



Marchés publics de la défense et de la sécurité

Texte du projet

Projet de loi sur les marchés publics de la défense et de la sécurité

- portant transposition de la Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE,
- portant modification de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics et de la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics

Informations techniques :

No du projet :	36/2012
Date d'entrée :	13 juin 2012
Remise de l'avis :	meilleurs délais
Ministère compétent :	Ministère des Affaires étrangères
Commission :	Commission Economique

PROJET

Loi du XX XXXX 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité et

- portant transposition de la Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE,
- portant modification de :
 - la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics ;
 - la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics.

Exposé des motifs

Le projet de loi a pour objet la transposition en droit national de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.

La Commission européenne avait présenté un « paquet Défense » en décembre 2007, composé d'une communication¹ et de deux projets de directive dans le domaine de la défense, un portant sur les transferts de produits liés à la défense et l'autre sur les marchés publics de la défense et de la sécurité. Ces deux directives ont été négociées en 2008 et finalement adoptées pendant l'été 2009.

Le but de la Directive 2009/81/CE sur les marchés publics de la défense et de la sécurité, visé par le présent projet de loi, est de créer un vrai marché européen dans un domaine jusqu'à présent dominé par un nombre limité de grandes industries, concentrées dans quelques Etats membres seulement. , Ce marché est marqué par un manque de transparence et de compétitivité (surtout vis-à-vis la concurrence avec les Etats-Unis) et que par la favorisation des « champions nationaux ».

Jusqu'à présent, la majorité des marchés de la défense et de la sécurité était dans la pratique exclue du champ d'application des directives dites « classiques » (2004/17/CE² et 2004/18/CE³). A vrai-dire, les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE ne sont pas adaptées aux spécificités des marchés publics de défense ou de sécurité. En effet, ces marchés sont particulièrement complexes et sensibles, et leur passation nécessite des précautions particulières. La grande majorité de ces marchés ont donc été, jusqu'à présent, passés en dehors des règles du marché intérieur, par une application, peu transparente et parfois même abusive, de l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui prévoit une dérogation aux règles du Traité

¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Stratégie pour une industrie européenne de la défense plus forte et plus compétitive, COM(2007) 764 final

² Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 134 du 30.4.2004)

³ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134 du 30.4.2004)

pour assurer la protection des intérêts essentiels de la sécurité dans le cadre de la production ou du commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre. La dernière partie de l'article 346 TFUE, selon laquelle « ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché commun en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires », a été largement ignorée par une grande majorité des Etats membres, qui percevaient l'article 346 comme leur conférant une exception générale pour tout le domaine de la défense.

La Directive 2009/81/CE vise non seulement les marchés de la défense mais aussi les marchés de la sécurité, car elle reconnaît que la frontière entre ces deux domaines est devenue floue ces dernières années. Selon le considérant 7 de ladite Directive, « ces procédures devraient refléter l'approche globale de l'Union en matière de sécurité, qui répond aux évolutions de l'environnement stratégique. En effet, l'émergence de menaces asymétriques et transnationales a entraîné un effacement progressif de la frontière entre sécurité externe et interne, militaire et non militaire. ».

Sans mettre en cause les intérêts essentiels des Etats membres dans le domaine de la défense et de la sécurité, la Directive 2009/81/CE s'avère être un instrument juridique adapté aux spécificités des marchés publics de défense ou de sécurité, qui vise à ouvrir ce marché à la concurrence européenne, promouvant l'accès des petites et moyennes entreprises (PME) au marché et la transparence, dans le respect du droit communautaire.

Toutefois, chacun des Etats membres continuera à pouvoir recourir à l'article 346 TFUE même lorsque les dispositions issues de la directive 2009/81/CE ne seront pas suffisantes pour assurer la protection de ses intérêts essentiels de sécurité.

Pour des raisons de clarté et de sécurité juridique, vu la spécificité du domaine des marchés publics de la défense et de la sécurité et la complexité de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, transposant les Directives 2004/17/CE et 2004/18/CE dites « classiques »⁴, il a été opté de transposer la Directive 2009/81/CE dans un texte législatif séparé, avec l'exception des dispositions sur les recours qui seront incorporées, par cette loi, dans la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics.

En effet, tandis que certaines règles de la Directive 2009/81/CE sont identiques ou similaires aux règles prévues dans les directives « classiques », celle-ci contient des exclusions ou règles spécifiques aux marchés de la défense et de la sécurité, notamment en ce qui concerne la sécurité d'approvisionnement et la sécurité d'information. Une distinction claire entre les marchés publics ordinaires et ceux de la défense et de la sécurité semble donc essentiel pour éviter que les acheteurs publics utilisent abusivement les exclusions propres aux marchés ordinaires pour leurs marchés de défense ou de sécurité. Et réciproquement, on permet à ces acheteurs, pour ces marchés, d'utiliser les nouvelles exclusions ou règles propres.

Néanmoins, il est à souligner que la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics et son règlement grand-ducal d'exécution du 3 août 2009 sont applicables à titre subsidiaire, avec les adaptations nécessaires, à tout ce qui n'est pas expressément spécifié dans la loi sur les marchés publics de la défense et de la sécurité, tel que prévu à l'article 3 et du projet de loi en annexe.

⁴ La Commission européenne vient d'ailleurs de proposer des modifications à ces directives « classiques », qui auront éventuellement pour conséquence la modification de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics dans les deux ou trois ans à venir.

PROJET

Loi du XX XXXX 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité et

- portant transposition de la Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE,

- portant modification de :

- la loi modifiée 25 juin 2009 sur les marchés publics ;

- la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics.

Nous Henri, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Notre Conseil d'Etat entendu ;

De l'assentiment de la Chambre des Députés ;

Vu la décision de la Chambre des Députés du XX XXXX 2012 et celle du Conseil d'Etat du XX XXXX 2012 portant XXXXXXXX ;

Avons ordonné et ordonnons :

TITRE PREMIER CHAMP D'APPLICATION ET DÉFINITIONS

Art. 1er. - Champ d'application.

1. La présente loi s'applique, sous réserve de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, aux marchés passés par des pouvoirs adjudicataires ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, ayant pour objet :

- a) la fourniture d'équipements militaires, y compris de leurs pièces détachées, composants, et/ou sous-assemblages ;
- b) la fourniture d'équipements sensibles, y compris de leurs pièces détachées, composants, et/ou sous-assemblages ;
- c) des travaux, fournitures et services directement liés à un équipement visé aux points a) et b)

pour tout ou partie de son cycle de vie ;

- d) des travaux et services destinés à des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services sensibles.

2. Par « équipements militaires », on entend un équipement spécifiquement conçu ou adapté à des fins militaires, destiné à être utilisé comme arme, munitions ou matériel de guerre, notamment les types de produits visés par la liste d'armes, de munitions et de matériel de guerre adoptée par la décision n. 255/58 du Conseil du 15 avril 1958, interprétée au sens large à la lumière du caractère évolutif des technologies, des politiques d'acquisition et des besoins militaires conduisant au développement de nouveaux types d'équipements, par exemple sur la base de la Liste commune des équipements militaires de l'Union européenne. Au sens de la présente loi, le terme « équipement militaire » couvre également les produits qui, bien qu'initialement conçus pour une utilisation civile, ont ensuite été adaptés à des fins militaires pour pouvoir être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre.

3. Sont considérés « équipements sensibles », « travaux sensibles » et « services sensibles », les équipements, travaux et services destinés à des fins de sécurité qui font intervenir, nécessitent et/ou comportent des informations classifiées.

4. Par « informations classifiées », on entend toute information ou tout matériel, quel qu'en soit la forme, la nature ou le mode de transmission, auquel un certain niveau de classification de sécurité ou un niveau de protection a été attribué et qui, dans l'intérêt de la sécurité nationale et conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur, requiert une protection contre tout détournement, toute destruction, suppression, divulgation, perte ou tout accès par des personnes non autorisées, ou tout autre type de compromission.

Art. 2. - Marchés mixtes.

1. Un marché ayant pour objet des travaux, fournitures ou services entrant dans le champ d'application de la présente loi et en partie dans le champ d'application de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics est passé conformément à la présente loi, sous réserve que la passation d'un marché unique soit justifiée par des raisons objectives.

2. Un marché ayant pour objets des travaux, fournitures ou services entrant pour partie dans le champ d'application de la présente loi et, pour l'autre partie, ne relevant ni de la présente loi, ni de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, ne relève pas de l'application de la présente loi, sous réserve que l'attribution d'un marché unique soit justifiée par des raisons objectives.

3. Cependant, la décision de passer un marché unique ne peut être prise dans le but de soustraire des marchés à l'application de la présente loi ou de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

Art. 3 – Droit subsidiaire.

La loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics et son règlement grand-ducal d'exécution du 3 août 2009 sont applicables, avec les adaptations nécessaires, à tout ce qui n'est pas expressément spécifié dans la présente loi.

Art. 4. - Définitions.

Aux fins de la présente loi, les présentes définitions s'appliquent :

1. « Vocabulaire commun pour les marchés publics » (Common Procurement Vocabulary, CPV) : la nomenclature de référence applicable aux marchés passés par des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices, adoptée par le règlement (CE) n. 2195/2002 ;
2. « marchés » : contrats à titre onéreux conclus par écrit, tel que visés à l'article 3 de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics ;
3. « marchés de travaux » : marchés ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution des travaux relatifs à une des activités mentionnées à la division 45 du CPV ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. Un « ouvrage » est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ;
4. « marchés de fourniture » : marchés autres que des marchés de travaux ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits.

Un marché ayant pour objet la fourniture de produits et, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation est considéré comme un « marché de fourniture » ;

5. « marchés de service » : marchés autres que des marchés de travaux ou de fournitures portant sur la prestation de services.

Un marché ayant pour objet à la fois des produits et des services est considéré comme un « marché de services » lorsque la valeur des services en question dépasse celle des produits incorporés dans le marché.

Un marché, ayant pour objet des services et ne comportant des activités mentionnées à la division 45 du vocabulaire commun pour les marchés publics qu'à titre accessoire par rapport à l'objet principal du marché, est considéré comme un marché de services ;

6. « gouvernement » : un gouvernement national, régional ou local d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un pays tiers ;
7. « crise » : toute situation dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un pays tiers, dans laquelle des dommages ont été causés, dont les proportions dépassent clairement celles de dommages de la vie courante et qui compromettent substantiellement la vie et la santé de la population ou qui ont des effets substantiels sur la valeur des biens, ou qui nécessitent des mesures concernant l'approvisionnement de la population en produits de première nécessité ; il y a également crise lorsqu'on doit considérer comme imminente la survenue de tels dommages ; les conflits armés et les guerres sont des crises au sens de la présente loi ;

8. « accord-cadre » : un accord conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées ;
9. « enchère électronique » : un processus itératif selon un dispositif électronique de présentation de nouveaux prix, revus à la baisse, et/ou de nouvelles valeurs portant sur certains éléments des offres, qui intervient après une première évaluation complète des offres, permettant que leur classement puisse être effectué sur la base d'un traitement automatique. Par conséquent, certains marchés de services et de travaux portant sur des prestations intellectuelles, comme la conception d'ouvrages, ne peuvent pas faire l'objet d'enchères électroniques ;
10. « entrepreneur », « fournisseur » et « prestataire de services » : toute personne physique ou morale, entité publique ou groupement de ces personnes et/ou organismes qui propose sur le marché, respectivement, la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services ;
11. « opérateur économique » : un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services. Les termes « opérateur économique » sont utilisés uniquement dans un souci de simplification du texte ;
12. « candidat » : un opérateur économique qui a sollicité une invitation à participer à une procédure restreinte ou négociée ou à un dialogue compétitif ;
13. « soumissionnaire » : un opérateur économique qui a présenté une offre dans une procédure restreinte ou négociée ou dans un dialogue compétitif ;
14. « pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices » : pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 2 de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics et entités adjudicatrices au sens de son article 56 ;
15. « centrale d'achat » : un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice au sens de l'article 3 de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics ou un organisme public européen qui :
 - acquiert des fournitures et/ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices, ou
 - passe des marchés ou conclut des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices ;
16. « procédures restreintes » : procédures auxquelles tout opérateur économique peut demander à participer et dans laquelle seuls les opérateurs économiques invités par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peuvent présenter une offre ;
17. « procédure négociée » : une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice invitent les opérateurs économiques de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux ;

18. « dialogue compétitif » : une procédure, à laquelle tout opérateur économique peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice conduisent un dialogue avec les candidats admis à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats sélectionnés sont invités à remettre une offre.

Aux fins du recours à la procédure visée au premier alinéa, un marché est considéré comme « particulièrement complexe » lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ne sont objectivement pas en mesure :

- de définir, conformément à l'article 19, paragraphe 3, point b), c) ou d), les moyens techniques pouvant répondre à leurs besoins et à leurs objectifs, et/ou,
 - d'établir le montage juridique et/ou financier d'un projet ;
19. « contrat de sous-traitance » : un contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un adjudicataire d'un marché et un ou plusieurs opérateurs économiques tiers aux fins de la réalisation du marché en question et ayant pour objet des travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services ;
20. « entreprise liée » : toute entreprise sur laquelle le concessionnaire peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, ou toute entreprise qui peut exercer une influence dominante sur le concessionnaire ou qui, comme le concessionnaire, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement, à l'égard d'une autre entreprise :
- détient la majorité du capital souscrit de l'entreprise, ou
 - dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise, ou
 - est en droit de nommer plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise ;
21. « écrit(e) » ou « par écrit » : tout ensemble de mots ou de chiffres qui peut être lu, reproduit, puis communiqué. Cet ensemble peut inclure des informations transmises et stockées par des moyens électroniques ;
22. « moyen électronique » : un moyen utilisant des équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et utilisant la diffusion, l'acheminement et la réception par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques ;
23. « cycle de vie » : l'ensemble des états successifs que peut connaître un produit, c'est-à-dire la recherche et développement, le développement industriel, la production, la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, la formation, les essais, le retrait et l'élimination ;
24. « recherche et développement » : l'ensemble d'activités regroupant la recherche

fondamentale, la recherche appliquée et le développement expérimental, ce dernier pouvant comprendre la réalisation de démonstrateurs technologiques, c'est-à-dire de dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif ;

La recherche fondamentale consiste en des travaux expérimentaux ou théoriques entrepris principalement en vue d'acquérir de nouvelles connaissances sur les fondements des phénomènes et des faits observables, sans envisager une application ou une utilisation particulière. La recherche appliquée consiste également en des travaux originaux entrepris en vue d'acquérir des connaissances nouvelles, surtout dirigée vers un but ou un objectif pratique déterminé. Le développement expérimental consiste en des travaux fondés sur des connaissances existantes obtenues par la recherche et/ou l'expérience pratique, en vue de lancer la fabrication de nouveaux matériaux, produits ou dispositifs, d'établir de nouveaux procédés, systèmes et services ou d'améliorer considérablement ceux qui existent déjà. Le développement expérimental peut comprendre la réalisation de démonstrateurs technologiques, c'est-à-dire de dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif.

Les termes « recherche et développement » ne comprennent pas la réalisation et la qualification des prototypes de pré-production, l'outillage et l'ingénierie industrielle, la conception industrielle ou la fabrication.

25. « achats civils » : des marchés qui ne sont pas visés à l'article 1, ayant pour objet des achats de produits, travaux ou services logistiques de nature non militaire effectués dans les conditions visées à l'article 18 de la présente loi ;
26. Directive 2009/81/CE : la Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.

TITRE II RÈGLES APPLICABLES AUX MARCHÉS

CHAPITRE I Dispositions générales

Art. 5. - Principes de passation des marchés.

1. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence.
2. Lors de la passation des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices veillent à ce qu'il soit tenu compte des aspects et des problèmes liés à l'environnement et à la promotion du développement durable. Les conditions y relatives et l'importance à attribuer à ces conditions sont spécifiées dans les documents du marché.

3. Les pouvoirs adjudicateurs informent dans les meilleurs délais les opérateurs économiques des décisions prises concernant leurs offres remis dans le cadre d'une procédure de marchés publics.

4. L'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics est réglée par voie de règlement grand-ducal.

Art. 6. - Opérateurs économiques.

1. Les candidats ou soumissionnaires qui, en vertu de la législation de l'Etat membre où ils sont établis, sont habilités à fournir la prestation en question ne peuvent être rejetés seulement du fait qu'ils auraient été tenus, en vertu de la législation en vigueur, d'être soit des personnes physiques, soit des personnes morales.

2. Toutefois, pour les marchés de services et de travaux, ainsi que pour les marchés de fournitures comportant, en outre, des services et/ou des travaux de pose et d'installation, les personnes morales peuvent être obligées d'indiquer, dans leurs demandes de participation ou dans leurs offres, les noms et les qualifications professionnelles des personnes qui sont chargées de l'exécution de la prestation en question.

3. Les groupements d'opérateurs économiques sont autorisés à se porter candidats et à soumissionner. Pour la présentation d'une demande de participation ou d'une offre, les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices ne peuvent exiger que ces groupements aient une forme juridique déterminée, mais le groupement retenu peut être contraint de revêtir une forme juridique déterminée lorsque le marché lui a été attribué, dans la mesure où cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché.

Art. 7. - Obligations de confidentialité des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices.

Sans préjudice des dispositions de la présente loi, notamment celles relatives aux obligations en matière de publicité sur les marchés attribués et d'information des candidats et des soumissionnaires, figurant à l'article 31, paragraphe 3, et à l'article 37, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ne divulguent pas, sous réserve des droits acquis par contrat, les renseignements que les opérateurs économiques leur ont communiqués à titre confidentiel ; ces renseignements comprennent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres.

Art. 8. - Protection des informations classifiées.

1. Les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger les informations classifiées qu'ils communiquent tout au long de la procédure d'appel d'offres et d'adjudication.

2. Les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent également demander à ces opérateurs économiques de veiller à ce que leurs sous-traitants respectent ces exigences.

CHAPITRE II

Seuils, centrales d'achat et exclusions

Section 1

Seuils

Art. 9. - Montants des seuils des marchés.

1. La présente loi s'applique aux marchés dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure aux seuils suivants :

- a) 400 000 EUR, pour les marchés de fournitures et de services ;
- b) 5 000 000 EUR, pour les marchés de travaux.

2. Les seuils mentionnés dans le paragraphe antérieur peuvent être révisés par règlement communautaire, telle que prévu à l'article 68 de la Directive 2009/81/CE. Lorsque ces seuils ont été modifiés, le ministre ayant dans ses attributions les Travaux publics publie une communication dans le Mémorial.

Art. 10. - Méthodes de calcul de la valeur estimée des marchés et des accords-cadre.

1. Le calcul de la valeur estimée d'un marché est fondé sur le montant total payable, hors TVA, estimé par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. Ce calcul tient compte du montant total estimé, y compris toute forme d'option éventuelle et les éventuelles reconductions du contrat.

Si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice prévoient des primes ou des paiements au profit des candidats ou soumissionnaires, il en tient compte pour calculer la valeur estimée du marché.

2. Cette estimation doit valoir au moment de l'envoi de l'avis de marché, tel que prévu à l'article 32, paragraphe 2, ou, dans les cas où un tel avis n'est pas requis, au moment où le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice engage la procédure d'attribution du marché.

3. Aucun projet d'ouvrage ni aucun projet d'achat visant à obtenir une certaine quantité de fournitures et/ou de services ne peuvent être scindés en vue de créer des marchés partiels séparés très largement identiques, ou subdivisés d'une autre manière afin d'être soustraits à l'application de la présente loi.

4. Pour les marchés de travaux, le calcul de la valeur estimée prend en compte le montant des travaux ainsi que la valeur totale estimée des fournitures nécessaires à l'exécution des travaux et mises à la disposition de l'entrepreneur par les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices.

5. a) Lorsqu'un ouvrage envisagé ou un projet d'achat de services peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur globale estimée de la totalité de ces lots est prise en compte.

Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le seuil prévu à l'article 9, la présente loi s'applique à la passation de chaque lot.

Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent déroger à l'application de la présente loi pour des lots dont la valeur estimée hors TVA est inférieure à 80 000 EUR pour les services et à 1 000 000 EUR pour les travaux, pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur cumulée de la totalité des lots.

b) Lorsqu'un projet visant à obtenir des fournitures homogènes peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, la valeur estimée de la totalité de ces lots est prise en compte pour l'application de l'article 9, points a) et b).

Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le seuil prévu à l'article 9, la présente loi s'applique à la passation de chaque lot.

Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent déroger à cette application pour des lots dont la valeur estimée hors TVA est inférieure à 80 000 EUR, pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur cumulée de la totalité des lots.

6. Pour les marchés de fournitures ayant pour objet le crédit-bail, la location ou la location-vente de produits, la valeur à prendre comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché est la suivante :

- a) dans l'hypothèse de marchés ayant une durée déterminée, dans la mesure où celle-ci est égale ou inférieure à douze mois, la valeur totale estimée pour la durée du marché ou, dans la mesure où la durée du marché est supérieure à douze mois, la valeur totale incluant le montant estimé de la valeur résiduelle ;
- b) dans l'hypothèse de marchés ayant une durée indéterminée ou dans le cas où la détermination de leur durée ne peut être définie, la valeur mensuelle multipliée par 48.

7. Lorsqu'il s'agit de marchés de fournitures ou de services présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée, est prise comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché :

- a) soit la valeur totale des contrats successifs analogues passés au cours des douze mois précédents ou de l'exercice précédent, corrigée, si possible, pour tenir compte des modifications en quantité ou en valeur qui surviendraient au cours des douze mois suivant le contrat initial ;
- b) soit la valeur estimée totale des contrats successifs passés au cours des douze mois suivant la première livraison ou au cours de l'exercice dans la mesure où celui-ci est supérieur à douze mois.

Le choix de la méthode pour le calcul de la valeur estimée d'un marché ne peut être effectué avec l'intention de le soustraire à l'application de la présente loi.

8. Pour les marchés de services, la valeur à prendre comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché est, le cas échéant, la suivante :

- a) pour les services suivants :
- i) services d'assurance : la prime payable et les autres modes de rémunération ;
 - ii) marchés impliquant la conception : honoraires, commissions payables et autres modes de rémunération ;
- b) pour les marchés de services n'indiquant pas un prix total :
- i) dans l'hypothèse de marchés ayant une durée déterminée, dans la mesure où celle-ci est égale ou inférieure à 48 mois : la valeur totale estimée pour toute leur durée ;
 - ii) dans l'hypothèse de marchés ayant une durée indéterminée ou supérieure à 48 mois : la valeur mensuelle multipliée par 48.
9. Pour les accords-cadres, la valeur à prendre en considération est la valeur maximale estimée hors TVA de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord-cadre.

Section 2 Centrales d'achat

Art. 11. - Marchés et accords-cadre passés par les centrales d'achat.

1. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent acquérir des travaux, des fournitures et/ou des services en recourant à des centrales d'achat.

2. Les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices qui acquièrent des travaux, des fournitures ou des services en recourant à une centrale d'achat dans les hypothèses visées à l'article 4, point 15, sont considérés comme ayant respecté la présente loi pour autant que :

- cette centrale d'achat l'ait respectée, ou
- lorsque la centrale d'achat n'est pas un pouvoir adjudicateur ni une entité adjudicatrice, les règles de passation de marché qu'elle applique soient conformes à l'ensemble des dispositions de la présente loi et les marchés attribués puissent faire l'objet de recours efficaces comparables à ceux prévus dans la loi modifiée du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics.

Section 3 Marchés exclus

Art. 12. - Utilisation des exclusions.

1. Aucune des règles, procédures, aucun des programmes, aucun des accords, aucune des dispositions et aucun des marchés visés dans la présente section ne peuvent être utilisés aux fins de

se soustraire aux dispositions de la présente loi.

2. Les exclusions visées dans la présente section doivent être interprétées restrictivement et tenir compte du principe de proportionnalité. Il revient au pouvoir adjudicataire ou à l'entité adjudicatrice de prouver, au besoin, le bien fondé de l'exclusion évoquée.

3. Les pouvoirs adjudicataires et les entités adjudicatrices, lorsqu'ils décident d'utiliser les exclusions visées dans la présente section, peuvent publier un avis de marché pour assurer la transparence ex-ante volontaire, tel que prévue à l'article 34 de la présente loi.

Art. 13. - Marchés passés en vertu de règles internationales.

La présente loi ne s'applique pas aux marchés régis par :

- a) des règles de procédure spécifiques en application d'un accord ou d'un arrangement international, conclus entre l'Etat ou plusieurs Etats membres et un ou plusieurs pays tiers ;
- b) des règles de procédures spécifiques en application d'un accord ou d'un engagement international conclus, relatifs au stationnement de troupes et concernant les entreprises d'un Etat membre ou d'un pays tiers ;
- c) les règles de procédures spécifiques d'une organisation internationale achetant pour l'accomplissement de ses missions, ou aux marchés qui doivent être attribués par un Etat membre conformément auxdites règles.

Art. 14. - Exclusions spécifiques.

La présente loi ne s'applique pas aux cas suivants :

- a) marchés pour lesquels l'application des règles de la présente loi obligerait l'Etat à fournir des informations dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité, notamment lorsque ces marchés s'inscrivent dans le champ d'application de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou concernent des achats particulièrement sensibles nécessitant d'une confidentialité extrêmement élevée, tels que certains achats destinés à la protection des frontières, à la lutte contre le terrorisme ou la criminalité organisée, des achats liés au cryptage ou destinés spécifiquement à des activités secrètes ou à d'autres activités tout aussi sensibles menées par la Police Grand-ducale ou les forces de sécurité ;
- b) marchés destinés aux activités de renseignement, y compris les activités de contre-espionnage ;
- c) marchés passés dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de recherche et développement, telles que visées à l'article 4, point 24, mené conjointement avec au moins un autre Etat membre en vue du développement d'un nouveau produit et, le cas échéant, aux phases ultérieures de tout ou partie du cycle de vie de ce produit. Lors de la conclusion d'un tel programme de coopération entre des Etats membres uniquement, le ministre ayant la défense dans ses attributions notifie à la Commission européenne la part

des dépenses de recherche et développement par rapport au coût global du programme, l'accord relatif au partage des coûts ainsi que la part envisagée d'achat pour chaque Etat membre, le cas échéant ;

- d) marchés passés dans un pays tiers, y compris pour des achats civils, réalisés lorsque des forces de l'Armée et/ou de la Police Grand-Ducale sont déployées hors du territoire de l'Union, lorsque les besoins opérationnels exigent qu'ils soient conclus avec des opérateurs économiques locaux implantés dans la zone des opérations ;
- e) marchés de services ayant pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens ;
- f) marchés passés par le gouvernement à un autre gouvernement concernant :
 - i) la fourniture d'équipements militaires ou d'équipements sensibles ;
 - ii) des travaux et des services directement liés à de tels équipements ; ou
 - iii) des travaux et des services destinés à des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services sensibles ;
- g) marchés concernant les services d'arbitrage et de conciliation ;
- h) marchés concernant des services financiers, à l'exception des services d'assurance ;
- i) contrats d'emploi ;
- j) services de recherche et de développement autres que ceux dont les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice pour son usage dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation du service soit entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice.

Section 4 **Dispositions particulières**

Art. 15. - Marchés réservés.

1. Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.
2. L'avis de marché doit faire mention de la présente disposition.

CHAPITRE III

Dispositions relatives aux marchés de services

Art. 16. - Marchés de services visés à l'annexe I.

Les marchés portant sur des services couverts par l'article 1 qui sont visés à l'annexe I sont attribués conformément aux articles 19 à 55.

Art. 17. - Marchés de services visés à l'annexe II.

Les marchés portant sur des services couverts par l'article 1 qui sont visés à l'annexe II sont attribués conformément à l'article 19 et à l'article 31, paragraphe 3.

Art. 18. - Marchés mixtes comportant des services visés aux annexes I et II.

Les marchés portant sur des services couverts par l'article 1 qui sont visés à la fois à l'annexe I et à l'annexe II sont passés conformément aux articles 19 à 55 lorsque la valeur des services visés à l'annexe I est supérieure à la valeur des services visés à l'annexe II. Dans les autres cas, les marchés sont attribués conformément à l'article 19 et à l'article 31, paragraphe 3.

CHAPITRE IV

Règles spécifiques concernant les documents du marché

Art. 19. - Spécifications techniques.

1. Les spécifications techniques telles que définies à l'annexe III, point 1, figurent dans les documents du marché (avis de marché, cahier des charges, documents descriptifs ou documents complémentaires). Chaque fois que possible, ces spécifications techniques doivent être établies de manière à prendre en considération les critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou la conception pour tous les utilisateurs.

2. Les spécifications techniques permettent l'accès égal des soumissionnaires et n'ont pas pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés à la concurrence.

3. Sans préjudice ni des règles techniques nationales obligatoires (y compris celles relatives à la sécurité des produits) ni des exigences techniques auxquelles l'Etat, en vertu d'accords internationaux de normalisation, doit satisfaire afin de garantir l'interopérabilité requise par lesdits accords et, à condition qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire, les spécifications techniques sont formulées :

a) soit par référence à des spécifications techniques définies à l'annexe III et, par ordre de préférence :

- aux normes civiles nationales transposant des normes européennes,

- aux agréments techniques européens,
- aux spécifications techniques civiles communes,
- aux normes civiles nationales transposant des normes internationales,
- aux autres normes civiles internationales,
- aux autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation, ou, lorsque ceux-ci n'existent pas, aux autres normes civiles nationales, aux agréments techniques nationaux, ou aux spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et de mise en œuvre des produits,
- aux spécifications techniques civiles définies par les entreprises et largement reconnues par elles, ou
- aux « normes défense » nationales définies à l'annexe III, point 3), et aux spécifications relatives aux équipements militaires, qui sont similaires à ces normes.

Chaque référence est accompagnée de la mention « ou équivalent » ;

- b) soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles; celles-ci peuvent inclure des caractéristiques environnementales. Elles doivent cependant être suffisamment précises pour permettre aux soumissionnaires de déterminer l'objet du marché et aux pouvoirs adjudicateurs ou aux entités adjudicatrices d'attribuer le marché ;
- c) soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles visées au point b), en se référant, comme un moyen de présomption de conformité à ces performances ou à ces exigences fonctionnelles, aux spécifications citées au point a) ;
- d) soit par une référence aux spécifications visées au point a) pour certaines caractéristiques et aux performances ou exigences fonctionnelles visées au point b) pour d'autres caractéristiques.

4. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices font usage de la possibilité de se référer aux spécifications visées au paragraphe 3, point a), ils ne peuvent pas rejeter une offre au motif que les produits et services offerts ne sont pas conformes aux spécifications auxquelles ils ont fait référence, dès lors que le soumissionnaire prouve dans son offre, d'une manière jugée satisfaisante par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose satisfont de manière équivalente aux exigences définies par les spécifications techniques.

Peut constituer un moyen approprié, un dossier technique du fabricant ou un rapport d'essai d'un organisme reconnu.

5. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices font usage de la possibilité, prévue au paragraphe 3, d'établir des prescriptions en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, ils ne peuvent rejeter une offre de travaux, de produits ou de services conformes à

une norme nationale transposant une norme européenne, à un agrément technique européen, à une spécification technique commune, à une norme internationale, ou à un référentiel technique élaboré par un organisme européen de normalisation, si ces spécifications visent les performances ou les exigences fonctionnelles qu'ils ont requises.

Dans son offre, le soumissionnaire est tenu de prouver, à la satisfaction du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice et par tout moyen approprié, que les travaux, produits ou services conformes à la norme répondent aux performances ou exigences fonctionnelles du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice.

Peut constituer un moyen approprié, un dossier technique du fabricant ou un rapport d'essai d'un organisme reconnu.

6. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices prescrivent des caractéristiques environnementales en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, telles que visées au paragraphe 3, point b), ils peuvent utiliser les spécifications détaillées ou, si besoin est, des parties de celles-ci, telles que définies par les éco-labels européens, plurinationaux, nationaux ou par tout autre éco-label pour autant :

- que ces spécifications soient appropriées pour définir les caractéristiques des fournitures ou des prestations faisant l'objet du marché,
- que les exigences du label soient développées sur la base d'une information scientifique,
- que les éco-labels soient adoptés par un processus auquel toutes les parties concernées, telles que les organismes gouvernementaux, les consommateurs, les fabricants, les distributeurs et les organisations environnementales peuvent participer, et
- qu'ils soient accessibles à toutes les parties intéressées.

Les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent indiquer que les produits ou services munis de l'éco-label sont présumés satisfaire aux spécifications techniques définies dans le cahier des charges ; ils doivent accepter tout autre moyen de preuve approprié, tel qu'un dossier technique du fabricant ou un rapport d'essai d'un organisme reconnu.

7. Par « organismes reconnus » au sens du présent article, on entend les laboratoires d'essai, de calibrage, les organismes d'inspection et de certification, conformes aux normes européennes applicables.

Les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices acceptent les certificats émanant d'organismes reconnus dans d'autres Etats membres.

8. À moins qu'elles ne soient justifiées par l'objet du marché, les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminées ou d'un procédé particulier, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, à une origine ou à une production déterminées qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits. Cette mention ou référence est autorisée, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible par application des paragraphes 3 et 4 ; une telle mention ou référence est accompagnée des termes « ou équivalent ».

Art. 20. - Variantes.

1. Lorsque le critère d'attribution est celui de l'offre économiquement la plus avantageuse, les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent autoriser les soumissionnaires à présenter des variantes.
2. Les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices indiquent dans l'avis de marché s'ils autorisent ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas autorisées.
3. Les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices qui autorisent les variantes mentionnent dans le cahier des charges les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur soumission.

Seules les variantes répondant aux exigences minimales fixées par les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices sont prises en considération.

4. Dans les procédures de passation de marchés de fournitures ou de services, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices qui ont autorisé des variantes ne peuvent rejeter une variante pour la seule raison qu'elle aboutirait, si elle était retenue, respectivement soit à un marché de services au lieu d'un marché de fournitures, soit à un marché de fournitures au lieu d'un marché de services.

Art. 21. - Conditions d'exécution du marché.

Les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire et les lois et règlements en vigueur et qu'elles soient indiquées dans les documents du marché (avis de marché, cahier des charges, documents descriptifs ou documents complémentaires). Ces conditions peuvent notamment avoir pour objet la sous-traitance ou viser à assurer la sécurité des informations classifiées et la sécurité de l'approvisionnement que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice exigent, conformément aux articles 22, 23 et 24, ou prendre en compte des considérations environnementales ou sociales.

Art. 22. - Sous-traitance.

1. Le soumissionnaire retenu est libre de choisir ses sous-traitants pour tous les contrats de sous-traitance qui ne sont pas couverts par les exigences visées aux paragraphes 3 et 4 ; il ne peut pas, notamment, être exigé de lui qu'il se comporte de façon discriminatoire à l'égard de sous-traitants potentiels en raison de leur nationalité.
2. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peuvent demander au soumissionnaire :
 - d'indiquer dans son offre toute partie du marché qu'il envisage de sous-traiter à des tiers et tout sous-traitant proposé ainsi que l'objet des contrats de sous-traitance pour lesquels ces derniers ont été proposés, et/ou

- d'indiquer tout changement intervenu au niveau des sous-traitants au cours de l'exécution du marché.

3. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peuvent obliger le soumissionnaire retenu à appliquer les dispositions du titre III à tous les contrats de sous-traitance ou à certains d'entre eux que le soumissionnaire retenu entend attribuer à des tiers.

4. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peuvent demander au soumissionnaire retenu de sous-traiter à des tiers une partie du marché. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice qui imposent ce type de sous-traitance expriment ce pourcentage minimum sous la forme d'une fourchette, comportant un pourcentage minimum et un pourcentage maximum. Le pourcentage maximum ne peut être supérieur à 30 % de la valeur du marché. Cette fourchette est proportionnelle à l'objet et à la valeur du marché ainsi qu'à la nature du secteur industriel concerné, notamment le niveau de concurrence prévalant sur ce marché et les capacités techniques concernées de la base industrielle.

Tout pourcentage de sous-traitance compris dans la fourchette indiquée par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est considéré comme remplissant l'exigence de sous-traitance visée au présent paragraphe.

Les soumissionnaires peuvent proposer de sous-traiter une part de la valeur totale du marché supérieure à la limite exigée par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice.

Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice demandent aux soumissionnaires de spécifier la ou les parties de leur offre qu'ils comptent sous-traiter pour respecter l'exigence visée au premier alinéa.

Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peuvent demander aux soumissionnaires de spécifier également la ou les parties de leur offre qu'ils comptent sous-traiter au-delà du pourcentage imposé, ainsi que les sous-traitants qu'ils ont déjà identifiés.

Le soumissionnaire retenu attribue des contrats de sous-traitance correspondant au pourcentage que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice lui imposent de sous-traiter conformément aux dispositions du titre III.

5. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent rejeter les sous-traitants sélectionnés par le soumissionnaire au stade de la procédure d'attribution du marché principal ou par le soumissionnaire retenu lors de l'exécution du marché. Ce rejet ne peut se fonder que sur les critères appliqués pour la sélection des soumissionnaires pour le marché principal. Si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice rejettent un sous-traitant, ils doivent fournir au soumissionnaire ou au soumissionnaire retenu une justification écrite indiquant les raisons pour lesquelles ils estiment que le sous-traitant ne remplit pas les critères.

6. Les exigences visées aux paragraphes 2 à 5 sont indiquées dans les avis de marché.

7. Les paragraphes 1 à 5 ne préjugent pas la question de la responsabilité de l'opérateur économique principal.

Art. 23. - Sécurité de l'information.

1. Lorsqu'il s'agit de marchés qui font intervenir, nécessitent et/ou comportent des informations classifiées, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice précisent, dans les documents du marché (avis de marché, cahier des charges, documents descriptifs ou documents complémentaires), les mesures et les exigences nécessaires afin d'assurer la sécurité de ces informations au niveau requis.
2. À cet effet, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peuvent exiger que l'offre comporte notamment les éléments suivants :
 - a) l'engagement du soumissionnaire et des sous-traitants déjà identifiés à préserver de manière appropriée la confidentialité de toutes les informations classifiées en leur possession ou dont ils viendraient à prendre connaissance tout au long de l'exécution du marché et après résiliation ou expiration du contrat, conformément aux lois, règlements et dispositions administratives pertinents ;
 - b) l'engagement de la part du soumissionnaire d'obtenir l'engagement prévu au point a) de la part d'autres sous-traitants auxquels il fait appel au cours de l'exécution du marché ;
 - c) des informations au sujet des sous-traitants déjà identifiés, suffisantes pour permettre au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice de déterminer si chacun d'entre eux possède les capacités requises pour préserver de manière appropriée la confidentialité des informations classifiées auxquelles il a accès ou qu'il sera amené à produire dans le cadre de la réalisation de ses activités de sous-traitance ;
 - d) l'engagement de la part du soumissionnaire d'apporter les informations requises au point c) au sujet de nouveaux sous-traitants avant de leur attribuer un marché de sous-traitance.
3. En l'absence d'harmonisation au niveau communautaire des systèmes nationaux d'habilitation de sécurité, les habilitations de sécurité délivrées par un autre Etat membre, conformément à législation nationale respective, sont considérées équivalentes par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. Les autorités compétentes peuvent néanmoins vérifier la conformité de ces habilitations avec les dispositions nationales applicables en la matière et procéder à des enquêtes, qui seront prises en compte si jugé nécessaire.

Art. 24. - Sécurité d'approvisionnement.

1. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice précisent dans les documents du marché (avis de marché, cahier des charges, documents descriptifs ou documents complémentaires) leurs exigences en matière de sécurité d'approvisionnement.
2. À cet effet, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peuvent exiger que l'offre comporte notamment les éléments suivants :
 - a) la certification ou des documents démontrant au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice que le soumissionnaire sera à même de remplir les obligations en matière d'exportation, de transfert et de transit de marchandises liées au contrat, y compris tout

document complémentaire émanant de l'Etat membre ou des Etats membres concernés ;

- b) l'indication de toute restriction pesant sur le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice concernant la divulgation, le transfert ou l'utilisation des produits et services ou de tout résultat de ces produits et services, qui résulterait des régimes de contrôle d'exportations ou des régimes de sécurité ;
- c) la certification ou des documents démontrant que l'organisation et la localisation de la chaîne d'approvisionnement du soumissionnaire lui permettront de respecter les exigences du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice en matière de sécurité d'approvisionnement précisées dans les documents du marché, et l'engagement de veiller à ce que les éventuels changements survenus dans ladite chaîne d'approvisionnement pendant l'exécution du marché ne nuisent pas au respect de ces exigences ;
- d) l'engagement du soumissionnaire à mettre en place et/ou à maintenir les capacités nécessaires pour faire face à une éventuelle augmentation des besoins du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice par suite d'une situation de crise, selon des modalités et des conditions à convenir ;
- e) tout document complémentaire émanant des autorités nationales du soumissionnaire concernant la satisfaction des besoins supplémentaires du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice qui surgiraient par suite d'une situation de crise ;
- f) l'engagement du soumissionnaire d'assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures faisant l'objet du marché ;
- g) l'engagement du soumissionnaire d'informer le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, en temps utile, de tout changement survenu dans son organisation, sa chaîne d'approvisionnement ou sa stratégie industrielle susceptible d'affecter ses obligations envers eux ;
- h) l'engagement du soumissionnaire à fournir au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, selon des modalités et conditions à arrêter, tous les moyens spécifiques nécessaires pour la production de pièces détachées, de composants, d'assemblages et d'équipements d'essais spéciaux, y compris les plans techniques, les autorisations et les instructions d'utilisation, au cas où il ne serait plus en mesure de les fournir.

3. Il ne peut être demandé à un soumissionnaire d'obtenir d'un Etat membre un engagement qui porterait atteinte à la liberté dudit Etat membre d'appliquer, conformément au droit international ou communautaire pertinent, ses critères nationaux en matière d'autorisation des exportations, transferts ou transits, dans les circonstances prévalant au moment de la décision d'autorisation.

Art. 25. - Obligations relatives à la fiscalité, à la protection de l'environnement, aux dispositions de protection de l'emploi et aux conditions de travail.

1. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peuvent indiquer dans le cahier des charges l'organisme ou les organismes auprès desquels les candidats ou soumissionnaires peuvent obtenir les informations pertinentes concernant les obligations relatives à la fiscalité, à la protection de l'environnement, aux dispositions de protection de l'emploi et aux conditions de travail qui sont en

vigueur au lieu où les travaux sont à effectuer ou les services à prester et qui seront applicables aux travaux effectués sur le chantier ou aux services prestés pendant l'exécution du marché.

2. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice qui fournissent les informations visées au paragraphe 1 demandent aux soumissionnaires d'indiquer qu'ils ont tenu compte, lors de l'établissement de leur offre, des obligations relatives aux dispositions concernant la protection de l'emploi et les conditions de travail en vigueur au lieu où les travaux sont à effectuer ou les services à prester.

Le premier alinéa ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de l'article 50 relatives à la vérification des offres anormalement basses.

CHAPITRE V

Procédures

Art. 26. - Procédures applicables.

1. Pour passer des marchés, les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices appliquent les procédures en vigueur pour les marchés publics, adaptées aux fins de la présente loi.

Les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent choisir de passer les marchés en recourant à la procédure restreinte ou à la procédure négociée avec publication d'un avis de marché.

2. Dans les circonstances prévues à l'article 28, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent attribuer leurs marchés en recourant au dialogue compétitif.

3. Dans les cas et circonstances spécifiques expressément mentionnés à l'article 29, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent recourir à une procédure négociée sans publication d'un avis de marché.

Art. 27. - Procédure négociée avec publication d'un avis de marché.

1. Dans les procédures négociées avec publication d'un avis de marché, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices négocient avec les soumissionnaires les offres soumises par ceux-ci afin de les adapter aux exigences qu'ils ont indiquées dans l'avis de marché, les documents du marché et les documents complémentaires éventuels et afin de rechercher la meilleure offre conformément à l'article 48.

2. Au cours de la négociation, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. En particulier, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres.

3. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent prévoir que la procédure négociée se déroule en phases successives afin de réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Le

recours ou non à cette faculté est indiqué dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges.

Art. 28. - Dialogue compétitif.

1. Dans le cas de marchés particulièrement complexes, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent, lorsqu'ils estiment que le recours à la procédure restreinte ou à la procédure négociée avec publication d'un avis de marché ne permettra pas d'attribuer le marché, recourir au dialogue compétitif conformément au présent article.

L'attribution du marché est faite sur la seule base du critère d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse.

2. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices publient un avis de marché dans lequel ils font connaître leurs besoins et exigences, qu'ils définissent dans ce même avis et/ou dans un document descriptif.

3. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices ouvrent, avec les candidats sélectionnés conformément aux dispositions pertinentes des articles 40 à 47, un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux leurs besoins. Au cours de ce dialogue, ils peuvent discuter de tous les aspects du marché avec les candidats sélectionnés.

Au cours du dialogue, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. En particulier, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres.

Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices ne peuvent révéler aux autres participants les solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un candidat participant au dialogue sans l'accord de celui-ci.

4. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent prévoir que la procédure se déroule en phases successives de manière à réduire le nombre de solutions à discuter pendant la phase du dialogue en appliquant les critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché ou dans le document descriptif. Le recours à cette faculté est indiqué dans l'avis de marché ou dans le document descriptif.

5. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice poursuivent le dialogue jusqu'à ce qu'ils soient en mesure d'identifier la ou les solutions, au besoin après les avoir comparées, qui sont susceptibles de répondre à leurs besoins.

6. Après avoir déclaré la conclusion du dialogue et en avoir informé les participants, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices les invitent à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue. Ces offres comprennent tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet.

Sur demande du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, ces offres peuvent être clarifiées, précisées et améliorées. Cependant, ces précisions, clarifications, améliorations ou compléments d'information ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou de

l'appel d'offres, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

7. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices évaluent les offres reçues en fonction des critères d'attribution fixés dans l'avis de marché ou dans le document descriptif et choisissent l'offre économiquement la plus avantageuse conformément à l'article 48.

À la demande du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, le soumissionnaire identifié comme ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci, à condition que cela n'ait pas pour effet de modifier des éléments substantiels de l'offre ou de l'appel d'offres, de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations.

8. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent prévoir des prix ou des paiements aux participants au dialogue.

Art. 29. - Cas justifiant le recours à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché.

Dans les cas suivants, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent passer leurs marchés en recourant à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché et justifient le recours à cette procédure dans l'avis d'attribution de marché conformément à l'article 31, paragraphe 3 :

1. dans le cas des marchés de travaux, de fournitures et de services :
 - a) lorsque aucune offre ou aucune offre appropriée ou aucune candidature n'a été déposée en réponse à une procédure restreinte, à une procédure négociée avec publication d'un avis de marché ou à un dialogue compétitif, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne à sa demande ;
 - b) en présence d'offres irrégulières ou en cas de dépôt d'offres inacceptables au regard de la législation nationale en vigueur et notamment des articles 6, 20 et 22 à 25 et du chapitre VII du titre II de la présente loi, soumises en réponse à une procédure restreinte, à une procédure négociée avec publication ou à un dialogue compétitif, pour autant :
 - i) que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées ; et
 - ii) qu'ils incluent dans la procédure négociée tous les soumissionnaires et les seuls soumissionnaires qui satisfont aux critères visés aux articles 41 à 47 et qui, lors de la procédure restreinte ou du dialogue compétitif antérieur, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation ;
 - c) lorsque l'urgence résultant de situations de crise n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures restreintes et négociées avec publication d'un avis de marché, y compris les délais réduits visés à l'article 35, paragraphe 7. Ce peut être le cas, par exemple, dans les situations visées à l'article 24, paragraphe 2, point d) ;

d) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices en question, n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures restreintes ou négociées avec publication d'un avis de marché, y compris les délais réduits visés à l'article 35, paragraphe 7. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs ou aux entités adjudicatrices ;

e) lorsque, pour des raisons techniques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé ;

2. dans le cas des marchés de fournitures et de services :

a) pour les services de recherche et de développement, autres que ceux visés à l'article 14 ;

b) pour des produits fabriqués uniquement à des fins de recherche et de développement, à l'exception de la production en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement ;

3. dans le cas des marchés de fournitures :

a) pour les livraisons complémentaires effectuées par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées.

La durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut pas dépasser cinq ans, sauf dans des circonstances exceptionnelles déterminées en tenant compte de la durée de vie prévue des objets, installations ou systèmes livrés, ainsi que des difficultés techniques que peut occasionner un changement de fournisseur ;

b) pour les fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières ;

c) pour l'achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales, soit auprès des curateurs ou liquidateurs d'une faillite, d'un concordat judiciaire ou d'une procédure de même nature prévue par les législations ou réglementations nationales ;

4. dans le cas des marchés de travaux et de services :

a) pour les travaux ou services complémentaires qui ne figurent pas dans le projet initialement envisagé ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution des travaux ou du service tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui exécute ces travaux ou ce service :

i) lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les

pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices ; ou

- ii) lorsque ces travaux ou services, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son achèvement.

Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché initial ;

- b) pour de nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires confiés à l'opérateur économique adjudicataire du marché initial par les mêmes pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices, à condition que ces travaux ou ces services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un marché initial passé selon la procédure restreinte, la procédure négociée avec publication d'un avis de marché ou un dialogue compétitif.

La possibilité de recourir à cette procédure est indiquée dès la mise en concurrence de la première opération et le montant total envisagé pour la suite des travaux ou des services est pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices pour l'application de l'article 9.

Il ne peut être recouru à cette procédure que pendant une période de cinq ans suivant la conclusion du marché initial, sauf dans des circonstances exceptionnelles déterminées en tenant compte de la durée de vie prévue des objets, installations ou systèmes livrés, ainsi que des difficultés techniques que peut occasionner un changement de fournisseur ;

- 5. pour les marchés liés à la fourniture de services de transport maritime et aérien pour l'Armée ou la Police Grand-Ducale, qui sont ou vont être déployées à l'étranger, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice doivent obtenir ces services d'opérateurs économiques qui garantissent la validité de leur offre uniquement pour des périodes très brèves de sorte que les délais applicables à la procédure restreinte ou à la procédure négociée avec publication d'un avis de marché, y compris les délais réduits visés à l'article 35, paragraphe 7, ne peuvent être respectés.

Art. 30. - Accords-cadres.

- 1. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent conclure des accords-cadres.
- 2. Aux fins de la conclusion d'un accord-cadre, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices suivent les règles de procédure visées par la présente loi dans toutes les phases jusqu'à l'attribution des marchés fondés sur cet accord-cadre. Le choix des parties à l'accord-cadre se fait par application des critères d'attribution établis conformément à l'article 48.

Les marchés fondés sur un accord-cadre sont passés selon les procédures prévues aux paragraphes 3 et 4. Ces procédures ne sont applicables qu'entre les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices, d'une part, et les opérateurs économiques originaires parties à l'accord-cadre, d'autre part.

Lors de la passation des marchés fondés sur l'accord-cadre, les parties ne peuvent en aucun cas

apporter des modifications substantielles aux conditions fixées dans cet accord-cadre, notamment dans le cas visé au paragraphe 3.

La durée d'un accord-cadre ne peut pas dépasser sept ans, sauf dans des circonstances exceptionnelles déterminées en tenant compte de la durée de vie prévue des objets, installations ou systèmes livrés, ainsi que des difficultés techniques que peut occasionner un changement de fournisseur.

Dans de telles circonstances exceptionnelles, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices justifient de façon appropriée ces circonstances exceptionnelles dans l'avis visé à l'article 31, paragraphe 3.

Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices ne peuvent recourir aux accords-cadres de façon abusive ou de manière à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence.

3. Lorsqu'un accord-cadre est conclu avec un seul opérateur économique, les marchés fondés sur cet accord-cadre sont attribués dans les limites des conditions fixées dans l'accord-cadre.

Pour la passation de ces marchés, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent consulter par écrit l'opérateur partie à l'accord-cadre, en lui demandant de compléter, si besoin est, son offre.

4. Lorsqu'un accord-cadre est conclu avec plusieurs opérateurs économiques, le nombre de ceux-ci doit être au moins égal à trois, dans la mesure où il y a un nombre suffisant d'opérateurs économiques satisfaisant aux critères de sélection et/ou d'offres recevables répondant aux critères d'attribution.

L'attribution des marchés fondés sur les accords-cadres conclus avec plusieurs opérateurs économiques peut se faire :

- soit par application des termes fixés dans l'accord-cadre, sans remise en concurrence,
- soit, lorsque tous les termes ne sont pas fixés dans l'accord-cadre, après avoir remis en concurrence les parties sur la base des mêmes conditions, si nécessaire en les précisant, et, le cas échéant, d'autres termes indiqués dans le cahier des charges de l'accord-cadre, selon la procédure suivante :
 - a) pour chaque marché à passer, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices consultent par écrit les opérateurs économiques qui sont capables de réaliser le marché ;
 - b) les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices fixent un délai suffisant pour présenter les offres relatives à chaque marché spécifique en tenant compte d'éléments tels que la complexité de l'objet du marché et le temps nécessaire pour la transmission des offres ;
 - c) les offres sont soumises par écrit et leur contenu reste confidentiel jusqu'à l'expiration du délai de réponse prévu ;
 - d) les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices attribuent chaque marché au

soumissionnaire ayant présenté la meilleure offre sur la base des critères d'attribution énoncés dans le cahier des charges de l'accord-cadre.

CHAPITRE VI

Règles de publicité et de transparence

Section 1

Publication des avis

Art. 31. - Avis.

1. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent faire connaître au moyen d'un avis de préinformation, publié par la Commission européenne ou par eux-mêmes sur leur « profil d'acheteur » tel que visé à l'annexe VI, point 2 :

- a) en ce qui concerne les fournitures, le montant total estimé des marchés ou des accords-cadres par groupes de produits qu'ils envisagent de passer au cours des douze mois suivants. Les groupes de produits sont établis par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices par référence à la nomenclature CPV ;
- b) en ce qui concerne les services, le montant total estimé des marchés ou des accords-cadres, pour chacune des catégories de services qu'ils envisagent de passer au cours des douze mois suivants ;
- c) en ce qui concerne les travaux, les caractéristiques essentielles des marchés ou des accords-cadres qu'ils entendent passer.

Les avis visés au premier alinéa sont envoyés à la Commission européenne ou publiés sur le profil d'acheteur le plus rapidement possible après la prise de décision autorisant le projet pour lequel les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices envisagent de passer des marchés ou accords-cadres.

Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices qui publient l'avis de préinformation sur leur profil d'acheteur envoient à la Commission européenne, par voie électronique conformément au format et aux modalités de transmission indiqués à l'annexe VI, point 3, un avis annonçant la publication d'un avis de préinformation sur un profil d'acheteur.

La publication des avis visés au premier alinéa n'est obligatoire que lorsque les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices ont recours à la faculté de réduire les délais de réception des offres conformément à l'article 35, paragraphe 3.

Le présent paragraphe ne s'applique pas aux procédures négociées sans publication préalable d'un avis de marché.

2. Les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices désireux de passer un marché ou un accord-cadre en recourant à une procédure restreinte, à une procédure négociée avec publication d'un avis ou à un dialogue compétitif, font connaître leur intention au moyen d'un avis de marché.

3. Les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices qui ont passé un marché ou conclu un accord-cadre, envoient un avis concernant les résultats de la procédure de passation au plus tard 48 jours après la passation du marché ou la conclusion de l'accord-cadre.

Dans le cas d'accords-cadres conclus conformément à l'article 30, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices sont exonérés de l'envoi d'un avis sur les résultats de la passation de chaque marché fondé sur l'accord-cadre.

Certaines informations sur la passation du marché ou la conclusion de l'accord-cadre peuvent ne pas être publiées au cas où la divulgation desdites informations ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public, en particulier aux intérêts de la défense et/ou de la sécurité, ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés, ou nuirait à une concurrence loyale entre ceux-ci.

Art. 32. - Rédaction et modalités de publication des avis.

1. Les avis comportent les informations mentionnées à l'annexe IV et, le cas échéant, tout autre renseignement jugé utile par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice selon le format des formulaires standard adoptés par la Commission européenne conformément à la procédure visée à l'article 67, paragraphe 2 de la Directive 2009/81/CE.

2. Les avis envoyés par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices à la Commission européenne sont transmis soit par des moyens électroniques conformément au format et aux modalités de transmission indiqués à l'annexe VI, point 3, soit par d'autres moyens. En cas de recours à la procédure accélérée prévue à l'article 35, paragraphe 7, les avis doivent être envoyés soit par télécopie, soit par des moyens électroniques, conformément au format et aux modalités de transmission indiqués à l'annexe VI, point 3.

Les avis sont publiés conformément aux caractéristiques techniques de publication indiquées à l'annexe VI, points 1 a) et 1 b).

3. Les avis préparés et envoyés par des moyens électroniques conformément au format et aux modalités de transmission indiqués à l'annexe VI, point 3, sont publiés au plus tard cinq jours après leur envoi.

Les avis qui ne sont pas envoyés par des moyens électroniques conformément au format et aux modalités de transmission indiqués à l'annexe VI, point 3, sont publiés au plus tard douze jours après leur envoi ou, en cas de procédure accélérée visée à l'article 35, paragraphe 7, au plus tard cinq jours après leur envoi.

4. Les avis de marché sont publiés in extenso dans une langue officielle de l'Union européenne, choisie par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, le texte publié dans cette langue originale étant le seul faisant foi. Un résumé des éléments importants de chaque avis est publié dans les autres langues officielles. Les frais de publication de ces avis par la Commission européenne sont à la charge de l'Union.

5. Les avis et leur contenu ne peuvent être publiés au niveau national ou sur un profil d'acheteur avant la date de leur envoi à la Commission européenne.

Les avis publiés au niveau national ne contiennent pas de renseignements autres que ceux qui figurent dans les avis envoyés à la Commission européenne ou publiés sur un profil d'acheteur conformément à l'article 31, paragraphe 1, premier alinéa, mais ils font mention de la date d'envoi de l'avis à la Commission européenne ou de sa publication sur un profil d'acheteur.

Les avis de préinformation ne peuvent être publiés sur un profil d'acheteur avant l'envoi à la Commission européenne de l'avis annonçant leur publication sous cette forme et font mention de la date de cet envoi.

6. Le contenu des avis qui ne sont pas envoyés par moyens électroniques conformément au format et aux modalités de transmission indiqués à l'annexe VI, point 3, est limité à 650 mots environ.

7. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices doivent être en mesure de faire la preuve de la date d'envoi des avis.

8. La Commission européenne délivre au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice une confirmation de la publication de l'information transmise mentionnant la date de cette publication. Cette confirmation tient lieu de preuve de la publication.

Art. 33. - Publication non obligatoire.

Les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent publier, conformément à l'article 32, des avis concernant des marchés publics qui ne sont pas soumis à une publication obligatoire prévue par la présente loi.

Art. 34. - Contenu d'un avis en cas de transparence ex-ante volontaire.

1. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent publier au Journal officiel de l'Union européenne un avis exprimant leur intention de conclure un marché qui n'est pas soumis à une publication obligatoire prévue par la présente loi, notamment lorsqu'il s'agit d'un marché exclu, visé par les articles 13 et 14 de la présente loi.

2. L'avis visé au paragraphe 1, dont le format est adopté par la Commission européenne conformément à la procédure de consultation visée à l'article 67, paragraphe 2, de la Directive 2009/81/CE, contient les informations suivantes :

- a) le nom et les coordonnées du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice ;
- b) une description de l'objet du marché ;
- c) une justification de la décision du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice d'attribuer le marché sans publication préalable d'un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne ;
- d) le nom et les coordonnées de l'opérateur économique auquel il a été décidé d'attribuer le marché ; et

e) le cas échéant, toute autre information jugée utile par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice.

3. Lorsque les pouvoirs adjudicataires ou les entités adjudicatrices publient un tel avis, le marché ne peut être conclu qu'après l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour de publication de cet avis.

Section 2 Délais

Art. 35. - Délais de réception des demandes de participation et de réception des offres.

1. En fixant les délais de réception des demandes de participation et des offres, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices tiennent compte en particulier de la complexité du marché et du temps nécessaire pour préparer les offres, sans préjudice des délais minima fixés par le présent article.

2. Dans les procédures restreintes, les procédures négociées avec publication d'un avis de marché et en cas de recours au dialogue compétitif, le délai minimal de réception des demandes de participation est de 37 jours à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché.

Dans les procédures restreintes, le délai minimal de réception des offres est de 40 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation.

3. Dans les cas où les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices ont publié un avis de préinformation, le délai minimal pour la réception des offres visé au paragraphe 2, deuxième alinéa, peut être réduit, en règle générale, à 36 jours mais, en aucun cas, à moins de 22 jours.

Ce délai court à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Le délai réduit visé au premier alinéa est admis à condition que l'avis de préinformation ait comporté toutes les informations requises pour l'avis de marché visé à l'annexe IV, pour autant que ces informations soient disponibles au moment de la publication de l'avis, et que cet avis de préinformation ait été envoyé pour sa publication entre un minimum de 52 jours et un maximum de 12 mois avant la date d'envoi de l'avis de marché.

4. Lorsque les avis sont préparés et envoyés par des moyens électroniques conformément au format et aux modalités de transmission indiqués à l'annexe VI, point 3, le délai de réception des demandes de participation visé au paragraphe 2, premier alinéa, peut être raccourci de sept jours.

5. Une réduction de cinq jours du délai de réception des offres visé au paragraphe 2, deuxième alinéa, est possible lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice offrent, par des moyens électroniques et à compter de la date de publication de l'avis conformément à l'annexe VI, l'accès libre, direct et complet au cahier des charges et à tout document complémentaire, en indiquant dans le texte de l'avis l'adresse Internet à laquelle ces documents peuvent être consultés.

Cette réduction est cumulable avec celle prévue au paragraphe 4.

6. Lorsque, pour quelque raison que ce soit, le cahier des charges et les documents ou renseignements complémentaires, bien que demandés en temps utile, n'ont pas été fournis dans les délais fixés à l'article 36 ou lorsque les offres ne peuvent être faites qu'à la suite d'une visite des lieux ou après consultation sur place de documents annexés au cahier des charges, les délais de réception des offres sont prolongés de manière à ce que tous les opérateurs économiques concernés puissent prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour la formulation des offres.

7. Lorsque, dans les procédures restreintes et les procédures négociées avec publication d'un avis de marché, l'urgence rend impraticables les délais minimaux fixés au présent article, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent fixer :

- un délai pour la réception des demandes de participation qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou à dix jours si l'avis est envoyé par moyens électroniques conformément au format et aux modalités de transmission indiqués à l'annexe VI, point 3, et
- dans le cas des procédures restreintes, un délai pour la réception des offres qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Section 3

Contenu et moyens de transmission des informations

Art. 36. - Invitations à présenter des offres, à négocier ou à dialoguer.

1. Dans les procédures restreintes, les procédures négociées avec publication d'un avis de marché et dans le dialogue compétitif, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices invitent simultanément et par écrit les candidats retenus à présenter leurs offres, à négocier ou, dans le cas du dialogue compétitif, à participer au dialogue.

2. L'invitation aux candidats comprend :

- soit un exemplaire du cahier des charges ou du document descriptif et de tout document complémentaire,
- soit la mention de l'accès aux documents visés au premier tiret, lorsqu'ils sont mis à disposition directe par des moyens électroniques conformément à l'article 35, paragraphe 5.

3. Lorsqu'une entité autre que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice responsable de la procédure d'adjudication dispose du cahier des charges, du document descriptif ou des documents complémentaires, l'invitation précise l'adresse du service auprès duquel cette documentation peut être demandée et, le cas échéant, la date limite pour effectuer cette demande ainsi que le montant et les modalités de paiement de la somme qui doit être versée pour obtenir ces documents. Les services compétents envoient sans délai cette documentation aux opérateurs économiques, après réception d'une demande.

4. Les renseignements complémentaires sur cahier des charges, le document descriptif, et/ou les documents complémentaires sont communiqués par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités

adjudicatrices ou par les services compétents six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres pour autant qu'ils aient été demandés en temps utile. En cas de procédure restreinte ou négociée accélérée, ce délai est de quatre jours.

5. Outre les éléments prévus aux paragraphes 2, 3 et 4, l'invitation comporte au moins :
- a) une référence à l'avis de marché publié ;
 - b) la date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle les offres doivent être transmises et la ou les langues dans lesquelles les offres doivent être rédigées. En cas de dialogue compétitif, ces renseignements ne figurent pas dans l'invitation à participer au dialogue, mais ils sont indiqués dans l'invitation à présenter une offre ;
 - c) dans le cas du dialogue compétitif, la date fixée et l'adresse pour le début de la phase de consultation, ainsi que la ou les langues utilisées ;
 - d) l'indication des documents à joindre éventuellement, soit à l'appui des déclarations vérifiables fournies par le candidat conformément à l'article 40, soit en complément des renseignements prévus audit article et dans les mêmes conditions que celles prévues aux articles 43 et 44 ;
 - e) la pondération relative des critères d'attribution du marché ou, le cas échéant, l'ordre décroissant d'importance des critères utilisés pour définir l'offre économiquement la plus avantageuse, s'ils ne figurent pas dans l'avis de marché, dans le cahier des charges ou dans le document descriptif.

Art. 37. - Information des candidats et des soumissionnaires.

1. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices informent dans les meilleurs délais les candidats et les soumissionnaires des décisions prises concernant l'adjudication d'un marché ou la conclusion d'un accord-cadre, y compris des motifs pour lesquels ils ont décidé de renoncer à passer un marché ou à conclure un accord-cadre pour lequel il y a eu mise en concurrence ou de recommencer la procédure ; cette information est donnée par écrit si la demande en est faite aux pouvoirs adjudicateurs ou aux entités adjudicatrices.

2. Sur demande de la partie concernée, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, sous réserve du paragraphe 3, communiquent, dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, les éléments suivants :

- a) à tout candidat écarté les motifs du rejet de sa candidature ;
- b) à tout soumissionnaire écarté les motifs du rejet de son offre, en particulier, dans les cas visés à l'article 19, paragraphes 4 et 5, les motifs de sa décision de non-équivalence ou de sa décision selon laquelle les travaux, fournitures ou services ne répondent pas aux performances ou exigences fonctionnelles, et dans les cas visés aux articles 23 et 24, les motifs de sa décision selon laquelle les exigences relatives à la sécurité de l'information et à la sécurité d'approvisionnement ne sont pas satisfaites ;
- c) à tout soumissionnaire ayant fait une offre recevable et ayant été écartée, les caractéristiques

et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'adjudicataire ou des parties à l'accord-cadre.

3. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent décider de ne pas communiquer certains renseignements concernant l'adjudication des marchés ou la conclusion d'accords-cadres, visés au paragraphe 1, lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait contraire à l'intérêt public en particulier les intérêts en matière de défense et/ou de sécurité, ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci.

Section 4 Communication

Art. 38. - Règles applicables aux communications.

1. Toutes les communications ainsi que tous les échanges d'informations visés dans le présent titre peuvent, au choix du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, être faits par courrier, par télécopieur, par des moyens électroniques conformément aux paragraphes 4 et 5, par téléphone dans les cas et aux conditions visés au paragraphe 6, ou par une combinaison de ces moyens.

2. Les moyens de communication choisis doivent être généralement disponibles et ne peuvent donc avoir pour effet de restreindre l'accès des opérateurs économiques à la procédure d'attribution.

3. Les communications, les échanges et le stockage d'informations sont faits de manière à assurer que l'intégrité des données et la confidentialité des demandes de participation et des offres soient préservées et que les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices ne prennent connaissance du contenu des demandes de participation et des offres qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de celles-ci.

4. Les outils utilisés pour communiquer par des moyens électroniques, ainsi que leurs caractéristiques techniques, doivent avoir un caractère non discriminatoire, être couramment à la disposition du public et compatibles avec les technologies d'information et de communication généralement utilisées.

5. Les règles ci-après sont applicables aux dispositifs de transmission et de réception électronique des offres ainsi qu'aux dispositifs de réception électronique des demandes de participation :

a) les informations relatives aux spécifications nécessaires à la présentation des offres et des demandes de participation par voie électronique, y compris le cryptage, sont à la disposition des parties intéressées. En outre, les dispositifs de réception électronique des offres et des demandes de participation doivent être conformes aux exigences de l'annexe VII ;

b) les candidats s'engagent à ce que les documents, certificats et déclarations visés aux articles 41 à 46, s'ils ne sont pas disponibles sous forme électronique, soient soumis avant l'expiration du délai prévu pour la présentation des offres ou des demandes de participation.

6. Les règles suivantes s'appliquent à la transmission des demandes de participation :

- a) les demandes de participation aux procédures de passation des marchés peuvent être faites par écrit ou par téléphone ;
- b) lorsqu'une demande de participation est faite par téléphone, une confirmation écrite doit être transmise avant l'expiration du délai fixé pour sa réception ;
- c) les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent exiger, si nécessaire pour des raisons de preuve juridique, que les demandes de participation faites par télécopie soient confirmées par courrier ou par des moyens électroniques. Dans ce cas, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices doivent indiquer dans l'avis de marché cette exigence et le délai dans lequel elle doit être satisfaite.

Section 5

Rapports

Art. 39. - Contenu des procès-verbaux.

1. Pour tout marché et tout accord-cadre, les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices établissent un procès-verbal pour confirmer que la procédure de sélection s'est déroulée de manière transparente et non discriminatoire, procès verbal comportant au moins :

- a) le nom et l'adresse du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, et l'objet et la valeur du marché ou de l'accord-cadre ;
- b) la procédure de passation choisie ;
- c) en cas de dialogue compétitif, les circonstances qui justifient le recours à cette procédure ;
- d) en cas de procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, les circonstances visées à l'article 29 qui justifient le recours à cette procédure ; le cas échéant, la justification du dépassement des délais visés à l'article 29, paragraphe 3, point a), deuxième alinéa et à l'article 29, paragraphe 4, point b) troisième alinéa, et de la limite de 50 % visée à l'article 29, point 4) a), deuxième alinéa ;
- e) le cas échéant, les motifs justifiant une durée de l'accord-cadre dépassant sept ans ;
- f) le nom des candidats retenus et la justification de ce choix ;
- g) le nom des candidats exclus et les motifs de leur rejet ;
- h) les motifs du rejet des offres ;
- i) le nom de l'adjudicataire et la justification du choix de son offre, ainsi que, si elle est connue, la part du marché ou de l'accord-cadre que l'adjudicataire a l'intention ou sera tenu de sous-traiter à des tiers ;
- j) le cas échéant, les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice

ont renoncé à passer un marché ou un accord-cadre.

2. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices prennent les mesures appropriées pour documenter le déroulement des procédures d'attribution conduites par des moyens électroniques.

3. Le procès-verbal ou ses principaux éléments sont communiqués à la Commission européenne à sa demande.

CHAPITRE VII

Déroulement de la procédure

Section 1

Dispositions générales

Art. 40. - Vérification de l'aptitude et choix des participants, attribution des marchés.

1. L'attribution des marchés se fait sur la base des critères prévus aux articles 48 et 50, compte tenu de l'article 20, après vérification de l'aptitude des opérateurs économiques non exclus en vertu des articles 41 ou 42, effectuée par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices conformément aux critères relatifs à la capacité économique et financière, aux connaissances ou capacités professionnelles et techniques visés aux articles 43 à 47 et, le cas échéant, aux règles et critères non discriminatoires visés au paragraphe 3.

2. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent exiger des niveaux minimaux de capacités, conformément aux articles 43 et 44, auxquels les candidats doivent satisfaire.

L'étendue des informations visées aux articles 43 et 44 ainsi que les niveaux minimaux de capacités exigés pour un marché déterminé doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché.

Ces niveaux minimaux sont indiqués dans l'avis de marché.

3. Dans les procédures restreintes, les procédures négociées avec publication d'un avis de marché et dans le dialogue compétitif, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent restreindre le nombre de candidats appropriés qu'ils inviteront à présenter une offre ou à dialoguer. Dans ce cas :

- les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices indiquent dans l'avis de marché les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'ils prévoient d'utiliser, le nombre minimum de candidats qu'ils prévoient d'inviter et, le cas échéant, le nombre maximum. Le nombre minimum de candidats qu'ils prévoient d'inviter ne peut être inférieur à trois,
- ensuite, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices invitent un nombre de candidats au moins égal au nombre minimum prédéfini, à condition qu'un nombre suffisant de candidats appropriés soit disponible.

Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection et aux niveaux minimaux de

capacité est inférieure au nombre minimal, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peuvent continuer la procédure en invitant le ou les candidats ayant les capacités requises.

Lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice estiment que le nombre de candidats appropriés est trop restreint pour assurer une véritable concurrence, ils peuvent suspendre la procédure et publier à nouveau, conformément à l'article 31, paragraphe 2, et à l'article 32, l'avis de marché initial en fixant un nouveau délai pour l'introduction des demandes de participation. Dans ce cas, les candidats sélectionnés à la suite de la première publication et ceux sélectionnés à la suite de la deuxième publication sont invités conformément à l'article 36. Cette option ne porte pas atteinte à la faculté du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice d'annuler la procédure d'achat en cours et de lancer une nouvelle procédure.

4. Dans le cadre d'une procédure de passation, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ne peuvent pas inclure des opérateurs économiques autres que ceux qui ont introduit une demande de participation ou des candidats n'ayant pas les capacités requises.

5. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices recourent à la faculté de réduire le nombre de solutions à discuter ou d'offres à négocier, prévue à l'article 27, paragraphe 3, et à l'article 28, paragraphe 4, ils effectuent cette réduction en appliquant les critères d'attribution qu'ils ont indiqués dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Dans la phase finale, ce nombre doit permettre d'assurer une véritable concurrence, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions ou de candidats appropriés.

Section 2 Critères de sélection qualitative

Art. 41. - Situation personnelle du candidat ou soumissionnaire.

1. Est exclu de la participation à un marché public tout candidat ou soumissionnaire ayant fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement définitif, dont le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ont connaissance, pour une ou plusieurs des raisons énumérées ci-dessous :

- a) infraction aux articles 322 à 324ter du Code Pénal relatifs à la participation à une organisation criminelle ;
- b) infraction aux articles 246 à 249 du Code Pénal relatifs à la corruption ;
- c) infraction aux articles 496-1 à 496-4 du Code Pénal relatifs à l'escroquerie et à la tromperie ;
- d) infraction aux articles 135-1 et suivants du Code Pénal relatifs au terrorisme, aux activités terroristes et au financement du terrorisme ;
- e) infraction à l'article 506-1 du Code pénal relatif au blanchiment de capitaux ou à l'article 8-1 de la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses.

Aux fins de l'application du présent paragraphe, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices demandent, le cas échéant, aux candidats ou soumissionnaires de fournir les documents visés au paragraphe 3 et peuvent, lorsqu'ils ont des doutes sur la situation personnelle de

ces candidats ou soumissionnaires, s'adresser aux autorités compétentes pour obtenir les informations sur la situation personnelle de ces candidats ou soumissionnaires qu'ils estiment nécessaires. Lorsque les informations concernent un candidat ou soumissionnaire établi dans un autre Etat que celui du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peuvent demander la coopération des autorités compétentes. Suivant la législation nationale de l'Etat membre où les candidats ou soumissionnaires sont établis, ces demandes porteront sur les personnes morales et/ou sur les personnes physiques, y compris, le cas échéant, les chefs d'entreprise ou toute personne ayant le pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle du candidat ou du soumissionnaire.

2. Peut être exclu de la participation à un marché, tout opérateur économique :

- a) qui est en état de faillite, de liquidation, de règlement judiciaire, de concordat préventif ou de cessation d'activités, ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans le droit national dans l'Etat dans lequel est établi l'opérateur économique ;
- b) qui fait l'objet d'une procédure de déclaration de faillite, de règlement judiciaire, de liquidation, de concordat préventif ou de toute autre procédure de même nature existant dans le droit national dans l'Etat dans lequel est établi l'opérateur économique ;
- c) qui a fait l'objet d'un jugement ayant autorité de chose jugée selon les dispositions légales du pays et constatant un délit affectant sa moralité professionnelle, tel que, par exemple, la violation de la législation en matière d'exportation d'équipements de défense et/ou de sécurité ;
- d) qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices pourront justifier, telle que, par exemple, la violation de ses obligations en matière de sécurité de l'information ou de sécurité d'approvisionnement lors d'un marché précédent ;
- e) au sujet duquel il est établi par tout moyen de preuve, le cas échéant par des sources de données protégées, qu'il ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat ;
- f) qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale selon les dispositions légales du pays où il est établi ou celles applicables dans le Grand-Duché de Luxembourg ;
- g) qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses impôts et taxes selon les dispositions légales du pays où il est établi ou celles applicables dans le Grand-Duché de Luxembourg ;
- h) qui s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant les renseignements exigibles en application de la présente section ou qui n'a pas fourni ces renseignements.

Les conditions d'application du présent paragraphe sont indiquées dans les cahiers spéciaux des charges.

3. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices acceptent comme preuve suffisante attestant que l'opérateur économique ne se trouve pas dans les cas visés au paragraphe 1 et au paragraphe 2, points a), b), c), f) et g) :

- a) pour le paragraphe 1 et le paragraphe 2, points a), b) et c), la production d'un extrait du casier judiciaire ou, à défaut, d'un document équivalent délivré par l'autorité judiciaire ou administrative compétente du pays d'origine ou de provenance et dont il résulte que ces exigences sont satisfaites ;
- b) pour le paragraphe 2, points f) et g), un certificat délivré par l'autorité compétente de l'Etat membre concerné.

Lorsque le pays concerné ne délivre pas les documents ou certificats en question, ou lorsque les documents ne couvrent pas tous les cas visés au paragraphe 1 et au paragraphe 2, points a), b) et c), ils peuvent être remplacés par une déclaration sous serment ou, dans les Etats membres où un tel serment n'existe pas, par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant l'autorité judiciaire ou administrative compétente, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays d'origine ou de provenance.

4. Le Gouvernement désigne les autorités et organismes compétents pour la délivrance des documents, certificats ou déclarations visés au paragraphe 3 et en informe la Commission européenne. Cette communication ne porte pas préjudice au droit applicable en matière de protection des données.

Art. 42. - Aptitude à exercer l'activité professionnelle.

1. Lorsque, pour exercer son activité, le candidat doit être inscrit, dans son pays d'origine ou dans son lieu d'établissement, à un registre de la profession ou à un registre du commerce, il devra présenter au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice un justificatif de son inscription à un tel registre ou fournir une déclaration sous serment ou un certificat ainsi qu'il est indiqué à titre indicatif à l'annexe VII de la Directive 2009/81/CE.

2. Dans les procédures de passation des marchés de services, lorsque les candidats ont besoin d'une autorisation spécifique ou doivent être membres d'une organisation spécifique pour pouvoir fournir dans leur pays d'origine le service concerné, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peuvent leur demander de prouver qu'ils possèdent cette autorisation ou qu'ils appartiennent à cette organisation.

3. Le présent article ne porte pas préjudice au droit communautaire applicable en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services.

Art. 43. - Capacité économique et financière.

1. La justification de la capacité économique et financière d'un opérateur économique peut, en règle générale, être constituée par une ou plusieurs des références suivantes :

- a) des déclarations appropriées de banques ou, le cas échéant, la preuve d'une assurance des risques professionnels ;

- b) la présentation des bilans ou d'extraits des bilans, dans les cas où la publication des bilans est prescrite par la législation du pays où l'opérateur économique est établi ;
 - c) une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché, pour au maximum les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création ou du début d'activités de l'opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles.
2. Un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice qu'il disposera des moyens nécessaires, par exemple, par la production de l'engagement de ces entités à cet effet.
3. Dans les mêmes conditions, un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 6 peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou d'autres entités.
4. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices précisent, dans l'avis de marché celle ou celles des références visées au paragraphe 1 qu'ils ont choisies ainsi que les autres références probantes qui doivent être produites.
5. Si, pour une raison justifiée, l'opérateur économique n'est pas en mesure de produire les références demandées par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice.

Art. 44. - Capacités techniques et/ou professionnelles.

1. Les capacités techniques des opérateurs économiques peuvent, en règle générale, être prouvées d'une ou de plusieurs des façons suivantes, selon la nature, la quantité ou l'importance, et l'utilisation des travaux, des fournitures ou des services :

- a)
 - i) la présentation de la liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années, cette liste étant appuyée de certificats de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Ces certificats indiquent le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux et précisent s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin ; le cas échéant, ces certificats sont transmis directement par l'autorité compétente au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice ;
 - ii) la présentation d'une liste des principales livraisons ou des principaux services effectués, en règle générale, au cours des cinq dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Les livraisons et les prestations de services sont prouvées :
 - lorsque le destinataire a été un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice, par des certificats émis ou contresignés par l'autorité compétente,
 - lorsque le destinataire a été un acheteur privé, par une certification de l'acheteur ou, à

défaut, simplement par une déclaration de l'opérateur économique ;

- b) l'indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise de l'opérateur économique, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité et, lorsqu'il s'agit de marchés de travaux, dont l'entrepreneur disposera pour l'exécution de l'ouvrage ;
- c) une description de l'équipement technique, des mesures employées par l'opérateur économique pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise ainsi que des règles internes en matière de propriété intellectuelle ;
- d) un contrôle effectué par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices ou, au nom de ceux-ci, par un organisme officiel compétent du pays dans lequel l'opérateur économique est établi, sous réserve de l'accord de cet organisme ; ce contrôle porte sur les capacités de production du fournisseur ou sur la capacité technique de l'opérateur économique et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il prend pour contrôler la qualité ;
- e) en cas de marchés de travaux, de services ou de fournitures comportant également des travaux de pose et d'installation ou des prestations de services, l'indication des diplômes et qualifications professionnelles de l'opérateur économique et/ou des cadres de l'entreprise et, en particulier, du ou des responsables de la prestation des services ou de la conduite des travaux ;
- f) pour les marchés de travaux et de services et uniquement dans les cas appropriés, l'indication des mesures de gestion environnementale que l'opérateur économique pourra appliquer lors de la réalisation du marché ;
- g) une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du prestataire de services ou de l'entrepreneur et les effectifs du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années ;
- h) une description de l'outillage, du matériel et de l'équipement technique, des effectifs du personnel et de son savoir-faire et/ou des sources d'approvisionnement avec une indication de l'implantation géographique lorsqu'elle se trouve hors du territoire de l'Union européenne, dont l'opérateur économique dispose pour exécuter le marché, faire face à d'éventuelles augmentations des besoins du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice par suite d'une crise ou assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures faisant l'objet du marché ;
- i) en ce qui concerne les produits à fournir, la présentation des éléments suivants :
 - i) des échantillons, descriptions et/ou photographies dont l'authenticité doit pouvoir être certifiée à la demande du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice ;
 - ii) des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité et dont la compétence est reconnue, attestant la conformité de produits bien identifiée par des références à certaines spécifications ou normes ;
- j) lorsqu'il s'agit de marchés publics qui font intervenir, nécessitent ou comportent des

informations classifiées, des preuves justifiant la capacité de traiter, stocker et transmettre ces informations au niveau de protection exigé par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice.

En l'absence d'harmonisation au niveau communautaire des systèmes nationaux d'habilitation de sécurité, les habilitations de sécurité délivrées par un autre Etat membre, conformément à la législation nationale respective, sont considérées équivalentes par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. Les autorités compétentes peuvent néanmoins vérifier la conformité de ces habilitations avec les dispositions nationales applicables en la matière et procéder à des enquêtes, qui seront prises en compte si jugé nécessaire.

Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peuvent, le cas échéant, accorder aux candidats qui ne sont pas encore habilités des délais supplémentaires pour obtenir une habilitation de sécurité. Dans ce cas, cette possibilité ainsi que les délais sont indiqués dans l'avis de marché.

Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peuvent demander à l'autorité nationale de sécurité de l'Etat du candidat ou à l'autorité de sécurité désignée de cet Etat de vérifier la conformité des locaux et installations susceptibles d'être utilisés, les procédures industrielles et administratives qui seront suivies, les modalités de gestion de l'information et/ou la situation du personnel susceptible d'être employé pour l'exécution du marché.

2. Un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires, par exemple, par la production de l'engagement de ces entités de mettre à la disposition de l'opérateur économique les moyens nécessaires.
3. Dans les mêmes conditions, un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 6 peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou d'autres entités.
4. Dans les procédures de passation des marchés ayant pour objet des fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation, la prestation de services et/ou l'exécution de travaux, la capacité des opérateurs économiques de fournir les services ou d'exécuter l'installation ou les travaux peut être évaluée en vertu notamment de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité.
5. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice précisent dans l'avis celles des références visées au paragraphe 1 qu'ils ont choisies ainsi que les autres références qui doivent être fournies.
6. Si, pour une raison justifiée, l'opérateur économique n'est pas en mesure de produire les références demandées par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, il est autorisé à prouver ses capacités techniques et/ou professionnelles par tout autre moyen considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice.

Art. 45. - Normes des systèmes de gestion de la qualité.

Au cas où ils demandent la production de certificats établis par des organismes accrédités

indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes des systèmes de gestion de la qualité, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices se reportent aux systèmes de gestion de la qualité fondés sur les normes européennes en la matière certifiées par des organismes accrédités indépendants conformes aux normes européennes en matière d'accréditation et de certification. Ils reconnaissent les certificats équivalents d'organismes accrédités indépendants établis dans d'autres Etats membres. Ils acceptent également d'autres preuves de systèmes équivalents de gestion de la qualité produites par les opérateurs économiques.

Art. 46. - Normes de gestion environnementale.

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices, dans les cas visés à l'article 44, paragraphe 1, point f), demandent la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes de gestion environnementale, ils se reportent au système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS) ou aux normes de gestion environnementale fondées sur les normes européennes ou internationales en la matière et certifiées par des organismes conformes à la législation communautaire ou aux normes européennes ou internationales concernant la certification. Ils reconnaissent les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres Etats membres. Ils acceptent également d'autres preuves de mesures équivalentes de gestion environnementale produites par les opérateurs économiques.

Art. 47. - Documentation et renseignements complémentaires.

Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peuvent inviter les opérateurs économiques à compléter ou à expliciter les certificats et documents présentés en application des articles 41 à 46.

Section 3 Attribution des marchés

Art. 48. - Critères d'attribution des marchés.

1. Sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives à la rémunération de certains services, les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices se fondent pour attribuer les marchés sont :

- a) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, divers critères liés à l'objet du marché en question : par exemple, la qualité, le prix, la valeur technique, les caractéristiques fonctionnelles ou environnementales, le coût d'utilisation, les coûts au long du cycle de vie, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles ;
- b) soit uniquement le critère du prix le plus bas.

2. Sans préjudice du troisième alinéa ci-après, dans le cas prévu au paragraphe 1, point a), le

pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice précisent dans les documents du marché (avis de marché, cahier des charges, documents descriptifs ou documents complémentaires), la pondération relative qu'ils confèrent à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

La pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié.

Lorsque, d'après l'avis du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, la pondération n'est pas possible pour des raisons démontrables, ils indiquent dans les documents du marché (avis de marché, cahier des charges, documents descriptifs ou documents complémentaires) l'ordre décroissant d'importance des critères.

Art. 49. - Utilisation d'enchères électroniques.

1. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent recourir à des enchères électroniques.
2. Dans les procédures restreintes et les procédures négociées avec publication d'un avis de marché, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent décider que l'attribution d'un marché sera précédée d'une enchère électronique lorsque les spécifications du marché peuvent être établies de manière précise.

Dans les mêmes conditions, l'enchère électronique peut être utilisée lors de la remise en concurrence des parties à un accord-cadre visé à l'article 30, paragraphe 4, deuxième alinéa, deuxième tiret.

L'enchère électronique porte :

- sur les seuls prix lorsque le marché est attribué au prix le plus bas, ou
- sur les prix et/ou les nouvelles valeurs des éléments des offres indiqués dans le cahier des charges lorsque le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse.

3. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices qui décident de recourir à une enchère électronique en font mention dans l'avis de marché.

Les documents de marché comportent, entre autres, les informations suivantes :

- a) les éléments dont les valeurs feront l'objet de l'enchère électronique, pour autant que ces éléments soient quantifiables de manière à être exprimés en chiffres ou en pourcentages ;
- b) les limites éventuelles des valeurs qui pourront être présentées, telles qu'elles résultent des spécifications de l'objet du marché ;
- c) les informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l'enchère électronique et à quel moment elles seront, le cas échéant, mises à leur disposition ;
- d) les informations pertinentes sur le déroulement de l'enchère électronique ;

- e) les conditions dans lesquelles les soumissionnaires pourront enchérir et notamment les écarts minimaux qui, le cas échéant, seront exigés pour enchérir ;
- f) les informations pertinentes sur le dispositif électronique utilisé et sur les modalités et spécifications techniques de connexion.

4. Avant de procéder à l'enchère électronique, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices effectuent une première évaluation complète des offres conformément aux critères d'attribution et à leur pondération tels qu'ils ont été fixés.

Tous les soumissionnaires ayant présenté des offres recevables sont invités simultanément par des moyens électroniques à présenter de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs ; l'invitation contient toutes les informations pertinentes pour la connexion individuelle au dispositif électronique utilisé et précise la date et l'heure du début de l'enchère électronique. L'enchère électronique peut se dérouler en plusieurs phases successives. L'enchère électronique ne peut débuter au plus tôt que deux jours ouvrables à compter de la date d'envoi des invitations.

5. Lorsque l'attribution est faite sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse, l'invitation est accompagnée par le résultat de l'évaluation complète de l'offre du soumissionnaire concerné, effectuée conformément à la pondération prévue à l'article 48, paragraphe 2, premier alinéa.

L'invitation mentionne également la formule mathématique qui déterminera lors de l'enchère électronique les reclassements automatiques en fonction des nouveaux prix ou des nouvelles valeurs présentés. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, telle qu'indiquée dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges ; à cette fin, les éventuelles fourchettes doivent être exprimées au préalable par une valeur déterminée.

Dans le cas où des variantes sont autorisées, des formules sont fournies séparément pour chaque variante.

6. Au cours de chaque phase de l'enchère électronique, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices communiquent instantanément à tous les soumissionnaires au moins les informations qui leur permettent de connaître à tout moment leur classement respectif. Ils peuvent également communiquer d'autres informations concernant d'autres prix ou valeurs présentés à condition que cela soit indiqué dans le cahier de charges. Ils peuvent également, à tout moment, annoncer le nombre des participants à la phase de l'enchère. Cependant, en aucun cas, ils ne peuvent divulguer l'identité des soumissionnaires pendant le déroulement des phases de l'enchère électronique.

7. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices clôturent l'enchère électronique selon une ou plusieurs des modalités suivantes :

- a) aux date et heure fixées au préalable, indiquées dans l'invitation à participer à l'enchère ;
- b) lorsqu'ils ne reçoivent plus de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs répondant aux exigences relatives aux écarts minimaux. Dans ce cas, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices précisent dans l'invitation à participer à l'enchère, le délai qu'ils

laisseront s'écouler à partir de la réception de la dernière présentation avant de clôturer l'enchère électronique ;

- c) lorsque les phases d'enchère, fixées dans l'invitation à participer à l'enchère, ont été réalisées.

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices ont décidé de clôturer l'enchère électronique conformément au point c), le cas échéant en combinaison avec les modalités prévues au point b), l'invitation à participer à l'enchère indique les calendriers de chaque phase d'enchères.

8. Après avoir clôturé l'enchère électronique, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices attribuent le marché conformément à l'article 48, en fonction des résultats de l'enchère électronique.

Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices ne peuvent recourir aux enchères électroniques de façon abusive ou de manière à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence ou de manière à modifier l'objet du marché, tel qu'il a été mis en concurrence par la publication de l'avis de marché et défini dans le cahier des charges.

Art. 50. - Offres anormalement basses.

1. Si, pour un marché donné, des offres concernant des biens, des travaux ou services apparaissent anormalement basses par rapport à la prestation, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, avant de pouvoir rejeter ces offres, demandent, par écrit, les précisions sur la composition de l'offre qu'ils jugent opportunes.

Ces précisions peuvent concerner notamment :

- a) l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services ;
- b) les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, ou pour fournir les produits ou les services ;
- c) l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire ;
- d) le respect des dispositions concernant la protection de l'emploi et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser ;
- e) l'obtention éventuelle d'une aide d'Etat par le soumissionnaire.

2. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice vérifient, en consultant le soumissionnaire, cette composition en tenant compte des justifications fournies.

3. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice qui constatent qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'Etat par le soumissionnaire ne peuvent rejeter cette offre pour ce seul motif que s'ils consultent le soumissionnaire et si celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur ou l'entité

adjudicatrice, que l'aide en question a été octroyée légalement. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice qui rejettent une offre dans ces conditions en informent la Commission européenne.

TITRE III

RÈGLES APPLICABLES AUX CONTRATS DE SOUS-TRAITANCE

CHAPITRE I

Contrats de sous-traitance passés par les adjudicataires de marchés publics qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices

Art. 51. - Champ d'application.

1. Lorsque le présent titre s'applique conformément à l'article 22, paragraphes 3 et 4, les adjudicataires de marchés publics qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ni des entités adjudicatrices appliquent les règles figurant aux articles 52 à 54 lorsqu'ils sous-traitent des marchés à des tiers.

2. Aux fins du paragraphe 1, ne sont pas considérées comme des tiers les entreprises qui se sont groupées pour obtenir le marché ni les entreprises qui leur sont liées.

Le soumissionnaire joint à son offre pour le marché public la liste exhaustive de ces entreprises. Cette liste est mise à jour en fonction des modifications qui interviennent dans les relations entre les entreprises.

Art. 52. - Principes.

Le soumissionnaire retenu agit dans la transparence et traite les sous-traitants potentiels sur un pied d'égalité et de manière non discriminatoire.

Art. 53. - Seuils et règles en matière de publicité.

1. Lorsqu'un soumissionnaire retenu, qui n'est pas un pouvoir adjudicateur ni une entité adjudicatrice, passe un contrat de sous-traitance dont la valeur estimée hors TVA n'est pas inférieure aux seuils fixés à l'article 9, il fait connaître son intention au moyen d'un avis.

2. Les avis de sous-traitance comportent les informations mentionnées à l'annexe V et tout autre renseignement jugé utile par le soumissionnaire retenu, le cas échéant avec l'accord du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice.

Les avis de sous-traitance sont rédigés selon le format des formulaires standard adoptés par la Commission européenne conformément à la procédure consultative visée à l'article 67, paragraphe 2 de la Directive 2009/81/CE.

3. Les avis de sous-traitance sont publiés conformément à l'article 32, paragraphes 2 à 5.

4. Aucun avis de sous-traitance n'est toutefois nécessaire lorsqu'un contrat de sous-traitance

remplit les conditions visées à l'article 29.

5. Les soumissionnaires retenus peuvent publier, conformément à l'article 32, des avis concernant des contrats de sous-traitance dont la publication n'est pas obligatoire.

6. Le soumissionnaire retenu peut satisfaire aux exigences relatives à la sous-traitance visées à l'article 22, paragraphes 3 ou 4, en attribuant des contrats de sous-traitance sur la base d'un accord-cadre conclu conformément aux règles énoncés aux articles 52 et 54 et dans les paragraphes 1 à 5 du présent article.

Les contrats de sous-traitance basés sur un accord-cadre sont attribués dans les limites des conditions fixées dans l'accord-cadre. Ils ne peuvent être attribués qu'aux opérateurs économiques qui étaient parties, à l'origine, à l'accord-cadre. Lors de la passation des marchés, les parties proposent, en toutes circonstances, des conditions cohérentes avec celles de l'accord-cadre.

La durée d'un accord-cadre ne peut pas dépasser sept ans, sauf dans des circonstances exceptionnelles déterminées en tenant compte de la durée de vie prévue des objets, installations ou systèmes livrés, ainsi que des difficultés techniques que peut occasionner un changement de fournisseur.

Les accords-cadres ne peuvent être utilisés de façon abusive ou de manière à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence.

7. Pour la passation des contrats de sous-traitance dont la valeur hors TVA est estimée inférieure aux seuils fixés à l'article 9, les soumissionnaires retenus appliquent les principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatifs à la transparence et à la concurrence.

8. L'article 10 s'applique au calcul de la valeur estimée des contrats de sous-traitance.

Art. 54. - Critères de sélection qualitative des sous-traitants.

1. Dans l'avis de sous-traitance, le soumissionnaire retenu indique les critères de sélection qualitative établis par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ainsi que les autres critères éventuels qu'il applique lors de la sélection qualitative des sous-traitants. Tous ces critères sont objectifs, non-discriminatoires et cohérents avec les critères appliqués par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice pour la sélection des soumissionnaires pour le marché principal. Les capacités requises doivent être directement liées à l'objet du contrat de sous-traitance et les niveaux minimaux de capacités exigés doivent être proportionnés à cet objet.

2. Le soumissionnaire retenu n'est pas tenu de sous-traiter s'il apporte la preuve, à la satisfaction du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, qu'aucun des sous-traitants participant à la mise en concurrence ou qu'aucune des offres présentées ne satisfait aux critères figurant dans l'avis de sous-traitance, empêchant ainsi le soumissionnaire retenu de satisfaire aux exigences figurant dans le marché principal.

CHAPITRE II

Contrats de sous-traitance passés par les adjudicataires retenus qui sont des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices

Art. 55. - Règles applicables.

Lorsque les adjudicataires sont des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices, ils passent leurs contrats de sous-traitance conformément aux dispositions prévues aux titres I et II pour la passation des marchés principaux.

TITRE IV Mécanisme correcteur

Art. 56. - Mécanisme correcteur.

1. La Commission européenne peut invoquer la procédure prévue aux paragraphes 2 à 5 lorsque, avant la conclusion d'un marché, elle considère qu'une violation grave du droit communautaire en matière de marchés a été commise au cours d'une procédure de passation de marché relevant du champ d'application de la présente loi.
2. La Commission européenne notifie le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice concerné les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation grave a été commise et en demande la correction par des moyens appropriés.
3. Dans les vingt et un jours qui suivent la réception de la notification visée au paragraphe 2, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice concerné communique à la Commission européenne :
 - a) la confirmation que la violation a été corrigée ;
 - b) des conclusions motivées expliquant pourquoi aucune correction n'a été effectuée ; ou
 - c) une notification indiquant que la procédure de passation de marché en cause a été suspendue, soit à l'initiative du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, soit que des mesures provisoires ont été prises ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit encore porté atteinte aux intérêts concernés, conformément à de la loi modifiée du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics.
4. Des conclusions motivées communiquées conformément au sens du paragraphe 3, point b), peuvent notamment se fonder sur le fait que la violation alléguée fait déjà l'objet d'un recours juridictionnel ou d'une autre nature, conformément à la loi modifiée du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice concerné informe la Commission du résultat de ces procédures dès que celui-ci est connu.
5. En cas de notification indiquant qu'une procédure de passation de marché a été suspendue conformément au paragraphe 3, point c), le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice concerné notifie à la Commission la levée de la suspension ou l'ouverture d'une autre procédure de passation de marché liée, entièrement ou partiellement, à la procédure précédente. Cette nouvelle notification confirme que la violation alléguée a été corrigée ou inclut une conclusion motivée expliquant pourquoi aucune correction n'a été effectuée.

TITRE V OBLIGATIONS STATISTIQUES ET COMPETENCES D'EXECUTION

Art. 57 – Obligations statistiques.

En vue de permettre l'appréciation des résultats de l'application de la présente loi, le Gouvernement communique à la Commission européenne, au plus tard le 31 octobre de chaque année, un état statistique rédigé conformément à l'article 58 et relatif aux marchés de fournitures, de services et de travaux passés pendant l'année précédente par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices.

Art. 58 - Contenu de l'état statistique.

L'état statistique précise le nombre et la valeur des marchés attribués par Etat membre ou pays tiers des soumissionnaires retenus. Il porte, séparément, sur les marchés de fournitures, de services et de travaux.

Les données visées au premier alinéa, sont ventilées en précisant, suivant la procédure choisie, les fournitures, services et travaux identifiés par groupe de la nomenclature CPV.

Lorsque les marchés ont été passés selon une procédure négociée sans publication d'un avis de marché, les données visées au premier alinéa sont en outre ventilées suivant les conditions visées à l'article 29.

Le contenu de l'état statistique est fixé conformément à la procédure visée à l'article 67, paragraphe 2 de la Directive 2009/81/CE.

TITRE VI DISPOSITIONS FINALES

CHAPITRE I Dispositions modificatives

Art. 59 - Dispositions modificatives de la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics.

1. La loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics est modifiée comme suit :

a) est rajouté à son article 1er un nouveau deuxième alinéa avec le texte suivant :

« La présente loi s'applique également aux marchés visés aux articles 1er et 2 de la loi du xx xxxx 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité, sous réserve des exceptions prévues aux articles 13 et 14 de cette même loi. »

b) le premier alinéa de son article 5 est modifié comme suit :

« La conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché relevant du champ d'application des livres II et III de la loi sur les marchés publics ou du champ d'application de la loi sur les marchés publics de la défense et de la sécurité ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés. »

c) le point c) de son article 8 est modifié comme suit :

« c) lorsqu'il s'agit d'un marché fondé sur un accord-cadre visé à l'article 46 de la loi sur les marchés publics ou à l'article 30 de la loi sur les marchés publics de la défense et de la sécurité. »

d) est modifié le dernier tiret de l'article 8, point c), comme suit :

« - si le montant estimé du marché est égal ou supérieur aux seuils d'application du livre II de la loi sur les marchés publics ou aux seuils visés à l'article 9 de la loi sur les marchés publics de la défense et de la sécurité. »

e) dans son article 9, le point b) est modifié comme suit :

« b) en cas de violation des articles 4, alinéa (2), 5, 6, 20, paragraphe (5), ou de l'article 21, si cette violation a privé le soumissionnaire intentant un recours de la possibilité d'engager ou de mener à son terme un recours précontractuel lorsqu'une telle violation est accompagnée, soit d'une violation des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics respectivement des dispositions régissant le cahier général des charges applicables aux marchés publics d'une certaine envergure et le cahier général des charges applicables aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux telles que fixées par règlement grand-ducal, soit d'une violation des dispositions des titres I et II de la loi sur les marchés publics de la défense et de la sécurité, et si cette violation a compromis les chances du soumissionnaire intentant un recours d'obtenir le marché. »

f) est rajouté à son article 11 un nouveau deuxième alinéa avec le texte suivant :

« Dans tous les cas, un marché ne peut être considéré comme ne produisant pas d'effet si les conséquences de cette absence d'effets peuvent sérieusement menacer l'existence même d'un programme de défense et de sécurité plus large qui est essentiel pour les intérêts d'un Etat membre de l'Union européenne en matière de sécurité. »

g) le premier tiret de son article 12 est modifié comme suit :

« - le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice estiment que la passation du marché sans publication préalable d'un avis de marché au Journal officiel de l'Union

européenne est autorisée en vertu des dispositions des livres II ou III de la loi sur les marchés publics ou des dispositions de la loi sur les marchés publics de la défense et de la sécurité, »

h) dans son article 15, le premier tiret au point a) est modifié comme suit :

« - le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a publié un avis d'attribution du marché selon les procédures fixées par règlement grand-ducal ou conformément à l'article 31, paragraphe 3, et aux articles 32 et 33 de la loi sur les marchés publics de la défense et de la sécurité, pour les marchés relevant de ladite loi, à condition que cet avis contienne la justification de la décision d'attribuer le marché sans publication préalable d'un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne, ou »

i) est rajouté un nouveau Chapitre III, intitulé « Règles particulières applicables aux recours en matière de marchés de la défense et de la sécurité », avec l'article ci-après, l'ancien Chapitre III « Dispositions finales » de ladite loi devenant Chapitre IV :

« **Art. 22.** Le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés veille au respect du niveau de confidentialité pour les informations classifiées ou autres informations contenues dans les dossiers communiqués par les parties et agit dans le respect des intérêts en matière de défense et/ou de sécurité tout au long de la procédure. »

Art. 60 – Dispositions modificatives de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

1. Le livre I de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics est modifié comme suit :

a) est rajouté à son article 1er un nouveau paragraphe avec le texte suivant :

« (2) Sous réserve de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, seuls les dispositions des Livres I et II sont applicables aux marchés publics de la défense et de la sécurité ne tombant pas dans le champ d'application de la loi du xx xxxxxx 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité, à l'exception des marchés exclus du champ d'application de cette dernière en vertu de ses articles 9, 13 et 14. »

b) l'introduction du point j) de l'article 8 est modifié comme suit :

« - pour les marchés de la Police Grand-ducale, visés par l'Article 1, paragraphe (2) : »

c) l'introduction du point k) de l'article 8 est modifié comme suit :

« - pour les marchés de l'Armée, visés par l'article 1, paragraphe (2) : »

d) la première partie du paragraphe (2), point a) de l'article 8 est remplacé par le texte suivant :

« a) pour les marchés à conclure par les pouvoirs adjudicateurs compétents pour l'Armée et la Police Grand-Ducale, lorsque visés par le présent Livre, »

e) l'article 24 est remplacé par le texte suivant :

« Sous réserve de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le présent Livre s'applique aux marchés publics passés dans les domaines de la défense et de la sécurité à l'exception des marchés auxquels la loi du xx xxxxxx 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité s'applique.

Le présent Livre ne s'applique pas aux marchés auxquels la loi sur les marchés publics de la défense et de la sécurité ne s'applique pas en vertu de ses articles 9, 13 et 14. »

CHAPITRE II

Annexes

Art. 61 – Annexes.

Les annexes I à VII font partie intégrante de la présente loi.

CHAPITRE III

Entrée en vigueur et autres dispositions finales

Art. 62 - Date d'entrée en vigueur.

1. La présente loi entre en vigueur le premier jour du mois qui suit sa publication au Mémorial.
2. Les procédures comportant publication d'un avis, publiées avant la date d'entrée en vigueur, et à défaut de publication d'un avis, les invitations à présenter une candidature ou à remettre une offre, lancées avant la date d'entrée en vigueur, demeurent soumises aux dispositions législatives en vigueur au moment de la publication de l'avis ou de l'invitation.

Art. 63. – Référence sous une forme abrégée.

Toute référence à la présente loi pourra se faire sous l'intitulé abrégé « loi sur les marchés publics de la défense et de la sécurité ».

Mandons et ordonnons que la présente loi soit insérée au Mémorial pour être exécutée et observée par tous ceux que la chose concerne.

Les Ministres

Luxembourg, le xx xxxxxx 2012

Henri

ANNEXE I

Services visés aux articles 1 et 16

Catégories	Objet	Numéros de référence CPV
1	Services d'entretien et de réparation	50000000-5, de 50100000-6 à 50884000-5 (sauf de 50310000 à 50324200-4 et 50116510-9, 50190000-3, 30229000-6, 50243000-0) et de 51000000-9 à 51900000-1
2	Services liés à l'aide militaire aux pays étrangers	75211300-1
3	Services de défense, service de défense militaires et services de défense civile.	75220000-4, 75221000-1, 75222000-8
4	Services d'enquête et de sécurité	De 79700000-1 à 79720000-7
5	Services de transports terrestres	60000000-8, de 60100000-9 à 60183000-4 (sauf 60160000-7, 60161000-4), et de 64120000-3 à 64121200-2
6	Services de transports aériens : transports de voyageurs et de marchandises, à l'exclusion des transports de courrier	60400000-2, de 60410000-3 à 60424120-3 (sauf 60411000-2, 60421000-5), de 60440000-4 à 60445000-9 et 60500000-3
7	Transports de courrier par transport terrestre et par air	60160000-7, 60161000-4, 60411000-2, 60421000-5
8	Services de transport ferroviaires	De 602000000-0 à 60220000-6
9	Services de transport par eau	De 60600000-4 à 60653000-0, et de 63727000-1 à 63727200-3
10	Services annexes et auxiliaires des transports	De 63100000-0 à 63111000-0, de 63120000-6 à 63121100-4, 63122000-0, 63512000-1 et de 63520000-0 à 6370000-6
11	Services de télécommunications	De 64200000-8 à 64228200-2, 72318000-7, et de 72700000-7 à 72720000-3
12	Services financiers : services d'assurance	De 66500000-5 à 66720000-3
13	Services informatiques et services annexes	De 50310000-1 à 50324200-4, de 72000000-5 à 72920000-5 (sauf 72318000-7 et de 72700000-7 à 72720000-3) 79342410-4, 9342410-4
14	Services de recherche et de développement des tests d'évaluation	De 73000000-2 à 73436000-7
15	Services comptables, d'audit et de tenue de livres (1)	De 79210000-9 à 79212500-8

16	Services de conseil en gestion (2) et de services connexes	De 73200000-4 à 73220000-0, de 79400000-8 à 79421200-3 et 79342000-3, 79342100-4, 793422300-6, 79342320-2, 79342321-9, 79910000-6, 79991000-7, 98362000-8
17	Services d'architecture : services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie, services d'aménagement urbain et d'ingénierie paysagère, services connexes de consultations scientifiques et techniques, services d'essais et d'analyses techniques	De 71000000-8 à 71900000-7 (sauf 71550000-8) et 79994000-8
18	Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés	De 70300000-4 à 70340000-6 et de 90900000-6 à 90924000-0
19	Services de voirie et d'enlèvement des ordures services d'assainissement et services analogues	De 90400000-1 à 90743200-9 (sauf 90712200-3), de 90910000-9 à 90920000-2 et 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0
20	Services de simulation et de la formation dans les domaines de la défense et de la sécurité	80330000-6, 80600000-0, 80610000-3, 80620000-6, 80630000-9, 80640000-2, 80650000-6, 80660000-8

(1) A l'exclusion des services de recherche et de développement visés à l'article 14, point j)

(2) A l'exclusion des services d'arbitrage et de conciliation

ANNEXE II

Services visés aux articles 1 et 17

Catégories	Objet	Numéros de référence CPV
21	Services d'hôtellerie et de restauration	De 55100000-1 à 55524000-9 et de 98340000-8 à 98341100-6
22	Services annexes et auxiliaires des transports	De 63000000-9 à 63734000-3 (sauf 63711200-8, 73712700-0, 63712710-3), de 63727000-1 à 63727200-3 et 98361000-1
23	Services juridiques	De 79100000-5 à 79140000-7
24	Services de fourniture et de placement de personnel (1)	De 79600000-0 à 79635000-4 (sauf 79611000-0, 79632000-3, 79633000-0) et de 98500000-8 à 98514000-9
25	Service sociaux et sanitaires	79611000-0 et de 85000000-9 à 85323000-9 (sauf 85321000-5 et 85322000-2)
26	Autres services	

(1) A l'exclusion des contrats de travail

ANNEXE III

Définitions de certaines spécifications techniques visées à l'article 19

Aux fins de la présente loi, il convient d'entendre par :

1. a) « spécifications techniques » : lorsqu'il s'agit de marchés de travaux l'ensemble des prescriptions techniques contenues notamment dans les cahiers de charges, définissant les caractéristiques requises d'un matériau, d'un produit ou d'une fourniture et permettant de les caractériser de manière telle qu'ils répondent à l'usage auquel ils sont destinés par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. Ces caractéristiques incluent les niveaux de la performance environnementale, la conception pour tous les usages (y compris l'accessibilité pour les personnes handicapés) et l'évaluation de la conformité, la propriété d'emploi, la sécurité ou les dimensions, y compris les procédures relatives à l'assurance de la qualité, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essai, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, ainsi que les processus et méthodes de production. Elles incluent également les règles de conception et de calcul des ouvrages, les conditions d'essai, de contrôle et de réception des ouvrages, ainsi que les techniques ou méthodes de construction et toutes les autres conditions de caractère technique que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice sont à même de prescrire, par voie de réglementation générale ou particulière, en ce qui concerne les ouvrages terminés et en ce qui concerne les matériaux ou les éléments constituant ces ouvrages ;
- b) « spécification technique » : lorsqu'il s'agit de marchés de fournitures ou de services : une spécification figurant dans un document définissant les caractéristiques requises d'un produit ou d'un service, telles que les niveaux de qualité, les niveaux de la performance environnementale, la conception pour tous les usages (y compris l'accessibilité pour les personnes handicapés) et l'évaluation de la conformité, de la propriété d'emploi, de l'utilisation du produit, sa sécurité ou ses dimensions, y compris les prescriptions applicables au produit en ce qui concerne la dénomination de vente, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essais, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, les instructions d'utilisation, les processus et méthodes de production, ainsi que les procédures d'évaluation de la conformité ;
2. « norme » : une spécification technique approuvée par un organisme de normalisation reconnu pour une application répétée ou continue, dont l'observation n'est pas obligatoire et qui relève de l'une des catégories suivantes :
 - norme internationale : une norme adoptée par un organisme de normalisation et mise à la disposition du public,
 - norme européenne : une norme adoptée par un organisme européen de normalisation et mise à la disposition du public,
 - norme nationale : une norme adoptée par un organisme national de normalisation et mise à la disposition du public ;

3. « norme défense » : une spécification technique dont l'observation n'est pas obligatoire et qui est approuvé par un organisme de normalisation spécialisé dans l'élaboration des spécification techniques pour une application répétée ou continue dans le domaine de la défense ;
 4. « agrément technique européen » : L'appréciation technique favorable de l'aptitude à l'emploi d'un produit pour une fin déterminée, basée sur la satisfaction des exigences essentielles pour la construction, selon les caractéristiques intrinsèques de ce produit et les conditions établies de mise en œuvre et d'utilisation. L'agrément technique européen est délivré par un organisme agréé à cet effet par l'Etat membre.
 5. « spécification technique commune » : une spécification technique élaborée selon une procédure reconnue par les Etats membres et publiée au Journal Officiel de l'Union européenne ;
 6. « référentiel technique » : tout produit élaboré par les organismes européens de normalisation, autre que les normes officielles, selon des procédures adaptées à l'évolution des besoins du marché.
-

ANNEXE IV

Informations qui doivent figurer dans les avis visés à l'article 31

AVIS ANNONCANT LA PUBLICATION D'UN AVIS DE PRÉINFORMATION SUR UN PROFIL D'ACHETEUR

1. Pays du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice
2. Nom du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice
3. Adresse internet du « profil acheteur » (URL)
4. Numéro(s) de référence à la nomenclature CPV

AVIS DE PRÉINFORMATION

1. Nom, adresse, numéro de télécopieur, adresse électronique du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice et, s'ils sont différents, ceux du service auprès duquel des informations complémentaires peuvent être obtenues et, lorsqu'il s'agit de marchés publics de services et de travaux, des services, par exemple le site Internet gouvernemental pertinent, auprès desquels peuvent être obtenus des informations sur le cadre réglementaire général qui, en matière de fiscalité, de protection de l'environnement, de protection de travail et de conditions de travail, est applicable au lieu où la prestation doit être réalisée.
2. Le cas échéant, indiquer qu'il s'agit d'un marché réservé à des ateliers protégés ou dont l'exécution est réservée dans le cadre de programmes d'emplois protégés.
3. Pour les marchés de travaux : nature et étendue des travaux, lieu d'exécution, dans le cas où l'ouvrage est divisé en plusieurs lots, caractéristiques essentielles de ces lots par référence à l'ouvrage : si elle est disponible, estimation de la fourchette du coût des travaux envisagés ; numéro(s) de référence à la nomenclature CPV.

Pour les marchés de fourniture : nature et quantité ou valeur de produits à fournir, numéro(s) de référence à la nomenclature CPV.

Pour les marchés de services : montant total envisagé des achats dans chacune des catégories de services numéro(s) de référence à la nomenclature CPV.

4. Dates provisoirement prévues pour le lancement des procédures de passation du ou des marchés, dans le cas de marchés de services par catégorie.
5. Le cas échéant, indiquer qu'il s'agit d'un accord-cadre.
6. Le cas échéant, autres renseignements.

7. Date d'envoi de l'avis ou d'envoi de l'avis annonçant la publication de l'avis de pré information sur le profil d'acheteur.

AVIS DE MARCHÉ

Procédures restreintes, procédures négociées avec publication d'un avis et dialogues compétitifs

1. Nom, adresse, numéro de téléphone et de télécopieur, adresse électronique du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice.
2. Le cas échéant, indiquer qu'il s'agit d'un marché réservé à des ateliers protégés ou dont l'exécution est réservée dans le cadre de programmes d'emplois protégés.
3.
 - a) Mode de passation choisi ;
 - b) le cas échéant, justification du recours à la procédure accélérée (en cas de procédures restreintes et négociées) ;
 - c) le cas échéant, indiquer s'il s'agit d'un accord cadre ;
 - d) le cas échéant, recours à une enchère électronique.
4. Forme du marché
5. Lieu d'exécution/de réalisation de travaux, lieu de livraison de produits ou lieu de prestation des services
6.
 - a) « Marchés de travaux » :
 - nature et étendue des travaux, caractéristiques générales de l'ouvrage. Indiquer notamment les options concernant des travaux complémentaires et, s'il est connu, le calendrier provisoire de recours à ces options, ainsi que le nombre de reconductions éventuelles. Si l'ouvrage ou le marché est divisé en plusieurs lots, l'ordre de grandeur des différents lots : numéro(s) de référence à la nomenclature CPV,
 - indications relatives à l'objectif de l'ouvrage ou du marché lorsque celui-ci comporte également l'établissement de projets,
 - dans le cas d'accords-cadres, indiquer également la durée prévue de l'accord-cadre, la valeur totale des travaux estimée pour toute la durée de l'accord-cadre ainsi que, dans toute la mesure du possible, la valeur et la fréquence des marchés à passer ;
 - b) « marchés de fourniture » :
 - nature des produits à fournir, en indiquant, notamment, si les offres sont sollicitées en vue d'un achat, d'un crédit-bail, d'une location ou d'une location-vente ou d'une combinaison de ceux-ci, numéro(s) de référence à la nomenclature CPV. Quantité des produits à fournir, en indiquant notamment les options concernant des achats complémentaires et, s'il est connu, le calendrier provisoire des recours à ces options ainsi

que le nombre de reconductions éventuelles : numéro(s) de référence à la nomenclature CPV.

- dans le cas de marchés réguliers ou de marchés renouvelables au cours d'une période donnée, indiquer également, s'il est connu, le calendrier des marchés publics ultérieurs pour les achats de fournitures envisagées.
- dans le cas d'accords-cadres, indiquer également la durée prévue de l'accord-cadre, la valeur totale des fournitures estimées pour toute la durée de l'accord cadre ainsi que, dans toute la mesure du possible, la valeur et la fréquence des marchés à passer.

c) « marchés de service » :

- catégorie du service et description de celui-ci. Numéro(s) de référence à la nomenclature CPV. Quantité des services à fournir. Indiquer notamment les options concernant des achats complémentaires et, s'il est connu, le calendrier provisoire des recours à ces options ainsi que le nombre de reconductions éventuelles. Dans le cas de marchés renouvelables au cours d'une période donnée, une estimation du calendrier, s'il est connu, des marchés ultérieurs pour les achats de services envisagés.

Dans le cas d'accord-cadres, indiquer également la durée prévue de l'accord-cadre, la valeur totale des prestations estimées pour toute la durée de l'accord-cadre ainsi que, dans toute la mesure du possible, la valeur et la fréquence des marchés à passer,

- indiquer si, en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives, l'exécution du service est réservée à une profession déterminée.

Référence à la disposition législative, réglementaire ou administrative,

- indiquer si les personnes morales sont tenues de mentionner les normes et les qualifications professionnelles de personnel chargé de l'exécution du service.

7. Lorsque les marchés sont divisés en lots, indication de la possibilité, pour les opérateurs économiques, de soumission net pour un, plusieurs et/ou la totalité de ces lots.
8. Admission ou interdiction des variantes.
9. Le cas échéant, indiquer le pourcentage de la valeur globale du contrat qui doit être sous-traité à des tiers avec mise en concurrence (article 22, paragraphe 4).
10. Le cas échéant, critères de sélection concernant la situation personnelle des sous-traitants qui peuvent entraîner l'exclusion de ces derniers en informations requises prouvant qu'ils ne relèvent pas des cas justifiant l'exclusion. Renseignements et formalités nécessaires pour l'évaluation des capacités minimales de caractère économique et technique à remplir par les sous-traitants. Niveau(x) spécifique(s) minimum(s) de capacités éventuellement exigé(s).
11. Date limite à laquelle s'achèveront les travaux/fournitures/services ou durée du marché de travaux/fournitures/services. Dans la mesure du possible, date limite à laquelle commenceront les travaux ou date limite à laquelle commenceront ou seront livrées les fournitures ou fournis les services.

12. Le cas échéant, les conditions particulières auxquelles est soumise la réalisation du marché.
13.
 - a) date limite de réception des demandes de participation ;
 - b) adresse où elles doivent être transmises ;
 - c) la ou les langues dans lesquelles elles doivent être rédigées.
14. Le cas échéant, cautionnement et garanties demandés.
15. Modalités essentielles de financement et de paiement et/ou références aux textes qui les règlementent.
16. Le cas échéant, forme juridique que devra revêtir le groupement d'opérateurs économiques adjudicataire du marché.
17. Critères de sélection concernant la situation personnelle des opérateurs économiques qui peuvent entraîner l'exclusion de ces derniers et information requises prouvant qu'ils ne relèvent pas des cas justifiant l'exclusion. Critères de sélection et renseignements et formalités nécessaires pour l'évaluation des capacités minimales de caractère économique et technique à remplir par l'opérateur économique. Niveau(x) spécifique(s) minimum(s) de capacités éventuellement exigé(s).
18. Pour les accords-cadres : nombre et, le cas échéant, nombre maximal, envisagé d'opérateurs économiques qui en feront partie et durée de l'accord-cadre.
19. Pour le dialogue compétitif et les procédures négociées avec publication d'un avis de marché, indiquer, le cas échéant, le recours à une procédure se déroulant en phases successives afin de réduire progressivement le nombre de solutions à discuter ou des offres à négocier.
20. Pour les procédures restreintes, les procédures négociées et le dialogue compétitif, lorsqu'il est fait recours à la faculté de réduire le nombre de candidates à inviter à présenter une offre, à dialoguer ou à négocier : nombre minimal, et le cas échéant, maximal de candidates envisagés et critères objectifs à appliquer pour choisir ce nombre de candidats.
21. Critères visés à l'article 48 qui seront utilisés lors de l'attribution du marché « prix le plus bas » ou « offre économiquement la plus avantageuse ». Les critères constituant l'offre économiquement la plus avantageuse ainsi que leur pondération ou l'ordre décroissant de leur importance sont mentionnés lorsqu'ils ne figurent pas dans les cahiers de charges ou, en cas de dialogue compétitif, dans le document descriptif.
22. Le cas échéant, date(s) de publication de l'avis de pré information conformément aux spécifications techniques de publication indiquées à l'annexe V ou mention de sa non-publication.
23. Date d'envoi de l'avis.

AVIS SUR LES MARCHÉS PASSÉS

1. Nom et adresse du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice.
 2. Procédure de passation choisie. En cas de procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché (article 29), justification.
 3. « Marchés de travaux » : nature et étendue des prestations ;

« marchés de fourniture » : nature et quantité des produits fournis, le cas échéant, par fournisseur, numéro(s) de référence à la nomenclature CPV ;

« marchés de service » : catégorie de service et description ; numéro(s) de référence à la nomenclature CPV ; quantité de services achetés.
 4. Date de passation du marché.
 5. Critères d'attribution du marché.
 6. Nombre d'offres reçues.
 7. Nom et adresse du ou des adjudicataires
 8. Prix ou gamme des prix (minimum/maximum) payés.
 9. Valeur de l'offre (des offres) retenue(s) ou offre la plus élevée et offre la moins élevée prises en considération pour l'attribution du marché.
 10. Le cas échéant, part du contrat sous-traitée à des tiers et sa valeur.
 11. Le cas échéant, les motifs justifiant une durée d'accord-cadre dépassant sept ans.
 12. Date de publication de l'avis de marché conformément aux spécifications techniques de publication visées à l'annexe VI.
 13. Date d'envoi du présent avis.
-

ANNEXE V

Informations qui doivent figurer dans les avis de sous-traitance visés à l'article 53

1. Nom, adresse, numéro de télécopieur, adresse électronique de l'adjudicataire du marché public et, s'ils sont différents, ceux de l'organisme auprès duquel des informations complémentaires peuvent être obtenues.
 2.
 - a) Lieu d'exécution/réalisation des travaux, lieu de livraison des produits ou lieu de fourniture des services ;
 - b) nature et étendue et caractéristiques générales des travaux; numéro(s) de référence à la nomenclature CPV ;
 - c) nature et quantité des produits à fournir, en indiquant si les offres sont sollicitées en vue d'un achat, d'un crédit-bail, d'une location ou d'une location-vente ou d'une combinaison de ceux-ci ; numéro(s) de référence à la nomenclature CPV ;
 - d) catégorie du service et description de celui-ci. Numéro(s) de référence à la nomenclature CPV.
 3. Délai d'exécution éventuellement imposé.
 4. Nom et adresse de l'organisme auprès duquel les cahiers des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés.
 5.
 - a) Délais fixés pour la réception des demandes de participation et/ou la réception des offres ;
 - b) adresse où elles doivent être transmises ;
 - c) langue(s) dans laquelle/lesquelles elles doivent être rédigées.
 6. Le cas échéant, cautionnement et garanties demandés.
 7. Critères objectifs qui seront utilisés pour la sélection des sous-contractants concernant leur situation personnelle ou l'évaluation de leur offre.
 8. Toute autre information.
 9. Date d'envoi de l'avis.
-

ANNEXE VI

CARACTERISTIQUES CONCERNANT LA PUBLICATION

1. Publication des avis

- a) Les avis visés aux articles 31 et 53 sont envoyés par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices ou les soumissionnaires retenus à l'Office des publications de l'Union européenne dans le format visé à l'article 32. Les avis de pré information visés à l'article 31, paragraphe 1, premier alinéa, publiés sur un profil d'acheteur tel que visé au point 2, respectent également ce format, de même que l'avis annonçant cette publication.

Les avis visés aux articles 31 et 53 sont publiés par l'Office des publications de l'Union européenne ou par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices dans le cas d'avis de pré information publiés sur un profil d'acheteur conformément à l'article 31, paragraphe 1, premier alinéa.

Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent, en outre, publier ces informations via le réseau internet sur un « profil acheteur » tel que visé au point 2 ;

- b) L'Office des publications de l'Union européenne délivre au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice la confirmation de publication visée à l'article 32, paragraphe 8.

2. Publication d'informations additionnelles

Le profil d'acheteur peut comprendre des avis de pré information, visés à l'article 31, paragraphe 1, premier alinéa, des informations sur les appels d'offres en cours, les achats programmés, les contrats passés, les procédures annulées, ainsi que toute information générale utile, comme un point de contact, un numéro de téléphone et de télécopie, une adresse postale et une adresse électronique

3. Format et modalités de transmission des avis par voie électronique

Le format et les modalités de transmission des avis par voie électronique sont accessibles à l'adresse Internet : <http://simap.europa.eu>

ANNEXE VII

Exigences relatives aux dispositifs de réception électronique des demandes de participation et des offres

Les dispositifs de réception électronique des demandes de participation et des offres doivent au moins garantir, par les moyens techniques et procédures appropriés, que :

- a) les signatures électroniques relatives aux demandes de participation et des offres sont conformes aux dispositions nationales en application de la directive 1999/93/CE ;
 - b) l'heure et la date exactes de la réception des demandes de participation et des offres peuvent être déterminées avec précision ;
 - c) il peut être raisonnablement assuré que personne ne peut avoir accès aux données transmises en vertu des présentes exigences avant les dates limites spécifiées ;
 - d) En cas de violation de cette interdiction d'accès , il peut être raisonnablement assuré que la violation est clairement détectable ;
 - e) Seules les personnes autorisées peuvent fixer ou modifier les dates d'ouverture des données reçues ;
 - f) Lors des différents stades de la procédure d'attribution de marché, seule l'action simultanée des personnes autorisées peut permettre l'accès à la totalité ou à une partie des données soumises ;
 - g) L'action simultanée des personnes autorisées ne peut donner accès aux données transmises qu'après la date spécifiée ;
 - h) Les données reçues et ouvertes en application des présentes exigences ne demeurent accessibles qu'aux personnes autorisées à en prendre connaissance.
-

TABLE DES MATIERES

Commentaires des articles

PROJET

Loi du XX XXXX 2012 sur les marchés publics de la défense et de la sécurité et

- portant transposition de la Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE,

- portant modification de :

- la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics ;
- la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics.

Un tableau de correspondance entre les dispositions du projet de loi et les dispositions de la directive 2009/81/CE qu'il vise transposer est joint en Annexe A.

TITRE PREMIER CHAMP D'APPLICATION ET DÉFINITIONS

Art. 1er. - Champ d'application.

L'article premier fixe le champ d'application de la présente loi. Ainsi, sous réserve de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), sont couverts par cette loi les marchés passés par des pouvoirs adjudicataires ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, ayant pour objet : la fourniture d'équipements militaires et d'équipements sensibles, y compris de leurs pièces détachées, composants, et/ou sous-assemblages ; des travaux, fournitures et services directement liés à de tels équipements pour tout ou partie de son cycle de vie ; ou encore des travaux et services destinés à des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services sensibles.

Pour assurer la clarté juridique du champ d'application de la présente loi, l'article premier comprend aussi la définition des termes plus importants figurant au paragraphe 1 : « équipements militaires » ; « équipements sensibles », « travaux sensibles » et « services sensibles » ; et « informations classifiées ». Pour ce qui concerne en particulier la définition d'« équipements militaires », il faut noter que le projet de texte reprend *ipsis verbis* la définition contenue dans la directive 2009/81/CE dans son article premier, mais qu'il a été jugé utile d'y rajouter les clarifications évoquées dans le considérant 10 de ladite directive, en mentionnant la liste d'armes, de munitions et de matériel de guerre adoptée par la décision n. 255/58 du Conseil du 15 avril 1958¹

¹ Décision définissant la liste de produits (armes, munitions et matériel de guerre) auxquels s'appliquent les dispositions

et une référence aux produits à double usage, également couverts par cette définition.

Art. 2. - Marchés mixtes.

Cet article vise à établir l'applicabilité de la présente loi, en cas de marchés mixtes, tombant dans le champ d'application de la présente loi et en partie dans le champ d'application de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics (la loi ordinaire), sous réserve que la passation d'un marché unique soit justifiée par des raisons objectives. Par contre, lorsqu'un marché entre seulement en partie dans son champ d'application et que, pour l'autre partie, il ne relève ni de la présente loi, ni de la loi ordinaire, ledit marché n'est pas couvert par la présente loi, sous réserve que l'attribution d'un marché unique soit justifiée par des raisons objectives. Le dernier paragraphe rappelle que la décision de passer un marché unique ne peut être prise dans le but de soustraire ces marchés à l'application de la présente loi ou de la loi ordinaire.

Art. 3 – Droit subsidiaire.

A la lumière du caractère spécial de la présente loi, cet article détermine que la loi ordinaire et son règlement grand-ducal d'exécution restent applicables, à titre subsidiaire, avec les adaptations nécessaires, à tout ce qui ne serait expressément spécifié dans la présente loi.

Art. 4. - Définitions.

Cette disposition reprend les définitions telles que établies par la directive 2009/81/CE.

La majorité de celles-ci sont communes aux définitions figurant dans la loi ordinaire. C'est le cas des définitions suivantes :

1. « Vocabulaire commun pour les marchés publics » (Common Procurement Vocabulary, CPV)
2. « marchés »
3. « marchés de travaux » et « ouvrage »
4. « marchés de fourniture »
5. « marchés de service »
8. « accord-cadre »
9. « enchère électronique »
10. « entrepreneur », « fournisseur » et « prestataire de services »
11. « opérateur économique »
12. « candidat »
13. « soumissionnaire »
14. « pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices »
16. « procédures restreintes »
17. « procédure négociée »
18. « dialogue compétitif », *in fine*
21. « écrit(e) » ou « par écrit »
22. « moyen électronique »

de l'article 223, paragraphe 1, point b) du traité – à présent article 346, paragraphe 1, point b) du TFUE (doc. 255/58).
Procès-verbal du 15 avril 1958 : doc. 368/58.

Sont encore définis, spécifiquement dans le cadre de la directive transposée par la présente loi :

6. « gouvernement »

7. « crise » : cette définition est particulièrement importante pour les marchés de la défense et de la sécurité, car elle couvre non seulement des situations exceptionnelles au sein d'un Etat membre de l'Union européenne ou dans un pays tiers où des dommages anormaux sont survenus ou imminents, compromettant substantiellement la vie et la santé de la population, qui ont des effets substantiels sur la valeur des biens, ou qui nécessitent des mesures concernant l'approvisionnement de la population en produits de première nécessité ; mais aussi les conflits armés et les guerres.

15. « centrale d'achat » : cette définition est identique à celle figurant dans la loi ordinaire, mais le législateur européen y a inclus également, dans le cadre de la présente loi, les organismes publics européens.

19. « contrat de sous-traitance »

20. « entreprise liée » : la directive 2009/81/CE reprend, *mutatis mutandis*, la définition figurant dans le Livre III de la loi ordinaire pour les « entreprises publiques » (cfr. article 56(1), point b) de ladite loi). Cette définition concerne toute entreprise sur laquelle le concessionnaire peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, ou toute entreprise qui peut exercer une influence dominante sur le concessionnaire ou qui, comme le concessionnaire, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

23. « cycle de vie » : il s'agit ici d'un concept courant dans la gestion militaire, englobant les différentes phases ou états successifs que peut connaître un produit : la recherche et développement, le développement industriel, la production, la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, la formation, les essais, le retrait et l'élimination.

24. « recherche et développement » : afin de bien préciser le champ d'application d'une des exclusions de la directive ici transposée, le législateur européen a jugé utile de délimiter clairement la notion de « recherche et développement ». Cela englobe donc l'ensemble d'activités regroupant la recherche fondamentale, la recherche appliquée et le développement expérimental, ce dernier pouvant comprendre la réalisation de démonstrateurs technologiques, c'est-à-dire de dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif. Il a semblé opportun, pour des raisons de clarté juridique de rajouter, au niveau national, une description plus détaillée de ces activités, en s'inspirant des clarifications contenues dans le considérant 13 de ladite directive.

25. « achats civils » : il s'agit ici de marchés qui ne sont pas visés à l'article premier, ayant pour objet des achats de produits, travaux ou services logistiques de nature non militaire effectués dans les conditions visées à l'article 18 de la présente loi.

26. « Directive 2009/81/CE ».

TITRE II RÈGLES APPLICABLES AUX MARCHÉS

CHAPITRE I Dispositions générales

Art. 5. - Principes de passation des marchés.

Cette disposition rappelle les principes de passation des marchés, figurant aussi dans la loi ordinaire (cfr. article 4 de la loi sur les marchés publics).

Art. 6. - Opérateurs économiques.

Les règles fixées à l'article 42 de la loi ordinaire et à l'article 163 du règlement grand-ducal d'exécution du 3 août 2009 ont été incorporées ici pour rappel.

Art. 7. - Obligations de confidentialité des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices.

Cette disposition rappelle l'obligation visé à l'article 164 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi sur les marchés publics. Les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices doivent respecter la confidentialité des informations communiquées par les opérateurs économiques, notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres.

Art. 8. - Protection des informations classifiées.

La sécurité de l'information est un aspect essentiel des marchés de la défense et de la sécurité. Cet article fixe le principe qui permet aux pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices d'imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger les informations classifiées qu'ils communiquent tout au long de la procédure d'appel d'offres et d'adjudication. Cette obligation peut être exigée également aux opérateurs économiques dans leurs relations avec leurs sous-traitants.

CHAPITRE II Seuils, centrales d'achat et exclusions

Section 1 Seuils

Art. 9. - Montants des seuils des marchés.

Cette disposition fixe les seuils des marchés tombant dans le champ d'application de la présente loi. Ces seuils sont identiques à ceux prévus pour la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les

secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Les seuils de la présente directive seront donc révisés en même temps que ceux de la directive 2004/17/CE à l'occasion de la modification de ces derniers par règlement communautaire.

Art. 10. - Méthodes de calcul de la valeur estimée des marchés et des accords-cadre.

Il s'agit ici de la même disposition applicable pour les marchés dits « classiques », tels que visés à l'article 23 de la loi ordinaire.

Section 2 Centrales d'achat

Art. 11. - Marchés et accords-cadre passés par les centrales d'achat.

Tout comme dans le régime général (cfr. article 25 de la loi ordinaire), les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent avoir recours à des centrales d'achat. La centrale d'achat devra alors respecter les dispositions de la présente loi ou, lorsqu'il ne s'agit pas d'un pouvoir adjudicateur ni d'une entité adjudicatrice, la centrale d'achat devra appliquer des règles de passation de marché conformes à l'ensemble des dispositions de la présente loi et les marchés attribués devront pouvoir faire l'objet de recours efficaces comparables à ceux prévus dans la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics.

Section 3 Marchés exclus

Art. 12. - Utilisation des exclusions.

Cette disposition vise à clarifier le fait que les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices ne pourront utiliser les règles de la présente loi aux fins de se soustraire aux dispositions de celle-ci. Il est rappelé, à l'attention de l'utilisateur moins averti de cette législation, que les exclusions doivent être interprétées de façon restrictive, dans le respect du principe de proportionnalité, et que le bien fondé de l'exclusion évoquée devra être prouvé le cas échéant.

Le paragraphe 3 transpose dans la législation nationale le principe de la transparence ex-ante volontaire. Les pouvoirs adjudicataires et les entités adjudicatrices pourront donc publier un avis de marché, tel que prévu à l'article 34 de la présente loi, lorsqu'ils décident d'utiliser les exclusions visées dans la présente section.

Art. 13. - Marchés passés en vertu de règles internationales.

Cette disposition énumère les situations où la présente loi n'est pas applicable, en raison d'une passation de marché suivant des règles internationales. Il s'agit ici d'une adaptation de l'article 15 de la directive 2004/18/CE, tel que transposé par l'article 29 de la loi ordinaire. Sont ainsi exclus les marchés attribués en conformité avec des règles de procédure spécifiques établies par un accord ou

arrangement international, voir une organisation internationale. *Conditio sine qua non* est donc que le marché tombe dans le champ d'application de ces règles et ce à la lumière d'une interprétation restreinte de la notion de « règles de procédure spécifiques ». Selon la Commission européenne, dans ses orientations pour la transposition de la Directive 2009/81/CE, « *it should be understood as requiring a set of distinct rules that specifically concern the award of contracts and provide a minimum of details setting out the principles and the different steps to be followed in awarding contracts. An agreement or arrangement that does not set specific rules and procedures for the awarding of contracts would not qualify for the use of [this] Article* »².

De souligner à cet égard que les Etats membres restent obligés, en vertu du TFUE, à éviter toute obligation sous le droit international qui aurait un effet négatif sur les règles communautaires. A noter également que les pays de l'Espace économique européen ne sont pas considérés comme Etats tiers pour le champ d'application de la présente loi.

Le point a) contient une exclusion générale, plus large que celle contenue dans le régime ordinaire, englobant aussi bien des traités que des arrangements techniques entre un ou plusieurs Etats membres et un ou plusieurs pays tiers.

Le point b) contient la même exclusion que celle originairement contemplée dans le régime ordinaire. Cette exclusion concerne tout accord ou engagement international relatif au stationnement de troupes, aussi lorsque celui-ci ne concerne que des Etats membres de l'Union (cfr. Considérant 26 de la directive 2009/81/CE).

L'exclusion visée par le point c) concerne les marchés passés en vertu de règles de procédures spécifiques d'une organisation internationale (telle l'OTAN) achetant pour l'accomplissement de ses missions, ou aux marchés qui doivent être attribués par un Etat membre conformément auxdites règles (par exemple lorsque l'Etat membre en question agit pour le compte de cette organisation internationale ou a reçu une contribution financière à cet effet).

Selon les orientations de la Commission européenne pour la transposition de cette directive, « *Purchases made by an international organisation in its own name and for its own purposes are outside the scope of the Directive. However, by referring explicitly to 'specific procedural rules of an international organisation purchasing for its purposes', the provision points to the fact that purchases made by an international organisation for the purpose of its members or of third parties may not be excluded from the Directive. This may be the case when an international organisation acts only as an intermediary on behalf of one of its members (with the procurement contract concluded between the member and the supplier), or when the organisation simply resells to one of its members supplies, works or services (which it procured from economic operators at the request of that member). In any case, Member States may not use contract awards via international organisations for the purpose of circumventing the provisions of the Directive* » (cfr. article 12).

Art. 14. - Exclusions spécifiques.

Cette disposition établit des exclusions spécifiques. La présente loi ne s'applique donc pas aux marchés suivants :

- a) lorsque l'application des règles de la présente loi obligerait l'Etat à fournir des informations dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité, notamment

² http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/guide-exclusions_en.pdf

lorsque ces marchés s'inscrivent dans le champ d'application de l'article 346 du TFUE ou concernent des achats particulièrement sensibles nécessitant d'une confidentialité extrêmement élevée, telle qu'expliqué dans le considérant 27 de la directive 2009/81/CE.

- b) marchés destinés aux activités de renseignement, y compris les activités de contre-espionnage ; en effet, le législateur a jugé que les règles de transparence et de concurrence fixées dans la présente loi ne sont pas compatibles avec la sensibilité de ce type de marché. De souligner que ce point concerne directement les activités de renseignement et non pas les services ou agences de renseignements en tant que tels³.
- c) marchés passés dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de recherche et développement mené conjointement avec au moins un autre Etat membre en vue du développement d'un nouveau produit et, le cas échéant, aux phases ultérieures de tout ou partie du cycle de vie de ce produit (mais seulement lorsque ces phases sont couvertes par le programme de coopération initiale ; tout marché conclu en dehors de cette coopération ne pourra pas être considéré à la lumière de cette exception) ; cette exclusion couvre des programmes de ce type, menés dans le cadre d'organisations internationales telle l'OTAN ou ses agences, l'OCCAR ou encore des agences de l'Union européenne, telle l'Agence européenne de défense. Par contre, cette exclusion n'englobe pas les marchés visant à acquérir des produits sur étagère (« off-the-shelf procurement »), même lorsque ceux-là impliquent des adaptations techniques. A souligner que, lorsqu'un programme de coopération de ce type est conclu entre des Etats membres uniquement, le ministre ayant la défense dans ses attributions devra notifier à la Commission européenne la part des dépenses de recherche et développement par rapport au coût global du programme, l'accord relatif au partage des coûts ainsi que la part envisagée d'achat pour chaque Etat membre, le cas échéant.
- d) marchés passés dans un pays tiers, y compris pour des achats civils, lors d'un déploiement de l'Armée et/ou de la Police Grand-Ducale hors du territoire de l'Union, lorsque les besoins opérationnels exigent qu'ils soient conclus avec des opérateurs économiques locaux implantés dans la zone des opérations. C'est le cas par exemple lorsque le coût de la chaîne logistique serait trop élevé, pour des raisons de sécurité, etc.. Le terme « zone d'opération » inclut le(s) pays où l'opération a lieu ainsi que les pays voisins.
- e) marchés de services ayant pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens.
- f) marchés passés par le gouvernement à un autre gouvernement concernant la fourniture d'équipements militaires ou d'équipements sensibles, des travaux et des services directement liés à de tels équipements ; ou des travaux et des services destinés à des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services sensibles. Cette exception ne concerne que le contrat entre deux gouvernements et non pas le contrat que le gouvernement-vendeur a conclu avec l'opérateur économique fournissant les produits ou services, qui pourra tomber dans le champ d'application de la présente loi.
- g) marchés concernant les services d'arbitrage et de conciliation.

³ Cfr. orientations pour la transposition de la Directive 2009/81/CE : http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/rules/defence_procurement/index_en.htm

h) marchés concernant des services financiers, à l'exception des services d'assurance.

i) contrats d'emploi.

j) services de recherche et de développement autres que ceux dont les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice pour son usage dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation du service soit entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice.

Section 4 **Dispositions particulières**

Art. 15. - Marchés réservés.

Comme pour les marchés publics ordinaires (cfr. article 20, paragraphe 2, de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics), les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales. Dans ce cas, l'avis de marché doit faire mention de la présente disposition.

CHAPITRE III **Dispositions relatives aux marchés de services**

Art. 16. - Marchés de services visés à l'annexe I.

Cet article clarifie que les marchés de services entrant dans le champ d'application de la présente loi et visés à l'annexe I sont attribués conformément aux articles 19 à 55.

Art. 17. - Marchés de services visés à l'annexe II.

Selon cette disposition, les marchés portant sur des services couverts par la présente loi qui sont visés à l'annexe II sont attribués conformément à l'article 19 et à l'article 31, paragraphe 3.

Art. 18. - Marchés mixtes comportant des services visés aux annexes I et II.

Cet article détermine que les marchés de services, relevant du champ d'application de la présente loi, visés à la fois à l'annexe I et à l'annexe II, sont passés conformément aux articles 19 à 55 lorsque la valeur des services visés à l'annexe I est supérieure à la valeur des services visés à l'annexe II. Dans les autres cas, les marchés sont attribués conformément à l'article 19 et à l'article 31, paragraphe 3.

CHAPITRE IV

Règles spécifiques concernant les documents du marché

Art. 19. - Spécifications techniques.

Cette disposition reprend le contenu de l'article 165 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi sur les marchés publics.

Art. 20. - Variantes.

La même disposition est prévue à l'article 166 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi sur les marchés publics.

Art. 21. - Conditions d'exécution du marché.

Cet article reprend le dispositif de l'article 168 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi sur les marchés publics, tout en précisant que ces conditions particulières peuvent notamment avoir pour objet la sous-traitance ou viser à assurer la sécurité des informations classifiées et la sécurité de l'approvisionnement que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice exigent, conformément aux articles 22, 23 et 24, ou prendre en compte des considérations environnementales ou sociales.

Art. 22. - Sous-traitance.

Une des innovations apportées en matière de marchés publics par la directive 2009/81/CE concerne les contrats de sous-traitance. Elle vise à augmenter la concurrence sur les marchés de la défense et de la sécurité, notamment en promouvant des opportunités pour les petites et moyennes entreprises (PMEs).

Le soumissionnaire retenu doit respecter les principes de transparence et de concurrence au niveau européen établis tout au long de la présente loi et ne doit en aucun cas discriminer entre différents sous-traitants, notamment en raison de la nationalité.

Cette disposition laisse au pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice le choix entre différentes modalités de sous-traitance :

- 1) ils peuvent demander au soumissionnaire d'indiquer dans son offre toute partie du marché qu'il envisage de sous-traiter à des tiers (même au-delà de 30%) et tout sous-traitant proposé ainsi que l'objet des contrats de sous-traitance pour lesquels ces derniers ont été proposés et/ou d'indiquer tout changement intervenu au niveau des sous-traitants au cours de l'exécution du marché ;
- 2) ils peuvent obliger le soumissionnaire retenu à appliquer les dispositions du titre III à tous les contrats de sous-traitance ou à certains d'entre eux que le soumissionnaire retenu entend attribuer à des tiers ; dans ce cas, il faut que cette procédure soit annoncée dans l'avis de marché. Le candidat présentera alors une soumission indiquant les parties du marché qu'il

compte sous-traiter (combien, quelle partie du marché et les sous-traitants proposés), le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice indique par après quelles parties devront être régies par le titre III de la présente loi, ce que le soumissionnaire devrait faire par la suite ;

- 3) ils peuvent demander au soumissionnaire de sous-traiter à des tiers une partie du marché allant jusqu'à 30% de la valeur du marché (sous forme de « fourchette » minimum/maximum, tenant compte de la structure du marché et de la chaîne d'approvisionnement pour éviter des distorsions abusives) ; dans ce cas, le soumissionnaire est libre de décider quelle partie exactement du marché il souhaite sous-traiter, le pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice ne pouvant pas prédéterminer quelle partie exacte est à sous-traiter. Les règles visées au titre III sont aussi applicables à ces contrats de sous-traitance ;
- 4) finalement, ils peuvent combiner les options visés aux paragraphes 3) et 4) de l'article 21. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice spécifie le pourcentage minimal du contrat principal qui est à sous-traiter et demande au soumissionnaire d'indiquer les parties qu'il souhaite sous-traiter pour remplir ce critère du marché, ainsi que toute partie allant au-delà de ce pourcentage. Sur base de l'offre, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut alors imposer qu'une partie ou tous les contrats de sous-traitance allant au-delà de ce pourcentage doivent être attribués par une procédure de marché transparente et non-discriminatoire. Néanmoins, le soumissionnaire reste libre de choisir quelles parties il souhaite sous-traiter (pour remplir le pourcentage minimum ou au-delà). En tout cas, il devra respecter les dispositions du titre III.

Il est essentiel que les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices informent les soumissionnaires des modalités retenues, en matière de sous-traitance, pour le marché en objet, notamment à travers l'avis de marché. Cet avis devra aussi indiquer les critères qui pourront amener les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices à rejeter les sous-traitants sélectionnés par le soumissionnaire au stade de la procédure d'attribution du marché principal ou par le soumissionnaire retenu lors de l'exécution du marché. Ce rejet ne peut se fonder que sur les critères appliqués pour la sélection des soumissionnaires pour le marché principal. Si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice rejettent un sous-traitant, ils doivent fournir au soumissionnaire ou au soumissionnaire retenu une justification écrite indiquant les raisons pour lesquelles ils estiment que le sous-traitant ne remplit pas les critères. Il va sans dire que le refus de l'offre ou des sous-traitants proposés par le soumissionnaire ne peut se fonder exclusivement sur des raisons de nationalité, d'origine ou de localisation géographique, à caractère discriminatoire.

Le titre III de la présente loi est consacré aux contrats de sous-traitance. Ledit titre III et le présent article ont un caractère exhaustif.

Art. 23. - Sécurité de l'information.

Une autre particularité des marchés de la défense concerne la sécurité de l'information. Lorsqu'il s'agit de marchés qui font intervenir, nécessitent et/ou comportent des informations classifiées, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice devront préciser, dans les documents du marché, les mesures et les exigences nécessaires afin d'assurer la sécurité de ces informations au niveau requis. La loi doit plusieurs exemples et prévoit le principe de la reconnaissance des habilitations de sécurité délivrées les Etats membres.

Art. 24. - Sécurité d'approvisionnement.

Le législateur a également voulu protéger la sécurité d'approvisionnement, permettant au pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice d'établir des exigences en cette matière dans les documents du marché qui devront être respectées dans l'offre. Cette disposition donne quelques exemples, notamment en matière de licences d'exportation ou de transferts.

Art. 25. - Obligations relatives à la fiscalité, à la protection de l'environnement, aux dispositions de protection de l'emploi et aux conditions de travail.

La même disposition existe déjà dans l'article 169 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi sur les marchés publics.

CHAPITRE V Procédures

Art. 26. - Procédures applicables.

Cet article fixe les procédures applicables pour les marchés publics de la défense et de la sécurité. Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent choisir de passer les marchés en recourant à la procédure restreinte, à la procédure négociée avec publication d'un avis de marché, au dialogue compétitif dans les circonstances prévues à l'article 28, ou encore à une procédure négociée sans publication d'un avis de marché dans les cas et circonstances spécifiques expressément mentionnés à l'article 29.

Art. 27. - Procédure négociée avec publication d'un avis de marché.

La procédure négociée avec publication d'un avis de marché est la règle générale pour les marchés relevant de la présente loi. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices négocient avec les soumissionnaires les offres soumises par ceux-ci afin de les adapter aux exigences qu'ils ont indiquées dans l'avis de marché, les documents du marché et les documents complémentaires éventuels et afin de rechercher la meilleure offre conformément à l'article 48, tout en assurant l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires.

La procédure peut se dérouler en phases successives afin de réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Le recours ou non à cette faculté est indiqué dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges.

Art. 28. - Dialogue compétitif.

Comme déjà prévu dans la loi générale, dans le cas de marchés particulièrement complexes, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent, lorsqu'ils estiment que le recours à la procédure restreinte ou à la procédure négociée avec publication d'un avis de marché ne permettra pas d'attribuer le marché, recourir au dialogue compétitif conformément au présent article. Dans ce

cas, l'attribution du marché est faite sur la seule base du critère d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Cet article du projet de loi sur les marchés de la défense et de la sécurité reprend par après la même procédure que celle prévue pour les marchés classiques, visés aux articles 210 et suivants du règlement grand-ducal du 3 août 2009.

Art. 29. - Cas justifiant le recours à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché.

Cette disposition énumère les situations dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent recourir à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché. Ils devront justifier le recours à cette procédure dans l'avis d'attribution de marché conformément à l'article 31, paragraphe 3.

Les situations reprises dans cet article sont similaires à celles visés à l'article 8 de la loi ordinaire : absence d'offre ou en présence d'offres irrégulières ; urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices en question ; pour des raisons techniques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité ; certains marchés de recherche et de développement ; livraisons complémentaires ; achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses ; travaux ou services complémentaires ; nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires confiés à l'opérateur économique adjudicataire du marché initial par les mêmes pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices.

Cet article couvre également les marchés liés à la fourniture de services de transport maritime et aérien pour l'Armée ou la Police Grand-Ducale, qui sont ou vont être déployées à l'étranger, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice doivent obtenir ces services d'opérateurs économiques qui garantissent la validité de leur offre uniquement pour des périodes très brèves de sorte que les délais applicables à la procédure restreinte ou à la procédure négociée avec publication d'un avis de marché, y compris les délais réduits visés à l'article 35, paragraphe 7, ne peuvent être respectés.

Art. 30. - Accords-cadres.

Comme la loi ordinaire, dans son article 46, la présente loi permet aux pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices de conclure des accords-cadres.

Tandis que le régime générale limite la durée d'un accord-cadre à quatre ans seulement, le projet de loi prévoit une durée ne pouvant dépasser sept ans, sauf dans des circonstances exceptionnelles déterminées en tenant compte de la durée de vie prévue des objets, installations ou systèmes livrés, ainsi que des difficultés techniques que peut occasionner un changement de fournisseur (il s'agit-là de circonstances exceptionnelles qui devront être justifiées par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices dans l'avis visé à l'article 31, paragraphe 3.

Le restant de cette disposition correspond aux règles fixées dans le règlement grand-ducal du 3 août 2009, dans ses articles 219 et suivants.

CHAPITRE VI

Règles de publicité et de transparence

Section 1

Publication des avis

Art. 31. - Avis.

Une disposition similaire est prévue dans le règlement grand-ducal visant les marchés publics ordinaires, dans son article 170. Elle établit les informations qui devront être publiées par les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices au moyen d'un avis de préinformation. Ces avis sont envoyés à la Commission européenne ou publiés sur le profil d'acheteur le plus rapidement possible après la prise de décision autorisant le projet pour lequel les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices envisagent de passer des marchés ou accords-cadres.

Comme déjà prévu à l'article 171 dudit règlement grand-ducal, les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices désireux de passer un marché ou un accord-cadre tombant dans le champ d'application de la présente loi, en recourant à une procédure restreinte, à une procédure négociée avec publication d'un avis ou à un dialogue compétitif, doivent rendre public leur intention au moyen d'un avis de marché.

Cette disposition couvre encore les avis qui devront être publiés suite à la passation d'un marché ou de la conclusion d'un accord-cadre, sauf lorsque la divulgation de certaines informations y afférentes ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public, en particulier aux intérêts de la défense et/ou de la sécurité, ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés, ou nuirait à une concurrence loyale entre ceux-ci. Cette disposition équivaut donc au régime prévu pour les marchés ordinaires (cfr. article 172 du règlement grand-ducal du 3 août 2009).

Art. 32. - Rédaction et modalités de publication des avis.

Les règles portant sur la rédaction et les modalités des avis contenues dans cet article sont similaires à celles prévues pour les marchés publics ordinaires (cfr. article 173 et suivants du règlement grand-ducal du 3 août 2009).

Art. 33. - Publication non obligatoire.

Lorsque des marchés publics ne sont pas soumis à une publication obligatoire, les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent néanmoins opter par la publication d'un avis qui devra se conformer à l'article 32 de la présente loi.

Art. 34. - Contenu d'un avis en cas de transparence ex-ante volontaire.

Cette disposition prévoit la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices de publier au Journal officiel de l'Union européenne un avis exprimant leur intention de conclure un marché qui n'est pas soumis à une publication obligatoire prévue par la présente loi, notamment lorsqu'il s'agit d'un marché exclus, visés par les articles 13 et 14 de la présente loi. Cette publication a un effet suspensif sur le marché, qui ne peut être conclu que dix jours plus tard.

Le format de l'avis est adopté par la Commission européenne et devra contenir les informations énumérées au paragraphe 2 du présent article.

Section 2 **Délais**

Art. 35. - Délais de réception des demandes de participation et de réception des offres.

Cette disposition fixe les délais minima de réception des demandes de participation et des offres. Il s'agit des mêmes délais minima que ceux visés à l'article 182 et suivants du règlement grand-ducal du 3 août 2009.

Section 3 **Contenu et moyens de transmission des informations**

Art. 36. - Invitations à présenter des offres, à négocier ou à dialoguer.

Cette disposition rappelle les règles déjà applicables en matière de marchés publics relevant du régime général (cfr. article 191 et suivants du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi modifiée sur les marchés publics).

Art. 37. - Information des candidats et des soumissionnaires

Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices sont tenus d'informer dans les meilleurs délais les candidats et les soumissionnaires des décisions prises concernant l'adjudication d'un marché ou la conclusion d'un accord-cadre, y compris des motifs pour lesquels ils ont décidé de renoncer à passer un marché ou à conclure un accord-cadre pour lequel il y a eu mise en concurrence ou de recommencer la procédure. Cet article décrit la procédure déjà d'application pour les autres marchés publics relevant du champ d'application du règlement grand-ducal du 3 août 2009 (cfr. articles 196 et suivants dudit règlement). Cette disposition tient compte néanmoins des spécificités des marchés de la défense et de la sécurité, en prévoyant notamment que le soumissionnaire écarté doit être informé des motifs du rejet de son offre dans les cas visés aux articles 23 et 24 de la présente loi, c'est-à-dire lorsqu'il ne satisfait pas aux exigences relatives à la sécurité de l'information et à la sécurité d'approvisionnement.

Section 4 Communication

Art. 38. - Règles applicables aux communications.

Les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices sont tenus de respecter, dans le cadre de la présente loi, les mêmes règles applicables aux communications que celles visées aux articles 199 et suivants du règlement grand-ducal du 3 août 2009.

Section 5 Rapports

Art. 39. - Contenu des procès-verbaux.

Pour confirmer que la procédure de sélection s'est déroulée de manière transparente et non discriminatoire, les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices doivent faire un procès verbal, comme déjà prévu dans le régime général (cfr. articles 205 et suivants du règlement grand-ducal du 3 août 2009). La présente loi prévoit néanmoins des informations spécifiques au régime de la défense et de la sécurité.

CHAPITRE VII Déroulement de la procédure

Section 1 Dispositions générales

Art. 40. - Vérification de l'aptitude et choix des participants, attribution des marchés.

Le législateur a établi dans la présente loi un régime similaire au général en matière de vérification de l'aptitude et choix des participations, ainsi que des critères d'attribution des marchés (cfr. articles 206 et suivants du règlement grand-ducal du 3 août 2009).

Tenant compte du nombre limité de candidats potentiels dans certains marchés de la défense et de la sécurité, très spécialisés, cet article prévoit que les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent continuer une procédure même lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection et aux niveaux minimaux de capacité est inférieur au nombre minimal. Ils peuvent cependant aussi suspendre la procédure lorsqu'ils estiment que le nombre de candidats appropriés est trop restreint pour assurer une véritable concurrence, et republier un avis de marché initial en fixant un nouveau délai pour l'introduction des demandes de participation. Dans ce cas, les candidats sélectionnés à la suite de la première publication et ceux sélectionnés à la suite de la deuxième publication sont invités conformément à l'article 36. Cette option ne porte pas atteinte à la faculté du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice d'annuler la procédure d'achat en cours et de lancer une nouvelle procédure.

Section 2 Critères de sélection qualitative

Art. 41. - Situation personnelle du candidat ou soumissionnaire.

Comme dans le régime « classique », le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice vérifie la situation personnelle du candidat ou du soumissionnaire et peuvent l'exclure dans les conditions fixées dans le présent article. Cette disposition tient compte des spécificités des marchés de la défense et de la sécurité, prévoyant par exemple que le candidat ou soumissionnaire peut être exclu lorsqu'il est établi par tout moyen de preuve, le cas échéant par des sources de données protégées, qu'il ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat.

Art. 42. - Aptitude à exercer l'activité professionnelle.

La pratique déjà en place pour les marchés dits « classiques » a été reprise pour les marchés de la défense et de la sécurité (cfr. article 226 du règlement grand-ducal du 3 août 2009). Le présent article précise encore qu'il ne porte pas préjudice au droit communautaire applicable en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services.

Art. 43. - Capacité économique et financière.

Aussi en matière de justification de la capacité économique et financière d'un opérateur économique, le législateur a opté par l'application du régime général, tel que figurant dans les articles 227 et suivants du règlement grand-ducal du 3 août 2009.

Art. 44. - Capacités techniques et/ou professionnelles.

Le règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi sur les marchés publics contient des dispositions similaires à celle-ci dans ses articles 233 à 237. Le présent article est cependant plus spécifique pour les marchés de la défense.

Ainsi, le paragraphe 1, point c), contient une précision en ce qui concerne les règles internes à l'entreprise en matière de propriété intellectuelle. Le point d) est quant à lui plus générique que la disposition du règlement. Le point h) répond aux soucis de sécurité d'approvisionnement, régissant certains marchés de la défense et de sécurité. Finalement, le point j) concerne les marchés publics qui font intervenir, nécessitent ou comportent des informations classifiées.

Art. 45. - Normes des systèmes de gestion de la qualité.

Une disposition similaire est prévue à l'article 238 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi sur les marchés publics.

Art. 46. - Normes de gestion environnementale.

La même possibilité est contemplée à l'article 239 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi sur les marchés publics.

Art. 47. - Documentation et renseignements complémentaires.

L'article 240 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi sur les marchés publics contient la même disposition.

Section 3 Attribution des marchés

Art. 48. - Critères d'attribution des marchés.

Cette disposition fixe les critères d'attribution des marchés, qui sont similaires à ceux établis pour les marchés dits « classiques » (cfr. articles 241 et suivants du règlement grand-ducal du 3 août 2009). Le législateur a cependant rajouté à l'énumération des critères qui pourront être pris en compte lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse : les coûts au long du cycle de vie, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles, qui sont des critères particulièrement importants pour les marchés de la défense et de la sécurité.

Art. 49. - Utilisation d'enchères électroniques.

La présente loi permet aux pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices de recourir à des enchères électroniques. Cette disposition fixe les conditions dans lesquelles une telle méthode pourrait être utilisée. Il faut souligner que les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices visés par la présente loi n'ont pas encore les moyens technologiques pour ce faire, mais il a été opté de légiférer dans ce sens, pour pouvoir tenir compte à l'avenir des nouvelles technologies de l'information. Cette procédure semble en effet pertinente pour des marchés réguliers de petite ou moyenne envergure, où les offres et les prix des soumissionnaires éventuels répondent rapidement aux fluctuations du marché. Il est encore rappelé que les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices ne peuvent recourir aux enchères électroniques de façon abusive ou de manière à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence ou de manière à modifier l'objet du marché, tel qu'il a été mis en concurrence par la publication de l'avis de marché et défini dans le cahier des charges.

Art. 50. - Offres anormalement basses.

Une disposition identique figure déjà aux articles 243 et suivants du règlement grand-ducal du 3 août 2009.

TITRE III RÈGLES APPLICABLES AUX CONTRATS DE SOUS-TRAITANCE

CHAPITRE I

Contrats de sous-traitance passés par les adjudicataires de marchés publics qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices

Art. 51. - Champ d'application.

Conformément à l'article 22, paragraphes 3 et 4 de la présente loi, les règles figurant aux articles 52 à 54 sont d'application lorsque les adjudicataires de marchés publics qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ni des entités adjudicatrices sous-traitent des marchés à des tiers. Ne sont pas considérées comme des tiers les entreprises qui se sont groupées pour obtenir le marché ni les entreprises qui leur sont liées. Le soumissionnaire joint à son offre pour le marché public la liste exhaustive de ces entreprises. Cette liste est mise à jour en fonction des modifications qui interviennent dans les relations entre les entreprises.

Art. 52. - Principes.

Cette disposition oblige le soumissionnaire retenu à appliquer lui-aussi les principes généraux d'attribution des marchés, visés à l'article 5 de la présente loi. Il doit donc agir dans la transparence et traiter les sous-traitants potentiels sur un pied d'égalité et de manière non discriminatoire.

Art. 53. - Seuils et règles en matière de publicité.

Le soumissionnaire retenu, qui n'est pas un pouvoir adjudicateur ni une entité adjudicatrice, devra aussi publier un avis, conformément à l'article 32, paragraphes 2 à 5, pour tout contrat de sous-traitance dont la valeur estimée hors TVA n'est pas inférieure aux seuils fixés à l'article 9. Cet avis, rédigé selon un formulaire standard adopté par la Commission européenne, comportera les informations mentionnées à l'annexe V et tout autre renseignement jugé utile par le soumissionnaire retenu, le cas échéant avec l'accord du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice. Aucun avis n'est requis lorsque le contrat de sous-traitance remplit les conditions visées à l'article 29, les avis volontaires prévus à l'article 33 pouvant néanmoins avoir lieu. Cette disposition prévoit également les conditions dans lesquelles ledit soumissionnaire peut avoir recours à des accords-cadre pour satisfaire aux exigences relatives à la sous-traitance.

Lorsque, en appliquant l'article 10 de la présente loi, il ressort que le contrat de sous-traitance en objet est d'une valeur hors TVA inférieure aux seuils de l'article 9, les soumissionnaires retenus appliquent les principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatifs à la transparence et à la concurrence.

Art. 54. - Critères de sélection qualitative des sous-traitants.

Le soumissionnaire retenu doit indiquer, dans l'avis de sous-traitance, les critères de sélection

qualitative établis par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ainsi que les autres critères éventuels qu'il applique lors de la sélection qualitative des sous-traitants. Il n'est pas tenu de sous-traiter s'il apporte la preuve, à la satisfaction du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, qu'aucun des sous-traitants participant à la mise en concurrence ou qu'aucune des offres présentées ne satisfait aux critères figurant dans l'avis de sous-traitance, empêchant ainsi le soumissionnaire retenu de satisfaire aux exigences figurant dans le marché principal.

CHAPITRE II

Contrats de sous-traitance passés par les adjudicataires retenus qui sont des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices

Art. 55. - Règles applicables.

Cet article précise les règles applicables aux contrats de sous-traitance passés par les adjudicataires retenus qui sont des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices. Ils devront passer leurs contrats de sous-traitance conformément aux dispositions prévues aux titres I et II pour la passation des marchés principaux.

TITRE IV

Mécanisme correcteur

Art. 56. - Mécanisme correcteur.

Cette disposition rappelle le mécanisme correcteur qui peut être invoqué par la Commission européenne lorsqu'elle considère qu'une violation grave du droit communautaire en matière de marchés a été commise au cours d'une procédure de passation de marché relevant du champ d'application de la présente loi. La loi du 10 novembre 2010 sur les recours en matière de marchés publics contient déjà la même disposition.

TITRE V

OBLIGATIONS STATISTIQUES ET COMPETENCES D'EXECUTION

Art. 57 – Obligations statistiques.

Selon cet article, le Gouvernement doit communiquer à la Commission européenne, au plus tard le 31 octobre de chaque année, un état statistique rédigé conformément à l'article 58 et relatif aux marchés de fournitures, de services et de travaux passés pendant l'année précédente par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices. Cette démarche permettra à la Commission européenne d'apprécier les résultats de l'application de la présente loi.

Art. 58 - Contenu de l'état statistique.

Comme est une pratique courante dans le droit communautaire, chaque Etat membre est prié fournir des données statistiques à la Commission européenne, sur l'application de la législation transposée.

Le contenu de l'état statistique est fixé conformément à la procédure visée à l'article 67, paragraphe 2 de la directive 2009/81/CE.

TITRE VI DISPOSITIONS FINALES

CHAPITRE I Dispositions modificatives

Art. 59 - Dispositions modificatives de la loi modifiée du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics.

Pour assurer la bonne transposition de la directive 2009/81/CE, il s'avère nécessaire d'apporter quelques modifications à la loi modifiée du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics. Ces modifications ont pour but de clarifier que ladite loi sur les recours est aussi applicable aux marchés relevant du champ d'application de la présente loi.

Une clause spécifique a encore été rajoutée à l'article 11, en matière de production d'effets et la protection des intérêts essentiels de l'Etat. Ainsi, lorsqu'il ressort que l'absence d'effets d'un marché pourrait avoir des conséquences pouvant sérieusement menacer l'existence même d'un programme de défense et de sécurité plus large qui est essentiel pour les intérêts d'un Etat membre de l'Union européenne en matière de sécurité, alors ce marché ne peut pas être considéré comme ne produisant d'effet.

Le législateur a également voulu protéger le niveau de confidentialité des informations classifiées ou d'autres informations contenues dans les dossiers soumis par les parties. Selon le nouvel article 22, le président du tribunal d'arrondissement siégeant comme juge des référés devra tenir compte de cela avant de transmettre des informations sensibles à l'autre partie, tout en respectant les droits de la défense et le droit à un procès équitable.

Art. 60 – Dispositions modificatives de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

Des modifications sont introduites dans le livre I de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics.

a) et e) l'ajout à article 1er et l'article 24 vise à clarifier que la loi ordinaire sur les marchés publics (Livres I et II) est applicable aux marchés de la défense et de la sécurité ne tombant pas dans le champ d'application de la présente loi, sauf s'ils sont couverts par une de ses exceptions, notamment ses articles 9, 13 et 14 ou lorsque l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne est invoqué par les pouvoirs publics.

b), c) et d) Par conséquent, les points j) et k) de l'article 8, ainsi que le paragraphe (2), point a) de l'article 8 sont aussi modifiés, vu que ces marchés ne tomberont dans le champ d'application de la loi ordinaire que lorsque la loi sur les marchés de la défense et de la sécurité n'est pas applicable.

CHAPITRE II

Annexes

Art. 61 – Annexes.

Cette disposition établit que les annexes I à VII de la présente loi en font partie intégrante. Les annexes en question ont été reprises telles que prévues dans la directive transposée par la présente loi.

CHAPITRE III

Entrée en vigueur et autres dispositions finales

Art. 62 - Date d'entrée en vigueur.

Cet article fixe la date d'entrée en vigueur de la présente loi et le régime transitoire applicable aux marchés publics qui ont été lancés avant cette date, qui demeurent soumis aux dispositions législatives en vigueur au moment de la publication de l'avis ou de l'invitation respectif.

Art. 63. – Référence sous une forme abrégée.

Cette disposition vise à préciser qu'une référence à la présente loi pourra se faire sous l'intitulé abrégé « loi sur les marchés publics de la défense et de la sécurité ».

Tableau de correspondance pour la transposition de la Directive 2009/81/CE

Directive 2009/81/CE	Projet de loi 2012	Loi sur les recours (2010)
Recital 10	1(2)	
Recital 13	4(24) et 14(c)	
Recital 27	14(a) et 14(b)	
1	4, quelques définitions ayant été reprises dans l'Art.1 (champ d'application)	
2	1(1)	
	3 (NEW)	
3	2	
4	5 (1)	
	5(2-4) reprennent principes de la loi de 2009	
5	6	
6	7	
7	8	
8	9(1)	
9	10	
10	11	
11	12	
60(4) et 64	12(2) et 12(3) (NEW), le (3) transposant le principe des avis volontaires transparence ex-ante prévu dans les articles 60(4) et 64 de la directive	
12	13	
13	14	
14	15 (alinéas transformés en paragraphes)	
15	16	
16	17	
17	18	
18	19	
19	20	
20	21	
21	22	
22	23 (alinéas transformés en paragraphes)	
23	24 (alinéas transformés en paragraphes)	
24	25	

25	26 (alinéas transformés en paragraphes, avec l'exception de l'alinéa 2)	
26	27	
27	28	
28	29	
29	30	
30	31	
31	33	
32	32	
64	34	
33	35	
34	36	
35	37	
36	38	
37	39	
38	40	
39	41	
40	42 (alinéas transformés en paragraphes)	
41	43	
42	44	
43	45	
44	46	
45	47	
46	-	
47	48	
48	49	
49	50	
50	51	
51	52	
52	53	
53	54 (alinéas transformés en paragraphes)	
54	55	
55		1er, 2 et 5
56		3, 4 et 6
57		7
58		8
59		

60		9, 10, 11, 12 et 13
60(4) et 64	12(2) et 12(3) (NEW), le (3) transposant le principe des avis volontaires transparence ex-ante prévu dans les articles 60(4) et 64 de la directive	
61		14
62		15
63	56	
64	34	
65	57	
66	58	
67	-	
68	9(2)	
69	-	
Annexe I	Annexe I (Services visés par l'article 1 et 16)	
Annexe II	Annexe II (Services visés par l'article 1 et 17)	
Annexe III	Annexe III	
Annexe IV	Annexe IV	
Annexe V	Annexe V	
Annexe VI	Annexe VI	
Annexe VII	-	
Annexe VIII	Annexe VII	