

TABLE DES MATIÈRES

LES MARCHÉS PUBLICS

Les procédures de soumission et les modalités de publicité par Sébastien Couvreur

Introduction	5
I. La distinction fondamentale et malheureuse entre marchés nationaux et marchés européens.....	7
A. L'estimation du montant du marché et les sirènes du fractionnement	10
B. La distinction entre marchés de travaux, de services et de fournitures	11
1. Les marchés de travaux	11
2. Les marchés publics de fournitures.....	13
3. Les marchés publics de services.....	13
II. Les procédures applicables aux marchés « nationaux »	14
A. La procédure ouverte.....	15
1. Cas d'ouverture.....	15
2. Déroulement et délais.....	15
a. Publication d'un avis de marché	15
b. Délai d'établissement et de soumission des offres.....	17
c. Dépôt et ouverture des offres	19
d. Le délai d'analyse des offres et d'adjudication	20
e. La décision d'adjudication et la conclusion du contrat	24
i. Exigences de motivation.....	24
ii. Délai de standstill.....	25
iii. L'indication des voies de recours	26
iv. Conclusion du contrat	27

B. La procédure restreinte avec publication d'un avis.....	27
1. Cas d'ouverture.....	29
2. Déroulement et délais.....	29
C. La procédure négociée.....	30
1. Déroulement et délais.....	31
a. <i>La consultation</i>	31
b. <i>La négociation</i>	32
2. Cas d'ouverture.....	34
a. <i>Les « petits marchés »</i>	35
i. Les marchés d'un montant inférieur à 55.000 euros HTVA.....	35
ii. Les marchés d'un montant inférieur à 14.000 euros HTVA indexé.....	37
b. <i>Les marchés passés à la suite d'une procédure infructueuse</i>	37
c. <i>Les marchés de travaux, fournitures ou services réalisés à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de mise au point</i>	39
d. <i>Les marchés dont le prix est indéterminable</i>	41
e. <i>Les marchés ne pouvant être attribués qu'à un opérateur économique déterminé</i>	41
f. <i>Les marchés caractérisés par une urgence impérieuse</i>	43
g. <i>Les marchés complémentaires</i>	43
i. Les marchés de travaux ou services complémentaires devenus nécessaires à la suite de circonstances imprévisibles.....	43
ii. Les marchés de reconduction.....	44
h. <i>Les marchés soustraits au jeu normal de la concurrence</i>	45
i. <i>Les marchés intéressant les fonctions régaliennes de l'Etat</i>	45
j. <i>A la suite d'une procédure de concours</i>	45
k. <i>Les achats d'opportunité</i>	45
D. La procédure restreinte sans publication d'un avis.....	46
1. Cas d'ouverture.....	46
2. Déroulement et délais.....	47
III. Les procédures applicables aux marchés « européens ».....	47
A. La procédure ouverte européenne.....	48
1. Cas d'ouverture.....	48
2. Déroulement et délais.....	48
B. La procédure restreinte.....	50
C. La procédure négociée avec publication d'un avis.....	51
1. Cas d'ouverture.....	51
a. <i>A la suite d'une procédure infructueuse</i>	51
b. <i>Les marchés dont les aléas empêchent une fixation préalable et globale des prix</i>	52

<i>c. Les marchés de service de prestations intellectuelles, telles la conception d'ouvrage</i>	52
<i>d. Les marchés de travaux de recherche et développement</i>	53
2. Cas d'ouverture.....	54
D. La procédure négociée sans publication d'un avis	55
1. Déroulement.....	55
2. Cas d'ouverture.....	55
<i>a. A la suite d'une procédure infructueuse</i>	55
<i>b. Lorsque le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé</i>	56
<i>c. Les marchés caractérisés par une urgence impérieuse, non imputable au pouvoir adjudicateur</i>	56
<i>d. Les marchés de fournitures fabriquées uniquement à des fins de recherche et développement</i>	56
<i>e. Les marchés de fournitures complémentaires</i>	57
<i>f. Les achats d'opportunités de fournitures</i>	57
<i>g. Les marchés passés à la suite d'un concours</i>	58
<i>h. Les marchés de travaux ou services complémentaires</i>	58
E. Le dialogue compétitif	58
1. Cas d'ouverture et notions.....	58
2. Déroulement de la procédure.....	60
<i>a. La motivation</i>	60
<i>b. La publication d'un avis de marché</i>	60
<i>c. La sélection des candidats et le dialogue avec ces derniers</i>	61
<i>d. L'attribution du marché</i>	63
F. Le concours	63
1. Notion et délimitation des contours de la réglementation.....	63
2. Procédure.....	66
<i>a. Publication d'un avis de marché</i>	66
<i>b. Dépôt des projets et analyse de ceux-ci par le jury</i>	67
<i>c. Résultats du concours</i>	68
<i>d. Attribution du marché à la suite du concours</i>	68
IV. Les accords-cadres	68
A. Définition de l'accord-cadre	68
B. Procédure à suivre en vue de la conclusion des accords-cadres	70
1. L'accord-cadre mono-attributaire.....	72
2. L'accord-cadre multi-attributaire.....	72
C. Durée de l'accord-cadre	73

V. Les procédures prévues par la Directive 2014/24	75
A. Le partenariat d'innovation	75
1. Aperçu	75
2. La procédure	77
<i>a. La passation du partenariat d'innovation</i>	78
i. La vérification des cas d'ouverture	78
ii. La sélection des candidats au partenariat	78
iii. La remise des offres et la négociation de celles-ci	79
iv. La conclusion du ou des partenariats	80
<i>b. L'exécution du partenariat d'innovation</i>	81
B. La procédure concurrentielle avec négociation	83
Conclusion	83

L'établissement et la remise des offres – Mécanismes d'auto-déclaration et de dématérialisation

par Ellen Billot

Introduction	89
I. Etablissement des offres	90
A. Dossier de soumission	90
1. Accès aux documents du marché	90
2. Interprétation du dossier de soumission	91
3. Portée du cahier spécial des charges	93
<i>a. Recours principal contre le cahier spécial des charges</i>	94
<i>b. Recours incident contre le cahier spécial des charges</i>	96
B. Liberté de répondre par une offre collective	96
C. Mentions obligatoires de l'offre	97
1. Bordereau de soumission	97
2. Signature de l'offre	100
3. Certificats relatifs aux causes d'exclusion	101
D. Documents complémentaires	104
1. Echantillons, maquettes ou prototypes	104
2. Déclarations d'intention	104
3. Liste des sous-traitants	107
4. Visite des lieux et réunions d'information	107
E. Document Unique de Marché Européen (« DUME »)	108
1. Champ d'application du DUME	109
2. Portée du DUME	110

3. Nombre de DUME à remplir.....	111
4. Signature du DUME.....	112
5. Vérification des informations par le pouvoir adjudicateur.....	112
II. Remise des offres.....	113
A. Modalités de remise des offres.....	113
1. Principes généraux.....	114
2. Moyens électroniques.....	115
<i>a. Cadre juridique de la dématérialisation.....</i>	<i>115</i>
<i>b. Application des principes essentiels des marchés publics.....</i>	<i>116</i>
<i>c. Mise en œuvre des procédures électroniques.....</i>	<i>117</i>
i. Signature électronique.....	118
ii. Copie de sauvegarde.....	118
iii. Modification et pluralité de réponses de l'opérateur économique.....	119
iv. Limitation de responsabilité.....	120
v. Enchères électroniques.....	121
vi. Catalogues électroniques.....	123
B. Date limite de réception des offres.....	124
C. Nombre d'offres remises par les opérateurs économiques.....	124
1. Liens commerciaux entre opérateurs économiques participant à un même appel d'offres.....	125
2. Liens capitalistiques entre opérateurs économiques participant à un même appel d'offres.....	126
III. Délais de validité des offres.....	127
IV. Secret des offres.....	129
A. Au cours de la procédure d'attribution.....	129
B. Après la décision d'attribution.....	130

L'appréciation des offres

par Brice Olinger

Introduction.....	137
I. Distinction entre critère de sélection et critère d'attribution.....	138
A. Les critères de sélection et les critères d'attribution ont trait à des stades différents de la procédure d'adjudication du marché.....	138
B. Le mélange de critères de sélection et d'attribution.....	139
1. La réponse traditionnelle.....	139
2. La réponse de la Directive 2014/24.....	141

II. Les principes applicables aux critères d'attribution	142
A. Le principe d'égalité de traitement et de transparence.....	142
1. Généralités	142
2. Les conditions que le pouvoir adjudicateur doit respecter en matière de choix et de formulation des critères d'attribution	143
<i>a. L'obligation de publication des critères d'attribution dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché</i>	<i>143</i>
<i>b. L'interdiction d'utiliser des critères d'attribution discriminatoires</i>	<i>148</i>
<i>c. Le pouvoir adjudicateur ne peut pas modifier ou accorder de dérogations aux critères d'attribution qu'il a publiés</i>	<i>150</i>
B. L'obligation de collaboration du soumissionnaire	150
1. L'obligation de l'opérateur économique de signaler au pouvoir adjudicateur les ambiguïtés, erreurs ou omissions qu'il constate dans le dossier de soumission.....	150
2. L'interdiction de se contredire au préjudice d'autrui	152
3. Conclusion.....	154
III. L'analyse des offres	154
A. Les offres régulières et leur appréciation	154
B. Les offres irrégulières.....	156
1. Les offres incomplètes.....	156
<i>a. Le caractère incomplet de l'offre découle de l'absence de fiches techniques ou de documents administratifs pourtant demandés par le pouvoir adjudicateur.....</i>	<i>157</i>
i. Marchés relevant du Livre I de la Loi de 2009	157
ii. Marchés relevant du Livre II de la Loi de 2009	159
iii. Marchés relevant du Livre III de la Loi de 2009	164
<i>b. Le caractère incomplet de l'offre découle de l'omission par le soumissionnaire de remplir une position du bordereau</i>	<i>165</i>
2. Les offres non conformes.....	166
<i>a. La forme : la non-conformité de l'offre est due au non-respect de formalités prévues par la législation sur les marchés publics</i>	<i>166</i>
<i>b. Le fond : la non-conformité de l'offre est due aux matériaux offerts ou est de nature technique</i>	<i>169</i>
IV. Les offres anormalement basses	173
A. La détection des offres anormalement basses.....	174
1. Les critères d'identification des offres anormalement basses	174
2. La question de la légalité d'une offre contenant des prix unitaires anormalement bas sans que le prix total soit anormalement bas	175
B. La procédure à suivre en cas de soupçon d'offre anormalement basse	178
1. La procédure à suivre en présence d'un marché relevant du Livre I.....	178

2. La procédure à suivre en présence d'un marché relevant des livres II et III	180
3.. La procédure prévue dans le cadre de la Directive 2014/24	183
Conclusion	183

Panorama de jurisprudence sur les marchés publics : II - les actions au fond

par Guy Perrot

Introduction	189
I. La recevabilité du recours.....	190
A. Le moyen tiré de l'incompétence des juridictions administratives	190
B. Le moyen tiré de l'absence d'intérêt à agir de l'opérateur économique	192
1. L'intérêt à agir, détaché de la pertinence des moyens tirés du fond du droit.....	192
2. L'intérêt à agir, déduit de l'éviction d'une procédure de passation.....	193
3. La participation à une procédure de passation par les associations momentanées	199
C. La recevabilité au regard de la décision déferée.....	201
1. La détermination de la décision déferée	201
2. La détermination du caractère décisionnel de la décision déferée	203
II. Le fond.....	210
A. Les moyens d'illégalité externe	211
1. Les vices de procédure et de forme	212
2. L'incompétence de l'autorité ayant rejeté l'offre.....	217
B. Les moyens d'illégalité interne	219
1. La décision d'engager une procédure de passation ou d'y renoncer	220
<i>a. Le choix de la procédure de passation</i>	<i>221</i>
<i>b. La renonciation à une procédure de passation</i>	<i>223</i>
2. Le respect des délais de remise des offres	228
3. La détermination des critères de sélection et d'attribution.....	229
<i>a. La nécessité de publier les critères de sélection et d'attribution.....</i>	<i>229</i>
<i>b. La nécessité de contester les critères de sélection et d'attribution</i>	<i>233</i>
C. La vérification des critères de sélection dans chef de l'opérateur économique	240
1. L'obligation pour le pouvoir adjudicateur d'examiner d'abord les critères de sélection.....	240
2. Les vérifications portant sur la personne même de l'opérateur économique	244

a. Le dépôt d'une offre par un prétendu faux opérateur économique	244
b. Le dépôt de l'offre par quelqu'un ne pouvant pas engager l'opérateur économique	245
3. Les vérifications portant sur les compétences de l'opérateur économique	247
D. La vérification et la mise en œuvre des critères d'attribution	256
1. La vérification de la conformité des offres	256
2. La vérification de l'exactitude du prix des offres.....	261
E. Le dépassement des délais d'adjudication.....	265
F. L'octroi du sursis à exécution de la mesure	266
G. L'octroi d'une indemnité de procédure.....	266

La commande publique européenne à l'aune du règlement financier 966/2012

par Olivia Davidson

Introduction	279
I. Le nouvel encadrement des marchés publics passés par les institutions de l'Union européenne : quelques changements dans la continuité	280
A. Champ d'application du Règlement financier.....	280
1. Champ d'application <i>ratione personae</i>	280
2. Champ d'application <i>ratione materiae</i>	282
B. La procédure d'appel d'offres	283
1. La phase de préparation	283
a. La consultation.....	283
b. Le seuil.....	283
c. Procédures applicables	284
d. Mesures de publicité.....	284
e. Documents de marché	285
f. Les critères d'exclusion	286
g. Les critères de sélection	288
h. Les critères d'attribution	288
2. La phase de soumission, d'ouverture et d'évaluation des offres.....	289
3. La phase d'attribution, d'information des candidats ou soumissionnaires, de signature et d'exécution du contrat	292
II. Les nouvelles règles protégeant les intérêts financiers de l'Union européenne : la détection des risques et l'imposition de sanctions	294
A. Bref rappel du contexte juridique antérieur.....	294

B. La base de données dans le Règlement financier	296
C. Le mécanisme d'exclusion et de sanction institué par le Règlement financier	297
III. Le contentieux des marchés publics des institutions, organes et organismes de l'Union européenne	299
A. Le contentieux de la légalité	299
1. La recevabilité du recours en annulation	299
2. Le régime de l'annulation et l'intensité du contrôle du juge	302
B. Le contentieux en responsabilité	304
C. Le sursis à exécution	306
Conclusion	308

Marchés publics et concession au Luxembourg : Le contexte européen

par Flavien Mariatte et Olivia Davidson

I. Introduction	313
II. L'empire du droit européen sur les marchés publics des États membres	313
A. L'encadrement du droit matériel des marchés publics nationaux	313
1. L'empire du droit européen dérivé sur le droit des marchés publics nationaux	314
a. <i>Topographie du droit dérivé de l'Union européenne</i>	315
i. Typologie des principaux textes pertinents du droit positif dérivé relatifs aux marchés publics et aux concessions	315
ii. Le nouveau cadre légal général : les directives générales sur les marchés publics et les contrats de concession	316
iii. Les directives sectorielles	316
iv. Les textes procéduraux : les directives « recours »	317
v. Les textes transversaux	319
vi. Les textes internationaux	320
vii. Les textes ponctuels	321
viii. Les textes connexes	321
b. <i>Domaines du droit dérivé de l'Union</i>	322
i. Définitions positives du champ d'application des directives « marchés publics » et « concessions »	322
ii. Définitions négatives du champ d'application des directives « marchés publics » et « concessions »	332
2. L'emprise résiduelle du droit européen primaire sur le droit des marchés publics nationaux	334
a. <i>L'incidence du droit primaire dans le champ d'application du droit européen dérivé des marchés publics</i>	336

<i>b. La prééminence du droit primaire en dehors du champ d'application du droit européen dérivé des marchés publics</i>	342
B. L'encadrement du droit procédural des marchés publics nationaux	347
1. Le domaine des directives « recours ».....	347
2. Le domaine des compétences résiduelles des Etats membres et l'encadrement des modalités d'exercice des voies de recours	351
III. Le contrôle européen des marchés publics des Etats membres	354
A. Le contrôle de l'exécution des textes de droit dérivé	356
1. Le contrôle direct : le contrôle du respect l'obligation de transposition des directives	356
2. Le contrôle indirect : le rôle des juridictions nationales et la sanction de la transposition incorrecte des directives en matière de marchés publics	359
<i>a. L'invocabilité des directives</i>	359
<i>b. La réparation des dommages consécutifs à l'incorrecte transposition des directives</i>	361
B. Le contrôle de l'exécution du droit des marchés publics	363
1. Les mécanismes précontractuels	363
<i>a. Les procédures de recours au niveau national</i>	363
<i>b. Les possibilités d'intervention de la Commission : le mécanisme correcteur</i>	366
2. Les mécanismes post-contractuels	366
<i>a. Le contentieux de la légalité</i>	366
<i>b. Le contentieux de la responsabilité</i>	367
<i>c. Le contrôle post-contractuel de la Commission</i>	368

LES CONCESSIONS

The Context of the new EU Directive on Concessions

par Evita Katsimani

Introduction	375
I. Why did we need rules on concessions? The situation until now	376
A. The need for legal certainty	378
1. Terminology and Definitions	378
<i>a. The Commission's Interpretative Communication on concessions (2000)</i>	378
<i>b. The Commission's Green Paper (2004)</i>	379
<i>c. The Commission's Impact Assessment Report (2011)</i>	379
2. Dedicated and simplified set of rules.....	380

a. <i>Commission's Green Paper (2004)</i>	380
b. <i>The Commission's Impact Assessment Report (2011)</i>	381
c. <i>Specific benefit for SMEs</i>	381
3. Appropriate judicial protection of the economic operators	381
B. The need for fair competition	382
1. The need for easier access to the concessions award procedures.....	382
2. The need for efficient award of concessions.....	383
a. <i>The need for best value for money</i>	384
b. <i>The need for transparency</i>	384
c. <i>The need for equal treatment</i>	385
II. How have these needs been addressed by the new Directive 2014/23?.....	385
A. Has the need for legal certainty been satisfied?.....	385
1. The choice of the directive as legislative instrument	385
a. <i>The choice of a legislative instrument v. an interpretative communication</i>	385
b. <i>The choice of regulation at EU level</i>	386
2. Definition of concession and terminology	387
3. Scope of application and excluded sectors	387
a. <i>Excluded sectors</i>	388
b. <i>Social and other specific services</i>	389
4. The legal treatment of modifications to the initial contract.....	389
a. <i>The order of the award criteria</i>	389
b. <i>Modifications during the performance of the concession</i>	389
c. <i>Non foreseeable external circumstances</i>	390
d. <i>Possibility for review or option clauses</i>	390
5. Flexibility and future adaptation to new circumstances	390
6. Relation with international treaties	391
7. Judicial Protection of the economic operators.....	392
8. Newly introduced lack of legal clarity	392
B. Has the need for fair competition been satisfied?	393
1. The principle of free administration by public authorities	393
2. Freedom to define services of general economic interest.....	393
3. Transparency provisions: the choice of light regulation.....	393
a. <i>Award criteria</i>	394
b. <i>Procedural guarantees v. standard procedures</i>	394
4. Equality of treatment of participants.....	395
5. Anti-abuse provisions	396
Conclusion	396

De l'état actuel du droit relatif aux contrats de concession au Grand-Duché de Luxembourg

par Nadine Cambonie

Introduction	401
A. Quid des contrats en cours	402
B. Les contrats de concession soumis à la future nouvelle loi sur l'attribution des contrats de concession dans le Projet de Loi 6984	403
1. Quid des contrats envisagés et non encore conclus	403
a. Quid des contrats de concession ayant un montant estimé à EUR 5.225.000 et plus	403
b. Quid des contrats de concession qui se situent en deçà du seuil européen ?	404
2. Les contrats de concession lors de l'entrée en vigueur de la loi telle qu'elle ressortira du Projet de Loi 6984	406
a. La durée et le terme du contrat de concession	406
b. La résiliation du contrat de concession et la compétence du juge	407
Conclusion	410

Définition et procédures de passation des contrats de concession

par Nadine Dantonel-Cor

Introduction	415
I. Une distinction générique des contrats de concession.....	419
A. Une définition légale insuffisante et ambiguë	419
1. La distinction des concessions de travaux et de services	420
2. Le particularisme des concessions par rapport aux marchés publics	421
B. La notion de risque, inhérente à la nature même des concessions	423
1. La prise en compte du risque dans la jurisprudence européenne	423
2. L'absence de sécurité juridique par rapport à la détermination du risque.....	424
C. L'hétérogénéité organique et matérielle des concessions.....	426
1. Les concessions de droit commun et les concessions spécifiques	426
2. Les concessions inférieures et supérieures au seuil de l'Union européenne	429
II. Des procédures de passation essentiellement ou partiellement calquées sur les marchés publics.....	431

A. Le respect des principes universels de la commande publique pour l'ensemble des contrats de concession.....	432
1. Le principe de libre administration	432
2. Les principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence	433
B. La « transposition » des règles substantielles applicables aux marchés publics à la catégorie des concessions de seuil européen.....	436
1. Les règles de publicité	437
2. Les garanties de procédure	440
C. La prise en compte certaine du particularisme des concessions	442
1. La liberté de choix limitée du concessionnaire	442
2. Les éléments de souplesse de la procédure d'attribution des concessions de seuil européen.....	443

De quelques développements sur les règles d'exécution et de fin des contrats de concession

par Benjamin Marthoz

Introduction	457
I. Quelques considérations liminaires sur les projets de loi et de règlement grand-ducal relatifs aux contrats de concession	458
II. Les règles d'exécution des contrats de concession	460
A. Rappel des dispositions légales et réglementaires applicables à l'exécution des contrats de concession	460
1. De lege lata.....	460
2. De lege ferenda.....	461
<i>a. Concessions d'envergure et concessions de faible envergure</i>	<i>462</i>
<i>b. Obligations légales au niveau de l'exécution du contrat de concession.....</i>	<i>463</i>
B. Exécution de tous les contrats de concession : principes et obligations	465
1. Pacta sunt servanda	465
2. L'obligation de transparence interne et externe	468
<i>a. L'obligation de transparence entre les parties</i>	<i>468</i>
<i>b. L'obligation de transparence vis-à-vis des tiers</i>	<i>470</i>
i. Publicité pour les concessions d'envergure.....	470
ii. Publicité pour les concessions de faible envergure	470
3. Les obligations en matière de sous-traitance	471
<i>a. Définition de la sous-traitance.....</i>	<i>471</i>
<i>b. Conditions du recours à la sous-traitance dans le cadre d'un contrat de concession</i>	<i>472</i>
i. De lege lata.....	472
ii. De lege ferenda	474

c. Obligations s'imposant au concessionnaire et au sous-traitant dans le cadre de l'exécution du contrat de sous-traitance.....	475
d. Conditions de révision des prix et paiement des sous-traitants.....	477
e. La sous-traitance en matière de concession et le paiement direct	477
i. La Loi de 1991 sur la sous-traitance	477
ii. Comment ces différentes dispositions s'articulent-elles en matière de marchés publics ?	478
iii. Qu'en est-il en ce qui concerne les contrats de concession ?	480
4. La modification de la concession en cours d'exécution.....	483
a. Principe : mutabilité des contrats de concession moyennant nouvelle procédure de passation.....	485
b. Les exceptions	486
i. Les modifications non substantielles	486
ii. Les stipulations contractuelles prévoyant expressément les modifications	486
iii. Les prestations supplémentaires rendues nécessaires	487
iv. Les circonstances imprévisibles	488
v. Les cessions de la concession.....	489
vi. Les modifications mineures	489
5. La résiliation de la concession en cours d'exécution	490
Conclusion	491