

La nouvelle loi et le nouveau règlement sur les marchés publics : Les plus grands changements

FIT4TENDERS V

Me Sébastien COUVREUR
Avocat à la Cour

5 décembre 2018

Introduction

Une évolution, pas une révolution

L'on conserve la logique systémique (les principes généraux, les procédures, etc.) mais...

Volonté d'utiliser les marchés publics comme outils de changements sur deux axes : économie et environnement :

- Simplification administrative notamment pour favoriser l'accès (direct) aux marchés pour les PME (limites au niveau des conditions minimales de participation, recours plus systématique à la division en lot, ...).
- Intégration des critères sociaux et environnementaux à tous les stades : passation, exécution.
- Prendre en considération la jurisprudence de la Cour de Justice.
- Clarifier différents points de droit (champ d'application des textes, marchés in house, entre pouvoirs adjudicateurs, notion de conflits d'intérêts, consultations préalables à l'adjudication, notion de marchés mixtes, modifications du contrat en cours d'exécution...).

Mesures phares :

- DUME – plateforme E-certis (simplification administrative).
- Dématérialisation - Remise électronique des offres (Les pouvoirs adjudicateurs sont obligé de les accepter depuis le 18 octobre 2018 pour les marchés européens).
- Simplification des procédures de marchés R&D et innovants (partenariat d'innovation).
- Approche plus durable et plus globale des coûts pour les pouvoirs publics (possibilité d'attribution du marché sur base du critère rapport coût/efficacité – référence à des labels, normes de gestion environnementales, etc.).
- Elargissement sensible des cas d'exclusion des soumissionnaires ou de leurs sous-traitants à la participation aux marchés publics (avec recours en réformation).

(a) Les textes

Ancien régime :

- Loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics.
- Règlement grand-ducal d'exécution du 3 août 2009.

Nouveau régime :

- Loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics.
- Règlement grand-ducal d'exécution du 8 avril 2018.
- Loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution de **contrats de concession**.
- Règlement grand-ducal du 3 juillet 2018 portant exécution de la loi sur l'attribution de **contrats de concession**.

- (Presque) pas de dispositions transitoires dans la loi de 2018 !
- Les procédures entamées avant l'entrée en vigueur de la loi de 2018 resteraient régies par l'ancienne loi. Quid des contrats en cours ?



(b) Les textes

Dématérialisation :

- Règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des **moyens électroniques** dans les procédures des marchés publics (...)
- Règlement ministériel du 2 décembre 2013 instituant les conditions d'utilisation du **portail** des marchés publics.
- Dispositions éparses du RGD de 2018 (principalement articles 196 et suivants).

Recours :

- Loi modifiée du 10 novembre 2010 relative aux **recours** en matière de marchés publics et d'attribution de contrats de concession.

Sous-traitance :

- Loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de **sous-traitance**.

Concours :

- 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.

(c) Les textes

Guides et circulaires :

- Circulaire du Ministre François BAUSCH du 17 juillet 2018 relative aux nouveautés en matière de marchés publics (Annexe 1, 2, 3, 4, 5).
- Circulaire relative à la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics.
- Guide pratique pour le document unique de marché européen (DUME).
- Guide pour les entreprises (remise électronique des offres).

Rappels importants !

(a) Dossier de soumission

- Obligation pour le soumissionnaire d'informer le pouvoir adjudicateur des **ambiguïtés, erreurs ou omissions** dans le dossier de soumission (min 7 jours avant ouverture de la soumission) sous peine de forclusion.

→ Un soumissionnaire n'est plus admis à faire valoir ultérieurement en justice ces carences dans le dossier de soumission qui l'auraient désavantagé au stade de la remise des offres (T.A., 16 décembre 2004, n° 18239; T.A., 24 octobre 2011, n° 26988; T.A., 3 février 2010, n° 26204).

→ Développement croissant de la jurisprudence sur l'« Obligation de bonne foi » du soumissionnaire, suivant la théorie **de l'Estoppel**, qui interdirait à ce dernier de participer sans mot dire à une soumission affectée d'une illégalité pour ensuite se prévaloir de cette illégalité dans l'hypothèse défavorable où il n'aurait pas été retenu.

Ex : N'est pas admis à soulever l'irrégularité du choix de la procédure négociée par la CFL, le soumissionnaire qui a participé à cette procédure (T.A., 26 janvier 2014 n° 33532 et 33531);

Un soumissionnaire ayant participé sans réserve à une procédure de soumission n'est plus admis à soulever l'illégalité d'une condition minimale de participation si son offre n'est pas reçue (T.A., 26 mai 2014 n° 32374 ; T.A., 2 février 2015 n° 33722; T.A., 11 février 15 n° 33802; T.A., 16 mars 2016 n° 35736).

En revanche, ce principe n'a pas été admis dans le cadre des affaires « Fonds du Logement » (T.A., 25 juin 2014, n° 34622; T.A., 11 mai 2015, n° 36237) et « SNHBM » (C.A., 16 avril 2013 31896C).

(b) Dossier de soumission

- Obligation de remplir l'intégralité des **positions du bordereau** de soumission. Interdiction d'ajouter ou d'altérer les mentions du bordereau de soumission.

En principe, sous peine d'irrecevabilité de l'offre.

→ Affaire récente : absence d'indication des marques et types pour des travaux de gros-oeuvre (T.A., 15 septembre 2017, n° 40095).

Tempéraments :

→ Une correction au « Typex » fut admise car elle n'était pas de nature à induire le pouvoir adjudicateur en erreur et n'est pas susceptible d'être à l'origine d'une fraude (T.A., 14 janvier 2015, n° 33594).

→ Le fait d'avoir par erreur omis une page du bordereau de soumission (page n° 67), tout en reproduisant les informations devant y figurer sur une autre page (page n° 68, en l'espèce communiquée deux fois) (T.A., 30 avril 2014, n° 34403).

Non-conformités techniques

La jurisprudence actuelle des juridictions administratives n'admet aucune non-conformité technique, fut-elle totalement dérisoire et sans incidence sur le marché public concerné.

Ce qui conduit parfois à des situations absurdes.

Cette jurisprudence devrait (malheureusement) se confirmer dès lors que la nouvelle loi n'apporte aucun changement concernant cette question : le texte énonce que les offres non conformes techniquement « sont éliminées ».

Division du marché en lots

(a) Principes

Sauf motivation spéciale du pouvoir adjudicateur, les marchés sont à diviser en lots séparés (RGD, art. 154).

Exceptions not. : Entreprise générale globale (RGD, art. 5) :

- a) pour la réalisation d'ouvrages importants incluant des travaux, fournitures et services relevant de différentes professions ;
- b) lorsqu'en raison de l'indivisibilité des responsabilités, il n'est pas indiqué de séparer les travaux relevant de deux ou de plusieurs métiers.

Ou lorsque les travaux ont fait l'objet d'une première division en plusieurs marchés par corps de métiers séparés, et ne font pas l'objet d'une subdivision supplémentaire (attribution en bloc) (RGD, art. 6 (1));

En cas d'attribution par lots séparés

→ La taille et l'objet de chaque lot distinct est déterminée dans le cahier spécial des charges.

→ L'avis de marché doit indiquer s'il est possible de soumettre une offre pour un seul lot, pour plusieurs lots ou pour tous les lots.

→ Les pouvoirs adjudicateurs peuvent, même lorsqu'il est possible de soumettre une offre pour plusieurs lots ou tous les lots, limiter le nombre de lots qui peuvent être attribués à un seul soumissionnaire, à condition que le nombre maximal de lots par soumissionnaire soit inscrit dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt.

Dans ce dernier cas, les documents de soumissions doivent indiquer comment se fait l'attribution si l'un des soumissionnaires devrait se voir en principe attribuer l'ensemble des lots.

L'analyse des offres par le pouvoir adjudicateur

Rappels

L'attribution du marché public se fait sur base des critères d'adjudication retenus, pour autant que toutes les conditions suivantes sont réunies (art. 28 loi 8 avril 2018) :

- l'offre provient d'un soumissionnaire qui n'est **pas exclu** (*infra*) et répond aux **critères de sélection** (et « conditions minimales de participation ») fixés par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché ainsi que dans les documents du marché.
- En tout état de cause, le marché ne peut être adjugé qu'aux opérateurs économiques qui, au jour de l'ouverture de la soumission, remplissent les conditions légales pour s'occuper professionnellement de l'exécution des travaux, de la livraison des fournitures ou de la prestation des services.

(a) Les offres incomplètes

Si l'offre d'un soumissionnaire est incomplète, toute la question est de savoir si le pouvoir adjudicateur doit déclarer celle-ci irrecevable ou s'il peut admettre la communication des documents manquants après l'ouverture des soumissions ou des précisions sur des documents imprécis/ incomplets.

Le principe de base est qu'il n'est pas tenu compte des changements et additions proposés par les soumissionnaires après l'ouverture des soumissions : le soumissionnaire ne peut modifier son offre après remise de celle-ci.

Sur base de la législation de 2009, la jurisprudence faisait un **tempérament** (du moins pour les marchés européens) en opérant une distinction entre les **conditions minimales de participation** (pour lesquels les documents probants devaient être joints à l'offre du soumissionnaire) et les **critères de sélection** (« *Le pouvoir adjudicateur peut inviter les opérateurs économiques à compléter ou à expliciter les certificats et documents présentés* »). Voir T.A., 11 février 2015, n° 33802 du rôle ; T.A., 29 juin 2018, n° 41273 – Voir article 240 RGD 2009. (+ affaire en cours, n° 41289 du rôle).

(b) Les offres incomplètes

Nouveau régime (art 80 RGD 8 avril 2018) – applicable à tous les marchés :

Les pouvoirs adjudicateurs « peuvent », sauf clause contraire dans les documents de soumission, demander aux soumissionnaires de présenter, clarifier ou préciser les informations ou les documents concernés dans un délai approprié, sous condition du respect des principes d'égalité de traitement, de transparence, et que la demande ne conduise pas à l'introduction d'une nouvelle offre.

Ils peuvent prévoir que les renseignements sont à fournir sur demande, dans un délai de 15 jours, sous peine d'irrecevabilité de l'offre.

(a) Les motifs d'exclusion

Sur base de la loi de 2009, un opérateur économique pouvait être « exclu » des marchés publics organisés par un pouvoir adjudicateur, pour une durée maximale de 2 ans en cas de :

- Non respect des conditions ou délais impartis dans le cadre du marché ;
- Faute grave dans l'exécution du marché ;
- Manque de probité commerciale.

→ Il s'agissait d'une sanction (résiliation du marché + exclusion pour les marchés ultérieurs), dans le contexte de l'exécution du marché public, à l'encontre de l'opérateur économique fautif/défaillant.

(b) Les motifs d'exclusion

Suivant les nouveaux textes (art. 29 loi 2018), **la logique a changé**. Il appartient désormais au pouvoir adjudicateur d'analyser des motifs d'exclusion au stade de la vérification des offres, dans le chef des soumissionnaires et de leurs sous-traitants. Il vérifie également les critères de sélection et conditions minimales de participation.

La loi prévoit que le pouvoir adjudicateur « **doit** » « **exclure** » l'opérateur économique en cas :

- **D'infractions pénales** reconnues par un jugement définitif (organisation criminelle, corruption, escroquerie et tromperie, terrorisme, blanchiment d'argent, travail des enfants et traite des êtres humains). Cela s'applique à toute personne ayant un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle au sein de l'opérateur économique.
- De manquement de l'opérateur économique à ses obligations relatives au paiement des **impôts** et **taxes** ou **cotisations de sécurité sociale** lorsque le manquement est établi par jugement définitif.

(c) Les motifs d'exclusion

La loi prévoit que le pouvoir adjudicateur **peut exclure** l'opérateur économique (ou ses sous-traitants) si:

- Il peut démontrer un manquement de ce dernier à ses obligations applicables dans le domaine du droit (international, européen, national, convention collectives de travail...) de l'**environnement**, du **droit social** et du **droit du travail**;
- L'opérateur économique est en état de **faillite**, liquidation, concordat préventif, de cessation d'activité;
- Il peut démontrer que l'opérateur économique a commis une **faute grave** qui remet en cause son intégrité;
- Il ne peut être remédié au **conflit d'intérêt** (au niveau du personnel du P-A ou du consultant externe) par d'autres mesures;
- Il ne peut être remédié à une situation de **distorsion de concurrence** du fait des contacts préalables entre le pouvoir adjudicateur et l'opérateur économique concerné;
- L'opérateur économique a connu des **défaillances** importantes dans le cadre d'un **marché antérieur** ayant impliqué la résiliation du marché, ou une sanction comparable;
- L'opérateur économique s'est rendu coupable de **fausses déclarations** (par ex dans le DUME).
- L'opérateur économique **a tenté** irrégulièrement **d'influencer** la décision d'adjudication, d'obtenir des informations confidentielles ou a fourni des informations trompeuses.

(d) Les motifs d'exclusion

Procédure (PANC) :

- Le pouvoir adjudicateur est tenu d'informer l'opérateur économique de son intention de l'exclure, en lui laissant un délai minimal de 8 jours pour qu'il puisse faire valoir ses explications.
- Ce dernier a la possibilité de démontrer qu'il a pris des « mesures suffisantes » pour attester de sa fiabilité (on ne vise pas ici les manquements au paiement des impôts, taxes et cotisations sociales. Dans ce seul cas, l'exclusion est toujours obligatoire).
- Sur base de ces explications, le pouvoir adjudicateur peut ne pas exclure si les preuves présentées sont jugées « suffisantes ».
- L'avis de la Commission des soumissions est requis pour les exclusions facultatives.

(e) Les motifs d'exclusion

Effets de la décision d'exclusion :

-Exclusion de la participation aux marchés du pouvoir adjudicateur concerné pour une durée maximale de 5 ans (pour les infractions pénales) et 3 ans (pour les autres cas. Aucune durée mentionnée pour le manquement au paiement des impôts, taxes et sécurité sociale... (= confusion exclusion et rejet de l'offre ?).

- Un recours en réformation est prévu (était-ce pertinent ? Le juge administratif statuera en principe en l'état du droit au moment où il toisera du litige, et pourra substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur).

L'adjudication

Modes d'adjudication

L'attribution du marché se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, déterminée suivant trois méthodes possibles :

- Uniquement le prix;
- Uniquement le coût (approche coût/efficacité, par ex. coût du cycle de vie)
- Le meilleur rapport qualité/prix (ancienne conception de l'offre économiquement la plus avantageuse).

Les opérateurs économiques peuvent être également mis en concurrence uniquement sur base de la qualité. Le pouvoir adjudicateur définit alors un prix ou un coût fixe.

**Merci pour votre
attention !**

KRIEGER Associates

63-65, rue de Merl

B.P. 652

L-2016 Luxembourg

Tél: 26 44 26 44

Fax: 26 44 26 26

KRIEGER Associates

1 A, Place Guillaume

B.P. 55

L-9201 Diekirch

Tél: 26 80 54 05

Fax: 26 80 54 06