rapporté en pratique que certains pouvoirs adjudicateurs prévoient dans le cahier de charges que dans l'hypothèse où le paiement intervient dans un délai de x jours ouvrables à compter de réception de la facture par le maître d'ouvrage, ce dernier pourra déduire un escompte de 2 % du montant de ladite facture. Il convient de laisser à l'entreprise le choix d'accepter ou non la déduction d'un escompte du montant de la facture.

Proposition de modification (ajouts en gras soulignés) :

« Art. 137.

« (1) *Le paiement de la facture définitive portant sur l'ensemble des travaux, fournitures ou services, y inclus les montants retenus en garantie, déduction faite des montants d'acompte déjà liquidés, intervient suivant les délais prévus par la loi du 29 mars 2013 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, portant transposition de la directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, et portant modification de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard.*

(2) *Passé ce délai, des intérêts légaux pour retard de paiement tels que prévus par la loi du 29 mars 2013 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, portant transposition de la directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, et portant modification de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard, sont dus à l'adjudicataire. **Lors du paiement, le pouvoir adjudicateur, et ce même en l'absence de toute demande en ce sens de la part de l'adjudicataire, procédera à la liquidation des intérêts de retards dus.***

(3) Aucun escompte n'est applicable en matière de marchés publics. »

VIII.2. Les bonnes pratiques à mettre en place

VIII.2.1. Retenue de garantie / Garantie bancaire

Texte applicable : Article 125 RGD

« Art.125.

A la demande de l'adjudicataire, la retenue de garantie de 10 pour cent peut être remplacée par une garantie bancaire ou émanant d'une mutualité de cautionnement. ».

En l'absence d'allotissement, les entreprises sont confrontées au problème du blocage de la garantie bancaire du fait qu'elles ne peuvent pas clôturer le marché de travaux attribué, notamment dans le cas où le marché comprend deux lots différents (p. ex. lot « gros œuvre » et lot « aménagement extérieur »).

Dans l'exemple donné, les travaux du 2^{ème} lot (aménagement extérieur) ne peuvent être exécutés que 1-3 années après l'exécution du 1^{er} lot (gros œuvre).

Les entreprises sont également souvent confrontées au problème que le pouvoir adjudicateur n'accepte pas de garantie bancaire avec une date de fin de validité.

Recommandations :

- Le pouvoir adjudicateur devrait libérer la partie de la garantie bancaire se rapportant aux travaux qui ont été réceptionnés (cf. Modifications proposées concernant l'art.133 RMP).
- Le pouvoir adjudicateur devrait accepter deux garanties bancaires se rapportant aux différents lots, ou
- le pouvoir adjudicateur devrait lancer deux appels d'offres séparés (cf. recommandation relative à l'allotissement de principe).
- Il est important de remédier à la pratique qui oblige les entreprises à donner une garantie bancaire avec une date de validité à durée indéterminée.

IX. PHASE « RECEPTION DES TRAVAUX »

IX.1. Les bonnes pratiques à mettre en place

IX.1.1. Certificats de bonne exécution

Actuellement, les différents pouvoirs adjudicateurs demandent des certificats avec des contenus très différents et variables dans le temps.

Cela implique qu'il faut demander itérativement des certificats aux maîtres d'ouvrages. Parfois, les maîtres d'ouvrages refusent de produire un nième certificat, ou refusent d'indiquer certaines



informations, qui sont toutefois demandées dans l'appel d'offres (ceci pouvant aller jusqu'au cas extrême où l'administration même ayant établi l'appel d'offres, refuse d'établir des certificats avec les informations en question).

Recommandation :

Il conviendrait de fixer un standard obligatoire pour le contenu d'un certificat de bonne exécution et d'assurer qu'un certificat de bonne exécution soit envoyé aux entreprises après la réception des travaux sans que celles-ci doivent en faire la demande.

Positions spécifiques OAI

1. Procédure restreinte sans publication d'avis et Procédure négociée

Texte applicable : Article 20 Loi MP

L'OAI estime qu'il existe une incohérence à l'article 20 (Livre I) de la Loi MP : le recours à une procédure négociée pour les services de conception n'est admis (en dehors des cas prévus sous les points (1) a) et (3)) que très restrictivement (par exemple, le marché fait suite à un concours) pour la seule tranche de marché dépassant le seuil de 14.000 € HT *INDICE 100, mais inférieurs aux seuils européens.

Or, dans le cadre du Livre II (ou III), pour les marchés européens, une procédure concurrentielle avec négociation est par principe admise (sous réserve d'une publication d'un avis de marché) lorsque les services "portent notamment sur de la conception ou des solutions innovantes" (art. 63(2) Loi MP).

Le montant de 14.000 € HT *INDICE 100 correspond actuellement au montant de 144.986,80 € hors TVA (valeur actualisée pour l'année 2026 du seuil de 14.000 euros hors TVA nombre indice 100 prévu à l'article 20(3) de la loi sur les marchés publics).

A la suite des nouveaux seuils européens (2026-2027), à savoir 140.000 € pour les marchés publics de l'Etat et 216.000 € pour les marchés des communes, ce problème vise donc spécifiquement les marchés des communes pour les marchés se trouvant dans la tranche allant de 144.986,80 € à 216.000 € (htva).



2. Marchés Design & Build / Partenariat public privé (PPP)

Il n'existe pas dans la loi luxembourgeoise des dispositions spécifiques sur les marchés globaux de conception-réalisation d'ouvrages ou les PPP.

Ceci entraîne un flou juridique et des difficultés sur l'intégration, dans un tel schéma, des équipes de maîtrises d'œuvre auxquelles a recours le promoteur-constructeur, y compris au regard des règles déontologiques propres aux professions d'architecte et d'ingénieur-conseil. Une réflexion est à mener sur ce sujet.

3. Assurance

Il est inéquitable que seuls les architectes et ingénieurs-conseils soient légalement tenus de disposer d'une assurance obligatoire couvrant leurs responsabilités civiles et professionnelles, dont la responsabilité décennale (articles 1792 et 2270 du Code civil). Il serait utile de réactiver et de compléter à ces fins le projet de loi n°5704 portant réforme des régimes de responsabilité en matière de construction et modifiant le Code civil déposé en 2007, en le complétant avec un volet sur l'assurance obligatoire des acteurs du secteur de la construction.

4. Les MAPA

Dans la présente note élaborée par le Groupe de Travail, il est proposé d'instituer des « marchés en procédure adaptée » (MAPA), de sorte à permettre au pouvoir adjudicateur de mettre en place (pour les marchés nationaux visés tombant sous le Livre I) des procédures allégées par rapport aux exigences de la procédure formalisée. Tout en y étant favorable dans son principe et estimant qu'une réflexion à ce sujet est très pertinente, l'OAI tient à préciser que la liberté accrue du pouvoir adjudicateur offerte par un tel dispositif (inspiré du droit français) ne saurait être absolue.

La forme des consultations MAPA est par définition libre, ouvrant la voie à toutes sortes de pratiques, dont certaines sont à déconseiller, en particulier pour les marchés de maîtrise d'œuvre. Pour ces derniers, **il conviendra de bien distinguer entre la procédure adaptée, sans remise de prestations, d'une part, et celle avec prestations et obligatoirement indemnisation des candidats, d'autre part.**



Dans le cadre d'une MAPA, le Conseil d'Etat français a jugé que le versement d'une prime, dont le montant doit être suffisant au regard des prestations demandées, a pour objectif de garantir l'égal accès à la commande publique pour l'ensemble de la profession d'architecte².

En général, l'OAI estime que la procédure négociée (et la procédure concurrentielle avec négociation au niveau européen) est la plus idoine pour un marché de maîtrise d'œuvre, alors qu'elle autorise un dialogue entre le pouvoir adjudicateur et les équipes candidates admises à négocier. L'OAI promeut par ailleurs la fixation des critères de sélection et d'attribution selon la philosophie Quality-Based Selection (QBS) et a établi à cet effet un "Guide QBS" (www.qbs.lu).

Plus largement l'OAI souhaiterait une « procédure adaptée » spécifique aux marchés de conception, et renvoie à la « Déclaration de Luxembourg », portant la revendication de voir reconnaître la spécificité des marchés des services intellectuels³.

5. Autres propositions de l'OAI

Par courrier du 8 avril 2025 adressé à Madame Yuriko Backes, Ministre de la Mobilité et des travaux publics, l'OAI a émis des propositions de simplification au niveau de la législation sur les marchés publics, dans le cadre la consultation dans la perspective de la réforme des Directives européennes sur les marchés publics et concernant les enjeux pour les Professions OAI.

L'OAI renvoie à ce document publié et accessible sur Internet:

https://www.oai.lu/files/Avis/2025/Lettre_MMTP_Mme_Backes_re-Future_rforme_de_la_lgislation_sur_les_marchs_publics_20250408.pdf

² Conseil d'Etat, 7^{ème} – 2^{ème} chambres réunies, 17 mai 2017, n° 396034

³ [Déclaration de Luxembourg sur les Marchés Publics, adoptée à Luxembourg le 15 mai 2025 à l'occasion de la Conférence Architectes + Ingénieurs : Un Partenariat Pour Une Conception Résiliente, organisée par le CAE, l'EFCA, l'ECEC et l'OAI](#)

