

## PANORAMA DES MARCHES PUBLICS

# L'ADJUDICATION

par M<sup>e</sup> Marc THEWES  
*Avocat à la Cour*  
*Chargé de Cours à l'Université du Luxembourg*

## INTRODUCTION

1. La législation sur les marchés publics a pour objectif de permettre aux pouvoirs publics de contracter aux meilleures conditions possibles. Pour atteindre cet objectif, le législateur s'efforce à assurer une mise en concurrence efficace des entreprises.

En principe, la loi énonce la règle que *«les marchés (...) sont attribués par décision motivée au concurrent ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse»*.<sup>1</sup>

Toutefois, seules les offres régulières peuvent entrer en ligne de compte. L'adjudicataire est en effet choisi *«parmi les trois offres irrégulières accusant les prix acceptables les plus bas»*.

Cet article annonce qu'une offre peut être écartée malgré le fait qu'elle est la plus avantageuse si elle est *«irrégulière»* ou si les prix sont *«inacceptables»*.

L'administration est dès lors amenée dans un premier temps à examiner la régularité des offres. Elle sera amenée à écarter les soumissionnaires dont les dossiers présentent des défauts de forme (mentions manquantes, documents manquants, etc...) ou des défauts de fond (soumissionnaire ne

remplissant pas les critères de participation, offre non-conforme aux prescriptions du cahier des charges, etc...).

Ensuite l'administration vérifiera si les prix réclamés par le soumissionnaire peuvent être considérés comme *«acceptables»*. Elle est invitée par le règlement d'exécution à éliminer les dossiers *«dont les prix sont reconnus inacceptables»*.<sup>2</sup>

2. L'adjudication se fera ensuite, sur proposition du service compétent, au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2003, l'adjudication du marché n'emporte plus la conclusion immédiate du contrat. Un délai de quinze jour au moins doit désormais séparer les deux événements.

---

<sup>1</sup> Loi du 30 juin 2003, Article 11 (extraits)

---

<sup>2</sup> Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 71 (extraits)

## LA DETERMINATION DE L'OFFRE ECONOMIQUEMENT LA PLUS AVANTAGEUSE

### A. Principes

3. La législation sur les marchés publics a pour objectif de permettre aux pouvoirs publics de contracter aux meilleures conditions possibles.<sup>3</sup> Pour atteindre cet objectif, le législateur s'efforce à assurer une mise en concurrence efficace des entreprises.

En principe, la loi énonce la règle que *«les marchés (...) sont attribués par décision motivée au concurrent ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse»*.<sup>4</sup>

Le principe énoncé par ce texte de loi n'est pas nouveau. Sous la précédente législation, la règle était en effet déjà que *«parmi les soumissionnaires ayant présenté une offre techniquement au point et répondant aux conditions des alinéas qui précèdent, le choix se porte sur celui qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, laquelle doit obligatoirement être choisie parmi les trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas»*.<sup>5</sup>

Le tribunal administratif confirme que *«même sous l'empire de l'ancienne législation, le prix n'était pas le seul élément dont il devait être tenu compte pour qualifier une offre comme étant économiquement la plus avantageuse. Pour déterminer cette offre, le commettant pouvait encore se fonder sur d'autres critères, à condition cependant qu'il en eût prévu l'utilisation dans le cahier spécial des charges (trib. adm. 9 juin 1997, Pas. adm. 2004, V° Marchés Publics, no 47) ce qui est le cas en l'espèce.»*<sup>6</sup>

4. La notion d'offre la plus avantageuse devait, aux termes de l'article 11 de la loi sur les marchés publics, être défini par un règlement grand-ducal: *«La notion d'offre économiquement la plus avantageuse est définie par un règlement grand-ducal (...)»*.<sup>7</sup>

En fin de compte, cette définition abstraite et absolue fait cependant défaut dans le texte.

Plutôt que de définir ce qu'il y a lieu d'entendre par «offre économiquement la plus avantageuse», le règlement d'exécution de se contente en effet d'arrêter la règle que le pouvoir adjudicateur doit annoncer dans le cahier des charges les critères qu'il appliquera pour identifier l'offre la plus avantageuse et, dans la mesure du possible, leur pondération.

---

<sup>3</sup> Au cours des travaux préparatoires il avait été signalé que cette approche s'imposait alors que *«les pouvoirs publics ne disposent pas de disponibilités financières inépuisables leur permettant d'agir en toute liberté concernant les commandes publiques»* (Projet de loi n° 4635 concernant le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, Exposé des motifs, Doc. Parl. n° 4635, p. 3).

<sup>4</sup> Loi du 30 juin 2003, Article 11, al. 1<sup>er</sup> (extraits)

<sup>5</sup> Règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, Article 32 (6)

---

<sup>6</sup> Tribunal administratif, 9 juin 2005, n° 18442 du rôle, frappé d'appel.

<sup>7</sup> Loi du 30 juin 2003, Article 11, al. 2 (extraits)

5. Cette exigence de publication préalable des critères de classement se retrouve de manière répétée dans le texte du règlement.

L'article 16 énonce que le cahier des charges spécial *«indique notamment, et pour autant que possible dans l'ordre décroissant de l'importance attribuée, le ou les critères entrant en ligne de compte pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse»*.<sup>8</sup>

Cette même idée se retrouve aux articles 88 et 89 du même texte. L'article 89 prévoit que *«pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde sur le ou les critères dont il doit avoir prévu l'utilisation et la pondération dans le cahier spécial des charges. Ces critères techniques, financiers, économiques, environnementaux et sociaux sont variables selon le marché en cause et peuvent être entre autres le prix, le délai d'exécution ou de livraison, le coût d'utilisation, la rentabilité, la qualité, la valeur écologique, l'aspect social, le caractère esthétique ou fonctionnel, la valeur technique, le service après-vente et l'assistance technique. Ces critères doivent être en relation directe avec le marché en cause.»*<sup>9</sup>

Pour les adjudications soumises au droit européen, c'est à l'article 238 qu'il y a lieu de se référer: *«Lorsque le marché doit être attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, les pouvoirs adjudicateurs mentionnent, dans les cahiers des charges ou dans l'avis de marché, tous les critères d'attribution dont ils prévoient l'application, si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée.»*<sup>10</sup>

6. De manière assez curieuse, les dispositions réglementaires régissant les marchés d'une certaine envergure divergent de la législation nationale.

Alors que pour les marchés régis exclusivement par les dispositions du droit national, le règlement – fidèle au texte de la loi – prévoit que l'adjudication se fera à celui qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, les dispositions régissant les marchés d'une certaine envergure introduisent une alternative.

L'article 236 du règlement, énonce que pour les marchés soumis au droit européen *«les critères sur lesquels le pouvoir adjudicateur se fonde pour attribuer les marchés de travaux et de fourniture sont:*

1) *soit uniquement le prix le plus bas;*

2) *soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables suivant le marché en question: par exemple, le prix, le délai d'exécution ou de livraison, le coût d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, la valeur technique, le service après-vente et l'assistance technique.»*<sup>11</sup>

Sur le plan de la stricte technique légale, il y a là un problème, car en autorisant les pouvoirs adjudicateurs à opter pour un régime d'adjudication prenant en compte *«uniquement le prix le plus bas»*, le règlement déroge à la loi qui prévoit que l'adjudication se fait par principe à l'*«offre économiquement la plus avantageuse»*.

Dans les faits, il n'y a évidemment aucune différence entre un cahier des charges prévoyant que seul le prix sera pris en compte pour rechercher l'offre la plus avantageuse et un cahier des charges énonçant que l'adjudication se fera à celui

<sup>8</sup> Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 16(1) (extrait).

<sup>9</sup> Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 89.

<sup>10</sup> Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 238.

<sup>11</sup> Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 236.

ayant soumis l'offre accusant le prix le plus bas.

## B. Le prix comme critère de choix

### a. Principe

7. Le prix offert par le soumissionnaire reste évidemment le critère le plus simple pour départager les participants à une procédure d'adjudication et de nombreuses procédures sont toujours engagées à l'heure actuelle avec ce seul critère d'attribution.

### b. L'adjudication au prix le plus bas est-elle le régime par défaut ?

8. Nous avons vu que les textes réglementaires cités instruisent le pouvoir adjudicateur d'indiquer dans le cahier des charges les critères qu'il appliquera pour déterminer quelle est l'offre économiquement la plus avantageuse.

Que se passe-t-il cependant si le pouvoir adjudicateur omet de fournir cette information.

D'après la loi et la jurisprudence, un oubli de ce type n'entraîne pas la nullité de la procédure mais signifie que la détermination de l'offre économiquement la plus favorable se fera exclusivement sur la base du prix.

9. MM. Hilger et Pauly expliquent qu'«*au cas où le cahier spécial des charges ne fait pas mention de critères déterminant l'offre économiquement la plus avantageuse, l'adjudication se fait obligatoirement en faveur du soumissionnaire ayant présenté l'offre conforme la moins chère*».<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Georges HILGER et Claude PAULY, «Vademecum de la nouvelle législation sur les marchés publics». Revue technique luxembourgeoise, Octobre-Décembre 2003, p. 203.

Sous l'empire de la législation antérieure, le Conseil d'État avait adopté une position similaire dans un arrêt datant de 1986: «*Considérant que le cahier des charges n'a pas prévu de critères sur lesquels le commettant pourrait se fonder pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse autrement que le prix le moins cher, (...) il en suit que l'administration communale, en adjugeant le marché litigieux à un soumissionnaire autre que le moins offrant, a violé la loi*».<sup>13</sup>

Cette position a été confirmée par le tribunal administratif, qui a décidé en 2002, donc toujours sous l'empire de l'ancienne législation, qu'«*à défaut de fixation préalable d'une liste de critères d'attribution, le pouvoir adjudicateur dispose – sous le contrôle du juge - d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, qu'il doit exercer dans le respect de l'égalité de traitement des soumissionnaires et dont l'exercice doit être objectivement justifiable*».<sup>14</sup>

10. Nous pensons que cette jurisprudence est toujours valable en dépit du texte qui prévoit que l'administration «*doit avoir prévu*<sup>15</sup>» des critères dans le cahier des charges.

Bien que ce texte prévoie une obligation, aucune sanction n'est en effet prévue et l'on ne voit pas de quelle manière les

<sup>13</sup> Conseil d'Etat, 14 Octobre 1986, Aff. n° 7718 du rôle, S.à.r.l. Perrard et fils contre Administration communale de Mersch, en présence de la S.à.r.l. Berte et Cie

D'après le même arrêt, «*le fait que l'adjudicataire, lors de travaux analogues antérieurement exécutés par lui pour compte de la commune a fait preuve de compétence, d'expérience et de capacités techniques ne saurait justifier l'attribution en sa faveur du marché si le soumissionnaire ayant offert un meilleur prix offre également les garanties pour une bonne exécution des prestations dans les délais prévus*»

<sup>14</sup> Tribunal administratif, 27 mai 2002, n° 14018

<sup>15</sup> Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 89 (extraits).

soumissionnaires ayant répondu à l'appel d'offres pourraient être lésés. Et il ne faut pas oublier non plus que l'article 21 du règlement impose, en pareilles circonstances, une obligation aux soumissionnaires de signaler les omissions qu'il remarquerait dans le bordereau.<sup>16</sup>

Comme l'indiqué, le tribunal administratif dans son jugement déjà cité de 2002 «*le montant des offres est un critère de sélection objectif*»<sup>17</sup> et que «*(le pouvoir adjudicateur) a pu retenir le prix proposé comme critère déterminant lors de la sélection des offres et qu'ainsi il a fait un usage raisonnable de son pouvoir d'appréciation.*»<sup>18</sup>

### *c. Le prix – critère d'adjudication irréductible?*

**11.** La loi luxembourgeoise ne contient pas de disposition interdisant aux adjudicateurs d'écarter totalement le prix comme critère d'adjudication.

Il pourrait donc y avoir un cahier des charges qui prévoirait l'adjudication uniquement sur la base de critères qualitatifs, sans égard pour le coût.

En réalité, il n'est cependant pas possible de neutraliser totalement le critère du prix.

Procéduralement, d'abord, l'article 79 du règlement impose à l'administration d'établir systématiquement un *classement basé sur les prix*.

Par ailleurs, on verra que la loi et le règlement prévoient que l'adjudicataire ne

peut être choisi que «*parmi les trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas*».<sup>19</sup>

## **C. Les critères qualitatifs**

### *a. Principe*

**12.** Le prix n'est pas le seul critère pouvant entrer en ligne de compte pour déterminer le choix de l'adjudicataire.

L'offre économiquement la plus avantageuse n'est pas nécessairement l'offre la moins chère. Dans un arrêt déjà ancien, le Conseil d'Etat avait indiqué «*l'interprétation selon laquelle l'offre économiquement la plus avantageuse serait nécessairement l'offre la moins chère ne saurait être acceptée, l'article II-4° de la loi du 4 avril 1974 concernant le régime des marchés publics de travaux et de fournitures admettant que l'offre économiquement la plus avantageuse "est choisie parmi les trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas". Il résulte de ce texte que le prix n'est pas le seul élément dont il doit tenu compte pour qualifier une offre comme étant économiquement la plus avantageuse.*»<sup>20</sup>

**13.** La législation permet donc au pouvoir adjudicateur d'écarter le soumissionnaire ayant offert les prix les plus bas au profit de la deuxième ou troisième offre la moins coûteuse, si – en fonction de critères qui doivent avoir été énoncés dans le cahier des charges – l'adjudicateur estime que ces offres sont à considérer comme plus avantageuses en dépit du prix plus élevé qu'elles comportent.

<sup>16</sup> «*Le soumissionnaire qui constaterait dans le dossier de soumission des ambiguïtés, erreurs ou omissions, est tenu, sous peine d'irrecevabilité, de les signaler par lettre recommandée au pouvoir adjudicateur au moins 7 jours avant l'ouverture de la soumission, à moins que le cahier spécial des charges ne stipule un délai plus long.*» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 21)

<sup>17</sup> Tribunal administratif, 27 mai 2002, n° 14018

<sup>18</sup> Tribunal administratif, 27 mai 2002, n° 14018

<sup>19</sup> Loi du 30 juin 2003, Article 11 (extrait).

<sup>20</sup> Conseil d'Etat, 21 Juin 1985, Aff. n° 7465 du rôle, S.à.r.l. Scholtes-Brauch contre décision du collège échevinal de la commune de Weiswampach, en présence de l'entreprise J.-P. Rinnen et fils.

**14.** Il ne s'agit pas réellement d'une innovation par rapport au texte antérieur.

Dans un jugement du 9 juin 2005, le tribunal administratif a signalé à ce propos «*qu'il est inexact de dire que la loi du 30 juin 2003 aurait nouvellement introduit la notion d'offre économiquement la plus avantageuse. En effet tant aux termes de l'article 32, paragraphe 6 du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 portant institution d'un cahier général des charges applicables aux marchés publics de travaux et de fournitures pour compte de l'Etat, comme aux termes du cahier des charges lui-même, le prix n'était que l'un des critères d'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse.*

*D'après l'article 32 (7) dudit règlement: "pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, le commettant se fonde sur le ou les critères dont il doit avoir prévu l'utilisation dans le cahier des charges. Ces critères techniques, financiers et économiques sont variables selon le marché en cause" étant entendu que l'offre économiquement la plus avantageuse "doit obligatoirement être choisie parmi les trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas".*

*Le règlement grand-ducal du 27 janvier 1994 portant application en droit luxembourgeois des directives CEE relatives aux marchés publics de travaux, de fournitures et de service, fait lui aussi à plusieurs reprises, référence à la notion d'« offre économiquement la plus avantageuse », (exemples : article 19 et 29 (3)).»<sup>21</sup>*

Les juges du fond rejoignent ainsi l'opinion que le président du tribunal administratif avait déjà exprimée dans une ordonnance du 29 juillet 2004 rendue dans la même affaire dans le cadre d'une

demande de sursis à exécution: «*En vertu de l'article 32, paragraphe 6 du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, le choix se portait sur le soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, laquelle devait obligatoirement être choisie parmi les trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas.*

*Il en découle que même sous l'empire de l'ancienne législation, le prix n'était pas le seul élément dont il devait être tenu compte pour qualifier une offre comme étant économiquement la plus avantageuse. Pour déterminer cette offre, le commettant pouvait encore se fonder sur d'autres critères, à condition cependant qu'il en eût prévu l'utilisation dans le cahier spécial des charges (trib. adm. 9 juin 1997, Pas. adm. 2003, V° Marchés publics, n° 47), ce qui est le cas dans la présente espèce.»<sup>22</sup>*

#### **b. Détermination des critères qualitatifs**

**15.** Par rapport à la législation antérieure<sup>23</sup>, le texte ajoute la précision que les critères mis en œuvre pour déterminer la valeur économique doivent être «*techniques, financiers, économiques, environnementaux et sociaux*» et qu'ils doivent être «*en relation directe avec le marché en cause*».

Le règlement contient également une «*citation exemplative de critères susceptibles de définir l'offre économiquement la plus avantageuse pour inciter les pouvoirs*

<sup>21</sup> Tribunal administratif, 9 juin 2005, n° 18442 du rôle, frappé d'appel.

<sup>22</sup> Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 29 juillet 2004, n° 18443 du rôle.

<sup>23</sup> Comp. : «*Pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, le commettant se fonde sur le ou les critères dont il doit avoir prévu l'utilisation dans le cahier spécial des charges. Ces critères techniques, financiers et économiques sont variables selon le marché en cause*» (Règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, Article 32 (7))

*adjudicateurs à en faire usage plus fréquemment».*<sup>24</sup>

Pour les marchés soumis au droit luxembourgeois, le règlement indique que «*ces critères techniques, financiers, économiques, environnementaux et sociaux sont variables selon le marché en cause et peuvent être entre autres le prix, le délai d'exécution ou de livraison, le coût d'utilisation, la rentabilité, la qualité, la valeur écologique, l'aspect social, le caractère esthétique ou fonctionnel, la valeur technique, le service après-vente et l'assistance technique*».<sup>25</sup>

Pour les marchés d'envergure européenne, l'article 236 du règlement fournit une liste exemplative de critères pouvant être retenus pour les marchés d'une certaine envergure: «*le prix, le délai d'exécution ou de livraison, le coût d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, la valeur technique, le service après-vente et l'assistance technique*».

**16.** Le texte laisse ainsi une grande liberté aux rédacteurs des dossiers d'adjudication, puisque ni le nombre, ni la nature des critères ne sont précisés.

Il nous semble cependant que les critères doivent satisfaire à certaines conditions minimales:

- En premier lieu, les critères doivent être *pertinents*, c'est-à-dire être en rapport avec l'objet du marché. Cette condition est reprise à l'article 89 du règlement, qui prescrit que les critères doivent «*être en relation directe avec le marché en cause*».
- Ensuite, nous pensons que les critères doivent également être d'une nature telle qu'ils se prêtent à une appréciation et à un classement.

Même dans le cas de critères subjectifs, comme l'esthétique, il faut en effet que la décision prise puisse être raisonnablement expliquée et justifiée.

Admettre le contraire serait ouvrir la voie à des classements arbitraires.

**17.** Le texte précise que les critères qui seront mis en œuvre doivent être fixés à l'avance et indiqués dans le cahier des charges.

Il ne s'agit là encore pas d'une règle nouvelle, comme en témoigne une décision du tribunal administratif rendue sous l'empire de la précédente législation: «*Parmi les soumissionnaires ayant présenté une offre techniquement au point et ayant rempli leurs obligations légales à l'égard des administrations fiscales et des organismes de sécurité sociale, le choix se porte sur celui qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, laquelle doit obligatoirement être choisie parmi les trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas. Il s'en dégage que le prix n'est pas le seul élément dont il doit être tenu compte pour qualifier une offre comme étant économiquement la plus avantageuse. Pour déterminer cette offre, le commettant peut encore se fonder sur d'autres critères, à condition cependant qu'il en ait prévu l'utilisation dans le cahier spécial des charges*».<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Projet de loi n° 4635 concernant le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, Exposé des motifs, *Doc. Parl.* n° 4635, p. 2.

La même explication est répétée plus loin dans les travaux préparatoires: «*Afin de stimuler les pouvoirs adjudicateurs de recourir plus fréquemment à cette méthode d'adjudication, le projet de règlement grand-ducal portant institution d'un cahier des charges énumère, à titre d'exemple, de tels critères*» (Projet de loi n° 4635 concernant le régime des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, Exposé des motifs, *Doc. Parl.* n° 4635, p. 3).

<sup>25</sup> Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 89 (extrait).

<sup>26</sup> Tribunal administratif, 9 juin 1997, n° 9332

*c. Admissibilité de la capacité technique des soumissionnaires comme critère d'adjudication*

**18.** Il existe une catégorie de critères d'appréciation qui soulèvent des problèmes particuliers: Les critères concernant la capacité des soumissionnaires.

La législation luxembourgeoise, suivant en cela les directives européennes, établit une distinction fondamentale entre les critères d'admissibilités (parfois aussi appelés critères de sélection) et les critères d'adjudication.

Les critères d'admissibilité sont ceux qui permettent de mesurer la capacité d'un soumissionnaire à exécuter le marché. *«Un critère de sélection permet de vérifier l'aptitude d'une entreprise à exécuter le marché envisagé, indépendamment des prestations à fournir tandis qu'un critère d'attribution permet d'apprécier la qualité intrinsèque des offres déposées. (FLAMME, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, T. 1A, Art 16, no 4 page 272)».*<sup>27</sup>

Les critères d'adjudication servent ensuite à départager les offres soumises par les entreprises remplissant les critères d'admissibilité et à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

**19.** La distinction théorique étant faite, deux questions se posent:

- La première est celle de savoir s'il existe des critères qui, de par leur nature, pourraient servir uniquement de critère d'admissibilité et dont l'utilisation serait interdite comme critère d'adjudication;
- La deuxième est celle de savoir si un même critère peut être utilisé à deux reprises, une première fois pour juger de l'admissibilité, puis une seconde

fois au stade du classement des offres.

**20.** Ces questions se sont posées très concrètement dans une affaire récente (encore pendante en appel devant la Cour administrative) concernant la construction d'un ouvrage d'une complexité technique incontestable.

Le pouvoir adjudicateur avait, dans cette affaire, émis des critères de participation assez rigoureux en exigeant des soumissionnaires une expérience antérieure de travaux similaires.

Il s'agissait là clairement d'un critère d'un critère d'admissibilité.

Ensuite, lors du classement des offres, le pouvoir adjudicateur examina une deuxième fois les mêmes informations pour essayer de déterminer lequel des candidats paraissait le mieux placé pour mener les travaux sans accroc.

Les mêmes éléments étaient ainsi pris en compte à deux reprises, une fois comme critère d'admissibilité, puis ensuite comme critère d'adjudication.

**21.** Cette approche a été critiquée par le tribunal administratif, et déjà auparavant par le président du tribunal<sup>28</sup>, statuant dans le cadre d'une demande en suspension, même si, en définitive, ni l'annulation, ni la suspension n'ont été prononcés en raison de l'impact négligeable que l'erreur commise avait eue sur le classement.

Pour les juges du fond, *«il découle ainsi de la formulation même des textes applicables que la capacité technique qui se prouve par les références à des travaux similaires menés à bonne fin constitue un critère de sélection et qu'à partir du moment où le candidat soumissionnaire a rempli les conditions de ce critère, le pouvoir adjudicateur ne peut plus se prévaloir des*

<sup>27</sup> Tribunal administratif, 9 juin 2005, n° 18442 du rôle, frappé d'appel.

<sup>28</sup> Tribunal administratif (Président), 29 juillet 2004, N° 18443 du rôle

*garanties professionnelles plus grandes d'un des candidats pour en faire un critère d'attribution du marché.»*<sup>29</sup>

La décision se réfère notamment à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes:

*«La Cour de Justice des Communautés Européennes a à plusieurs reprises affirmé l'inadmissibilité de la prise en compte d'une liste des principaux ouvrages antérieurs comme critère d'attribution du marché.*

*Ainsi elle a précisé dans un arrêt rendu en date du 19 juin 2003 (Cour de Justice Européenne, sixième chambre, 19 juin 2003, affaire C 315/01, rec. 2003, page I-06351 question préjudicielle soumise par le Bundesvergabebamt (Autriche) dans le litige pendant devant cette juridiction entre Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) et Österreichische Autobahnen und Schnellstrassen AG (ÖSAG) ce qui suit sur la question de savoir si la directive 93/36 s'oppose à ce que dans le cadre d'une procédure d'adjudication d'un marché public de fournitures, le pouvoir adjudicateur tienne compte du nombre des références relatives aux produits offerts par les soumissionnaires à d'autres clients non pas en tant que critère de vérification de l'aptitude de ceux-ci à exécuter le marché en cause, mais en tant que critère d'attribution dudit marché:*

*“A cet égard, il importe de relever que, dans le système de la directive 93/36, notamment de son titre IV, la vérification de l'aptitude des fournisseurs à livrer les produits faisant l'objet du marché à adjuger et l'attribution du marché sont deux opérations différentes dans le cadre de la passation du marché public. En effet, l'article 15 paragraphe 1, de la directive 93/36 (dont le libellé est par ailleurs identique à l'article 18 du règlement grand-*

*ducal du 27 janvier 1994) prévoit que l'attribution du marché se fait après vérification de l'aptitude des fournisseurs. (voir en ce sens, au sujet de marchés publics de travaux, arrêt du 20 septembre 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, point 15)*

*Même si la directive 93/36.....n'exclut pas que la vérification de l'aptitude des soumissionnaires et l'attribution du marché puissent avoir lieu simultanément, les deux opérations sont régies par des règles différentes (voir en ce sens arrêt Beentjes, précité, point 16).*

*L'article 15 paragraphe 1 de la directive 93/36 prévoit que la vérification de l'aptitude des soumissionnaires est effectuée par le pouvoir adjudicateur conformément aux critères de capacité économique, financière et technique visés aux articles 22, 23 et 24 de la même directive (les actuels articles 25, 26 et 28 du règlement grand-ducal du 27 janvier 1994). L'objet de ces articles ... est de déterminer quelles sont les références probantes ou moyens de preuve pouvant être fournis pour justifier la capacité financière, économique et technique des fournisseurs.(voir, en ce sens, arrêt Beentjes, précité, point 17).*

*En ce qui concerne les critères pouvant être retenus à titre de critères d'attribution d'un marché de fournitures, l'article 26, paragraphe 1 de la directive 93/36, (l'actuel article 29 du règlement grand-ducal du 27 janvier 1994) prévoit que les pouvoirs adjudicateurs se fondent soit uniquement sur le prix le plus bas, soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, sur divers critères variables suivant le marché en question : par exemple, le prix, le délai d'exécution ou de livraison, le coût d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, la valeur technique, le service après-vente et l'assistance technique.*

*Ainsi qu'il ressort clairement du libellé de cette disposition et, notamment, de l'emploi*

<sup>29</sup> Tribunal administratif, 9 juin 2005, n° 18442 du rôle, frappé d'appel.

de l'expression « par exemple », les critères pouvant être retenus à titre de critères d'attribution d'un marché public à l'offre économiquement la plus avantageuse ne sont pas énumérés de manière limitative...

Toutefois, si l'article 26, paragraphe 1, de la directive 93/36 laisse au pouvoir adjudicateur le choix des critères d'attribution du marché qu'il entend retenir, ce choix ne peut porter que sur des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse (voir en ce sens arrêts *Beentjes*, précité, point 19, *SIAC Construction*, point 36, 18 octobre 2001, C-19/00, Rec. p. 1-7725, *Concordia Bus Finland*, point 59, 17 septembre 2002, C-513/99, Rec. p. 1-7213).

Or, force est de constater que la présentation d'une liste des principales livraisons effectuées au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé, figure expressément parmi les références probantes ou moyens de preuve qui, en vertu de l'article 23, paragraphe 1, sous a) de la directive 93/36 (l'actuel article 26 du règlement grand-ducal du 27 janvier 1994) peuvent être exigés pour justifier la capacité technique des fournisseurs.

En outre, une simple liste de références, telle que celle exigée dans l'appel d'offres en cause au principal, qui comporte uniquement l'identité et le nombre des clients antérieurs des soumissionnaires, mais ne contient pas d'autres précisions relatives aux livraisons effectuées aux clients, ne fournit aucune indication permettant d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, au sens de l'article 26, paragraphe 1, sous b) de la directive 93/36, et ne saurait dès lors en aucun cas constituer un critère d'attribution au sens de cette disposition.

Au vu des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la deuxième question que la directive 93/36 s'oppose à ce que, dans le cadre d'une procédure

d'adjudication d'un marché public de fournitures, le pouvoir adjudicateur tienne compte du nombre des références relatives aux produits offerts par les soumissionnaires à d'autres clients non pas en tant que critère de vérification de l'aptitude de ceux-ci à exécuter le marché en cause, mais en tant que critère d'attribution dudit marché.»

Cette décision rendue à propos d'un marché public de fournitures est évidemment transposable à la présente espèce où il s'agit d'un marché public de travaux, les dispositions légales étant analogues pour les marchés publics de travaux, de fournitures et de services.»<sup>30</sup>

Les juges observent ensuite que «si on analyse ensuite les conditions d'appel d'offre et procédure de passation du marché, il découle à l'exclusion de tout doute que l'administration des Ponts et Chaussées a érigé au départ le nombre des références du candidat-soumissionnaire comme critère de sélection.» pour conclure qu'«il découle ainsi à la fois de la jurisprudence européenne en la matière ainsi que des propres règles que l'administration des Ponts et Chaussées s'était données au départ qu'une fois les capacités techniques des parties demanderesse LU.-BE.-TO.-CE. reconnues comme répondant aux critères de qualification et d'aptitude très stricts définis par l'Administration elle-même, le pouvoir adjudicateur n'était plus admis à tenir compte du nombre des références pour départager les candidats-soumissionnaires dans la phase de l'attribution du marché.»<sup>31</sup>

**22.** Sous réserve d'une éventuelle décision contraire de la Cour administrative, actuellement saisie d'un appel contre ce jugement, il semble se dégager du jugement du 9 juin 2005 que l'administration ne peut

<sup>30</sup> Tribunal administratif, 9 juin 2005, n° 18442 du rôle, frappé d'appel.

<sup>31</sup> Tribunal administratif, 9 juin 2005, n° 18442 du rôle, frappé d'appel.

donc pas utiliser un même critère une fois comme critère d’admissibilité, puis comme critère de sélection.

Il faut dire qu’il y a là une certaine logique: lorsque le pouvoir adjudicateur fixe des critères d’admissibilité, elle détermine les seuils à partir desquels elle considère un soumissionnaire lui semble capable d’exécuter le marché. Il paraît difficile d’envisager que l’adjudicateur revienne une deuxième fois sur cette même question pour déterminer qu’un candidat a passé ce seuil «mieux qu’un autre».

**23.** La décision répond également à l’autre question que nous nous posions: en citant la jurisprudence de la Cour européenne, les juges confirment qu’il existe des critères qui, de par leur nature, ne peuvent pas être retenus comme critères d’appréciation.

Ce qui ne se dégage malheureusement pas de cette décision, c’est une règle générale qui permettrait, pour l’avenir, d’identifier ces critères.

Pour l’heure – et toujours sous réserve de la procédure d’appel qui est en cours – on sait que la référence à des ouvrages antérieurs n’est pas un critère d’appréciation valable. Au delà, les enseignements à tirer de la décision citée sont limités.

#### *d. La pondération des critères*

**24.** Le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 précise désormais que pouvoir adjudicateur doit «avoir prévu l’utilisation et la pondération dans le cahier spécial des charges».

Cette exigence ne se trouvait pas dans les textes d’avant 2003.

Il ne s’agit cependant encore une fois pas d’un bouleversement. Le tribunal administratif considère en effet que l’exigence d’une pondération connue à

l’avance était déjà sous-entendue dans la législation antérieure.

*«Il est vrai que le terme de “pondération” apparaît textuellement pour la première fois dans l’article 89 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003. (...)*

*L’article 32 (7) de l’ancien règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 portant institution d’un cahier général des charges applicables aux marchés publics de travaux et de fournitures pour compte de l’Etat étant libellé comme suit: « Pour déterminer l’offre économiquement la plus avantageuse, le commettant se fonde sur le ou les critères dont il doit avoir prévu l’utilisation dans le cahier spécial des charges », ne faisait donc pas encore allusion à une pondération des critères.*

*Il y a lieu de répondre à la question de savoir si la constatation que l’ancien texte ne précisait pas que les critères d’attribution devaient être hiérarchisés ni pondérés, doit aboutir à la conclusion que même au cas où il n’existe pas de mention expresse dans le cahier spécial des charges, signalant qu’ils sont énoncés dans un ordre décroissant d’importance, tous ont la même valeur.*

*La question s’est posée en droit belge qui, à l’instar de l’ancienne législation luxembourgeoise, ne contenait effectivement ni hiérarchisation ni pondération. Plusieurs arrêts du Conseil d’Etat belge y ont conclu.*

*Ces décisions ont néanmoins fait l’objet de vives critiques en doctrine qui se demandait ce que pouvait donc signifier l’équivalence des critères tels que le montant, le délai, l’organisation du chantier, la valeur technique.*

*“C’est ajouter aux textes; que la thèse soit fréquemment plaidée devant le Conseil d’Etat n’accroît point sa valeur” observait à cet égard le Premier auditeur J. Fortpied (son rapport avant C.E. 28 janvier 1994, no 45869).*

*A noter cependant que même sous l'empire de l'ancienne législation belge qui ne faisait aucune allusion à une hiérarchisation ou pondération des critères, le Conseil d'Etat a néanmoins admis que le pouvoir adjudicateur et ses conseillers se donnent a posteriori - c'est-à-dire après l'ouverture des offres- une règle de cotation objective, du moment qu'elle respecte l'esprit du cahier des charges et demeure étranger à toute manipulation tendancieuse violant le principe d'égalité (C.E. 30 janvier 1987, no 27490, 18 mars 1988, no 29571).*

*Le principe de base exprimé par une telle attitude est celui qu'un cahier bien conçu doit, pour assurer un minimum de comparabilité objective des offres et sauvegarder l'égalité entre les concurrents, non seulement analyser en détail chacun des critères retenus, mais aussi préciser la part de chaque critère au sein de l'appréciation globale et exposer comment les appréciations se combineront avec les montants.*

*Le souci de transparence comme celui d'éviter tout arbitraire commandent d'ailleurs aussi d'annoncer aux futurs soumissionnaires tempore non suspecto toutes les règles du jeu, c'est-à-dire la hiérarchie des critères et, sous forme de pourcentages ou sous forme de points, la pondération relative de chacun d'eux. (voir à ce sujet: FLAMME, Commentaire pratique de la réglementation des Marchés Publics Tome 1A, Art.16, nos 27 et 28 pages 294 et 295).*

*En conclusion, il faut donc retenir que même sous l'empire de l'ancien règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, il était admis que le pouvoir adjudicateur se donne une règle de cotation objective.*

*Il faut ensuite relever que si le règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 était encore muet par rapport à une pondération des critères, le règlement grand-ducal du 27 janvier 1994 portant application en droit luxembourgeois des directives CEE relatives*

*aux marchés publics de travaux, de fournitures et de service, quant à lui, les a introduits pour la première fois dans la législation, même s'il n'utilise pas encore le terme de "pondération".*

*Ainsi l'article 29 (3) dudit texte est libellé comme suit: "lorsque le marché doit être attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, les pouvoirs adjudicateurs mentionnent, dans les cahiers des charges ou dans l'avis de marché, tous les critères d'attribution dont ils prévoient l'application, si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée".*

*Or, qui dit "ordre décroissant" dit classement dans un certain ordre partant "pondération".*

*Il n'est donc pas exact de soutenir que ce seraient respectivement la loi du 30 juin 2003 et le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 qui auraient introduit en législation nationale le principe de la pondération des critères, l'idée apparaissant pour la première fois dans les textes en 1994.»<sup>32</sup>*

**25.** L'établissement de la pondération peut être un exercice délicat, car le pouvoir adjudicateur doit respecter les principes généraux de pertinence et de proportionnalité.

Il ne se conçoit en effet pas que l'adjudication soit décidée sur un critère dont l'importance réelle est négligeable.

MM. HILGER et PAULY insistent sur le fait que dans les cahiers des charges élaborés après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, «les critères doivent être pondérés suivant un mode d'évaluation par points, pourcentage et autres modes à prévoir dans le cahier des charges. Il est recommandé aux pouvoirs adjudicateurs de procéder à l'évaluation de critères par une

<sup>32</sup> Tribunal administratif, 9 juin 2005, n° 18442 du rôle, frappé d'appel.

*commission ad hoc à instituer par le pouvoir adjudicateur, afin de garantir une objectivité accrue*». <sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Georges HILGER et Claude PAULY, «Vademecum de la nouvelle législation sur les marchés publics». *Revue technique luxembourgeoise*, Octobre-Décembre 2003, p. 203.

# 2

## L'ÉLIMINATION DES OFFRES ANORMALEMENT BASSES

**26.** La loi sur les marchés publics prévoit que le marché doit être attribué au soumissionnaire ayant présenté *l'offre économiquement la plus avantageuse*<sup>34</sup>,

Comme le prix offert est un élément essentiel d'appréciation des offres, le règlement attache une grande importance au contrôle des prix.

Ce contrôle porte sur la justesse arithmétique des offres (A.), mais aussi sur la justification des prix (B.).

### A. La vérification arithmétique

**27.** La vérification des prix débute par une vérification de l'exactitude des calculs arithmétiques réalisés par les soumissionnaires.<sup>35</sup> D'éventuelles erreurs de calcul sont rectifiées d'office par l'administration. Une note relatant ces rectifications est établie et annexée au procès-verbal d'ouverture des offres.

*«En droit luxembourgeois des marchés publics, il n'y a pas de différence terminologique entre une offre à prix global et une offre forfaitaire, les deux notions étant synonymes*<sup>36</sup>. *L'erreur arithmétique*

*peut être définie comme une erreur d'addition ou de multiplication, c'est-à-dire un faux calcul. L'erreur purement matérielle est l'erreur qui résulte d'un défaut d'attention et qui n'est pas de nature à affecter la base des calculs nécessaires à la soumission. L'oubli de computer certaines données chiffrées lors d'une opération de calcul et, plus particulièrement, le fait de ne pas prendre en compte l'ensemble des postes de fournitures et de travaux composant le marché lors du calcul du prix total d'une soumission, s'il vicie le résultat de l'opération de calcul, il ne constitue pas pour autant une erreur arithmétique mais une simple erreur matérielle. L'erreur matérielle doit être rectifiée lorsqu'elle apparaît manifestement au moment de l'examen des offres. En effet, la rectification des erreurs matérielles manifestes n'affecte pas les règles interdisant ou restreignant les possibilités de modifications ou de redressements des prix, c'est-à-dire qu'elle n'est pas de nature à fausser le libre jeu de la concurrence, mais au contraire, elle tend à corriger la volonté déclarée par le soumissionnaire et à faire apparaître sa volonté réelle, c'est-à-dire son offre réelle. Enfin, admettre que le commettant puisse ignorer une erreur flagrante, c'est-à-dire admettre qu'il puisse refuser la correction d'une telle erreur en se retranchant derrière le caractère « forfaitaire » de l'offre, reviendrait à admettre que le commettant puisse ignorer la réalité des faits sous-jacents à un bordereau des prix. - En d'autres termes, la rectification des erreurs matérielles manifestes n'est autre*

<sup>34</sup> Loi du 30 juin 2003, article 11.

<sup>35</sup> Règlement du 7 juillet 2003, Article 72.

<sup>36</sup> Il faut observer que cette affirmation des juges administratifs n'est pas juste puisque la loi luxembourgeoise distingue (actuellement à l'article 11 du règlement) les «offres à prix global révisable» et les «offres à prix global non révisable». Seules les secondes peuvent être qualifiées d'offres forfaitaires.

*chose que la manifestation de l'obligation de bonne foi et de loyauté qui incombe au pouvoir adjudicateur.»<sup>37</sup>*

**28.** Dans arrêt de 1995, le Conseil d'Etat a estimé que *«l'économie (des dispositions sur la forme des soumissions) consiste à empêcher que des inexactitudes ou des imprécisions dans les offres puissent comporter des appréciations différentes des offres et dès lors influencer la décision finale de la soumission.»*

*Toutefois en l'espèce l'erreur commise par le soumettant, facile à déceler et d'ailleurs constatée tant par l'architecte que par la Commission dès le premier examen de l'offre, avait un caractère purement matériel, n'empêchant pas de faire une comparaison effective des offres des différents soumissionnaires, ne violant en rien le principe de l'égalité entre les différents concurrents et restant sans influence sur le classement des offres.*

*Une telle erreur ne peut constituer une irrégularité substantielle devant entraîner le rejet de l'offre.»<sup>38</sup>*

**29.** Le règlement prévoit que les soumissionnaires sont informés sans délai des rectifications qui ont été opérées. Notons que, d'après la jurisprudence, le défaut d'information des soumissionnaires ne constitue une irrégularité que si un soumissionnaire n'a pas été informé d'un redressement fait en sa défaveur.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Tribunal administratif, 21 février 2001, n° 12238 du rôle

<sup>38</sup> Conseil d'Etat, 31 Octobre 1985, Aff. n° 7461 du rôle, S.à.r.l. Fatone et Cie contre Commune de Schuttrange et Ministre de l'Intérieur, en présence de S.à.r.l. Pedinotti et Cie., non publié

<sup>39</sup> *«L'obligation d'informer le soumissionnaire dont l'offre a été redressée visant à protéger le soumissionnaire, le non-respect des prescriptions dudit article ne constitue une irrégularité substantielle affectant la légalité de la procédure d'adjudication que lorsque le redressement s'opère en défaveur du soumissionnaire concerné et non pas dans le cas où le redressement s'opère en sa*

## B. La justification des prix

### a. Principe

**30.** La législation luxembourgeoise sur les marchés publics poursuit l'objectif de permettre au pouvoir adjudicateur de conclure le marché aux conditions économiquement les plus favorables possibles.

Néanmoins, l'administration doit se méfier des offres *trop avantageuses*. Si un soumissionnaire formule – à dessein ou par erreur – une offre qui ne lui permet pas de dégager un bénéfice, il y a en effet de fortes chances que le soumissionnaire de ne sera pas en mesure de remplir ses engagements.

Par ailleurs, si l'administration admettait des offres économiquement irréalistes, une mise en concurrence effective des différentes offres serait impossible.

Afin de prévenir ce genre de situation, la loi prévoit que le pouvoir adjudicateur doit vérifier le caractère économiquement réaliste des offres reçues et écarter les offres irréalistes.

### b. Procédures

**31.** Le contrôle par l'administration du caractère réaliste des prix est abordé aux articles 79 et suivants du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003.

La section 2, comportant uniquement l'article 79, énonce qu' *«après un premier classement basé sur les prix, les offres conformes les moins chères qui entrent en ligne de compte pour l'adjudication subissent un examen qui établira si les prix qu'elles proposent sont en rapport avec les travaux, fournitures ou services demandés. A cet effet le pouvoir adjudicateur peut*

*faveur»* (Tribunal administratif, 27 mai 2002, N° 14018 du rôle)

*inviter le soumissionnaire à justifier ses prix au moyen d'une analyse des prix ou par la production de tous documents se rapportant à l'établissement des prix. Ceci est notamment le cas:*

1) *si l'offre propose un prix total qui est présumé ne pas être en rapport avec les prestations demandées;*

2) *si, alors même que le prix total n'est pas suspect, l'offre contient un ou plusieurs prix unitaires qui laissent présumer qu'ils ne correspondent pas aux prestations demandées.»<sup>40</sup>*

Il se dégage de cet article que l'administration doit en tout état de cause

- Etablir un classement préliminaire des offres en ne prenant en considération que le prix offert.
- Examiner les offres afin de s'assurer que les prix offerts sont en rapport avec l'objet du marché.<sup>41</sup>

Afin de pouvoir effectuer cet examen, l'administration est autorisée

- *Soit à demander à un soumissionnaire de justifier ses prix au moyen d'une analyse de prix*
- *Soit à demander à un soumissionnaire de lui fournir «tous documents se rapportant à l'établissement des prix».*

**32.** Pour les marchés d'une certaine envergure, la vérification conformément aux

<sup>40</sup> Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, article 79

<sup>41</sup> Au cours des travaux préparatoires la Chambre de commerce avait émis l'opinion que l'analyse du prix devait également permettre à l'administration de vérifier si les travaux concernés étaient réalisables au prix indiqué dans un laps de temps raisonnable. L'hypothèse visée est celle où les prix offerts sont réalisables, mais tellement bas que des retards sont prévisibles. Il faut cependant indiquer que cette précision n'a jamais été reprise dans d'autres documents, de sorte qu'elle n'a pas beaucoup de poids pour l'interprétation du texte.

articles qui viennent d'être cités n'est pas prévue.

Pour ces marchés, l'article 239 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 prévoit que le pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre est anormalement basse doit, avant de pouvoir l'écarter, «demande(r) par écrit des précisions sur la composition des offres qu'il juge opportunes et vérifier(r) cette composition en tenant compte des offres reçues.»<sup>42</sup>

La Commission doit en outre être informée si le pouvoir adjudicateur décide de rejeter une offre sur cette base.<sup>43</sup>

**33.** Alors que sous l'empire de l'ancienne législation, l'administration ne pouvait demander l'établissement d'une analyse de prix que si le prix total de l'offre «paraissait suspect».<sup>44</sup>

<sup>42</sup> Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 239.

<sup>43</sup> Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 240

<sup>44</sup> «Si, au regard des critères sus-énoncés, le prix total d'une offre paraît suspect au commettant, l'offrant est invité, par lettre recommandée, à présenter dans un délai de quinze jours les détails de son analyse des prix d'unité suivant les éléments de calcul du prix de revient énumérés à l'article 12 sous a) à g) ou suivant un schéma à lui communiquer par le commettant. S'il s'agit d'une adjudication sous forme d'entreprise générale, l'entrepreneur général peut être sollicité, pour les mêmes raisons, de fournir le détail des offres de ses sous-traitants.» (Règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, Article 30 (8))

Le tribunal administratif avait précisé que «le commettant ne peut inviter l'offrant à présenter des détails de son analyse des prix d'unité que dans l'hypothèse où le prix total de l'offre paraît suspect au commettant. Le fait par un soumissionnaire d'indiquer des prix unitaires fondamentalement différents d'une offre à l'autre n'est pas à lui seul de nature à affecter le prix total de son offre» (Tribunal administratif, 22 juillet 1998, N° 9784 du rôle, confirmé par Cour administrative 27 avril 1999, N° 10862C du rôle).

«L'analyse des prix ordonnée par le soumettant ne répondant pas aux conditions d'application de

Le nouveau texte ne contient plus cette restriction. On lit en effet à l'article 80 (2) du règlement qu'«*il est loisible à l'administration de demander une analyse de prix, ceci de son initiative ou à la demande d'un soumissionnaire*». L'administration n'a donc plus à se justifier sur les raisons pour lesquelles elle demande une analyse de prix.

La rédaction de ce texte avait été proposée par le Conseil d'État, qui estimait «*qu'en tout état de cause et abstraction faite du cas de figure prévoyant l'obligation pour lui de demander une analyse de prix, le pouvoir adjudicateur doit pouvoir décider quand une analyse de prix doit être remise*».<sup>45</sup>

**34.** La possibilité pour le pouvoir adjudicateur de demander des documents à ce stade vient, à certains égards, tempérer l'interdiction figurant à l'article 75 du règlement qui interdit «*de ten(ir) compte de changements et additions proposées par les soumissionnaires après l'ouverture des soumissions*».

On ne manquera pas d'observer que le texte n'indique pas précisément le nombre des offres qui devront ainsi subir «*un examen qui établira si les prix qu'elles proposent sont en rapport avec les travaux, fournitures ou services demandés*».<sup>46</sup> Tout porte cependant à croire que «*les offres*

*conformes les moins chères qui entrent en ligne de compte pour l'adjudication*» visées à l'article 79 sont les trois offres accusant les prix les plus bas, par analogie à l'article 88 du règlement.

**35.** L'établissement d'une analyse de prix apparaît comme facultative dans le cadre de la vérification de l'article 79 du règlement.

Le règlement n'énonce qu'une seule hypothèse où une analyse de prix doit obligatoirement être demandée.

Ce sera le cas si au moins cinq offres valables ont été reçues et que certaines de ces offres sont de plus de 15% inférieures à la moyenne arithmétique des prix de toutes les offres, y non compris l'offre la plus chère et l'offre la moins chère.

Dans ce cas, l'administration devra impérativement demander une analyse de prix aux soumissionnaires aux soumissionnaires ayant formulé des offres qui sont de plus de 15% inférieures à la moyenne des autres offres.

**36.** La procédure à suivre pour l'établissement d'une analyse des prix est déterminée par l'article 81 du règlement.

Si l'administration en fait la demande par lettre recommandée, le soumissionnaire est tenu de soumettre une analyse de prix dans le délai que l'administration fixera, délai qui ne peut être inférieur à quinze jour.

On peut regretter que les auteurs du règlement n'aient pas précisé davantage la forme que doit prendre une analyse de prix.

Le texte prévoit que l'administration *peut* fournir au soumissionnaire un modèle pour l'établissement de l'analyse de prix, mais ne l'y oblige pas.

Si l'administration n'impose pas de modèle, le texte prévoit que l'analyse de prix doit comporter les éléments énumérés

---

*l'article 30 (8) du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 ne saurait entraîner de sanction sur base de l'article 30 (1) à (7). Elle entraîne cependant les conséquences s'imposant au regard de l'article 30 (10) en ce que le prix par heure de régie dégagé par l'analyse comme étant supérieur à celui de l'offre doit être ramené à ce dernier, rendant l'offre d'autant plus compétitive, à condition de ne pas être considéré comme insuffisant suivant l'article 30 (7)» (Tribunal administratif, 22 juillet 1998, N° 9784 du rôle, confirmé par Cour administrative 27 avril 1999, N° 10862C du rôle).*

<sup>45</sup> Doc. parl. n° 4635<sup>2</sup>, Avis du Conseil d'État, p. 75.

<sup>46</sup> Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, article 79 (extraits)

à l'article 13 du règlement<sup>47</sup>. Il s'agit a) des prix des matières premières, b) du coefficient de majoration pour frais généraux sur matières directes, c) des taux horaires des salaires directs incorporés, d) des coefficients de majoration pour frais proportionnels aux alaires directs, e) des autres frais directs et indemnités supplémentaires pour l'exécution de prestations spéciales, notamment l'emploi d'outillage, de machines et d'installations spéciaux et g) du taux de majoration pour bénéfice.

### *c. Résultat de la vérification des prix*

**37.** Il reste à se demander quelles sont les conclusions à tirer de la vérification prescrite par l'article 79.

L'article 82 énonce que *«le pouvoir adjudicateur peut écarter les offres des soumissionnaires:*

*1) dont les réponses ne suffisent pas à prouver le bien-fondé de leurs prix. Le prix est considéré comme étant insuffisant si, tous les frais déduits, il ne reste plus au soumissionnaire un bénéfice;*

*2) dont les réponses fournies contiennent des indications erronées;*

*3) si ceux-ci ne répondent pas à la demande du pouvoir adjudicateur dans le délai imparti.»*<sup>48</sup>

La formulation de ce texte semble indiquer qu'il pourrait s'agir d'une faculté et que l'administration pourrait donc choisir d'adjuger le marché à un soumissionnaire en dépit du fait que les prix offerts par ce dernier n'ont pas pu être vérifiés.

L'article 71 du même règlement énonce certes avec force que les offres *«dont les prix sont reconnus inacceptables sont éliminées»*, mais sans préciser si cette notion de «prix reconnu inacceptable» est objective ou laissée à l'appréciation de l'administration.

---

<sup>47</sup> L'article 81 du règlement indique que *«la justification des prix se fait au moyen d'une analyse de prix suivant les éléments de calcul du prix de revient énumérés à l'article 13»*.

<sup>48</sup> Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 82.

# 3

## L’ADJUDICATION

**38.** Depuis l’entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2003 et du règlement d’exécution du 7 juillet 2003, l’adjudication du marché et la passation du contrat sont désormais deux étapes distinctes, séparées par un intervalle d’au moins quinze jours.

### A. L’adjudication

**39.** D’après l’article 84 du règlement, l’adjudication a lieu sur la base du service administratif compétent ou, si un tel service n’existe pas, sur proposition du bureau d’études. Il est précisé par le règlement que «*ces propositions doivent être appuyées d’un tableau comparatif et précis*». <sup>49</sup>

La possibilité de faire établir le classement par un bureau d’études compte parmi les nouveautés du texte de 2003. Auparavant, l’article 32 du règlement du 2 janvier 1989 énonçait que «*l’adjudication se fait sur la base de propositions du service compétent*». <sup>50</sup>

**40.** Le rôle-clé joué par les bureaux d’études dans les procédures de passation des marchés publics suscite parfois un certain malaise. Dans une affaire récente, le Président du Tribunal administratif s’est exprimé sur l’objectivité présumée du bureau d’études. Il estime que «*le reproche adressé à un bureau d’études consistant à affirmer que du fait que ce bureau a*

*collaboré à l’élaboration du cahier des charges et qu’il a pareillement contribué à sélectionner l’adjudicataire, il serait à la fois juge et partie, n’est pas convaincant, étant donné qu’il n’apparaît a priori pas incompatible d’élaborer un cahier des charges et d’apprécier ensuite lequel des soumissionnaires répond aux exigences y formulées. Dans aucune de ces deux activités, le bureau d’études, à moins d’être lié avec un soumissionnaire, ne saurait être considéré comme partie.*» <sup>51</sup>

Cette appréciation du président du tribunal administratif a été confirmée par les juges siégeant dans l’affaire au fond qui ont estimé «*qu’il n’apparaît a priori pas incompatible d’élaborer un cahier des charges et d’apprécier ensuite lequel des soumissionnaires répond aux exigences y formulées. Dans aucune de ces deux activités, le bureau d’études, à moins d’être lié avec un soumissionnaire, ce qui n’est pas prouvé dans le cas d’espèce, ne saurait être considéré comme partie.*» <sup>52</sup>

**41.** La même affaire a également donné l’occasion au Président du Tribunal de prononcer que le recours aux conseils d’un bureau d’études était permis même si le marché concerne une matière dans laquelle il existe une administration disposant des compétences requises pour procéder à l’évaluation. Le magistrat estime que rien

<sup>49</sup> Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 84.

<sup>50</sup> Règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, Article 32 (1)

<sup>51</sup> Tribunal administratif (Président), 29 juillet 2004, N° 18443 du rôle

<sup>52</sup> Tribunal administratif, 9 juin 2005, n° 18442 du rôle, frappé d’appel.

n'empêche le pouvoir adjudicateur de recueillir plusieurs avis et que, dans cette hypothèse comme dans d'autres, l'autorité investie du pouvoir de décision n'est pas tenu de suivre un avis plutôt qu'un autre: «*En effet, s'il est vrai que l'article 84, alinéa la du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 dispose que l'adjudication se fait sur la base de propositions du service administratif ou technique compétent ou, à défaut, sur proposition du bureau d'études commis, cette formulation ne paraît pas exclure la coexistence d'avis émanant à la fois du service étatique compétent et d'un bureau d'études commis ni, surtout, que le ministre des Travaux publics décide de suivre l'avis du bureau d'études plutôt que celui de son administration. En décider le contraire reviendrait à attribuer le véritable pouvoir de décision au service administratif compétent au détriment du ministre qui n'aurait plus qu'une compétence liée en la matière.*»<sup>53</sup>

Là encore, la décision du président a été confirmée par les juges du fond, qui ont estimé que «*la formulation du texte de l'article 32 (1) du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 en ce qu'il dispose que "l'adjudication se fait sur la base de propositions du service compétent" et même le libellé de l'article 84 (1) du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 (...) en ce qu'il dispose que "l'adjudication se fait sur la base de propositions émanant du service technique ou administratif compétent ou, à défaut, sur proposition d'un bureau d'études commis" n'exclut pas la coexistence d'avis émanant à la fois du service étatique compétent et d'un bureau d'études commis ni, surtout, que le ministre des Travaux Publics décide de suivre l'avis du bureau d'études plutôt que celui de son administration. En décider le contraire reviendrait à attribuer le véritable pouvoir de décision au service administratif*

*compétent au détriment du ministre qui n'aurait plus qu'une compétence liée en la matière.*»<sup>54</sup>

## B. Le délai d'adjudication

**42.** Aux termes du règlement, l'appel d'offres doit renseigner les soumissionnaires sur le délai d'adjudication. Le délai ne peut normalement pas dépasser deux mois à compter de la séance d'ouverture, à moins que la complexité du dossier ne justifie une prolongation.

Un délai étant annoncé, que se passera-t-il si l'administration ne le respecte pas ?

Aucun texte ne prévoit de sanction en cas de dépassement du délai annoncé par le cahier des charges spécial. La seule disposition qui où cette hypothèse est envisagée est l'article 90, 1<sup>er</sup> alinéa du règlement qui dispose que «*l'adjudication doit avoir lieu dans le délai prévu ou, si celui-ci est dépassé, dans le délai accepté par le soumissionnaire susceptible d'être déclaré adjudicataire.*»

Mais que veut dire cette formulation? Manifestement, l'adjudicataire qui ne se voit attribuer le marché après écoulement du délai d'adjudication initialement prévu peut refuser d'exécuter le marché. Il le fera évidemment si les conditions économiques auxquelles il avait formulé son offre se sont détériorées.

Le règlement n'indique pas comment le soumissionnaire doit informer l'administration de sa décision.

Il n'y a probablement pas de problème si, à l'écoulement du délai d'adjudication prévu, un adjudicataire retire son offre. Dans ce cas, et pour autant que le souhait du soumissionnaire de ne plus participer à

<sup>53</sup> Tribunal administratif (Président), 29 juillet 2004, N° 18443 du rôle

<sup>54</sup> Tribunal administratif, 9 juin 2005, n° 18442 du rôle, frappé d'appel.

la procédure soit clairement exprimé, l'administration ne tiendra simplement plus compte de cette offre.

Mais l'administration peut-elle supposer que les soumissionnaires qui ne se sont pas manifestés maintiennent leur offre ?

Au vu de la formulation du texte qui parle du «soumissionnaire susceptible d'être déclaré adjudicataire», peut-on imaginer qu'avant que le pouvoir adjudicataire ne formalise sa décision, il y ait une prise de contact avec le soumissionnaire pressenti, ou plusieurs soumissionnaires, pour déterminer si ceux-ci sont toujours disposés à contracter aux conditions de l'offre. Ce serait de bon sens, même si la démarche apparaît problématique au regard de l'économie générale de la loi, qui vise à mettre tous les soumissionnaires sur un pied d'égalité.

Il serait sans doute prudent que l'administration demande une confirmation expresse et écrite à tous les soumissionnaires en lice, car le texte du règlement n'indique pas dans quel délai l'adjudicataire peut refuser de marché. L'adjudicataire qui n'a pas expressément accepté l'extension du délai pourrait donc manifester son refus uniquement au moment où le marché a déjà été passé, par la signature des documents de soumission. Une nouvelle adjudication serait alors inévitable.

Manifestement, un dépassement du délai d'adjudication peut entraîner de nombreuses situations conflictuelles

### **C. L'obligation de choisir l'adjudicataire parmi les trois offres les plus basses**

**43.** La loi énonce la règle que les marchés sont attribués «*au concurrent ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse*» mais avec la précision cette offre doit «*(être) choisie parmi les trois*

*offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas*».<sup>55</sup>

La même règle est reprise à l'article 88 du règlement, qui énonce que «*parmi les soumissionnaires ayant présenté une offre techniquement au point et répondant aux conditions des articles 85 à 87, le choix se porte sur celui qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, selon les critères définis à l'article 89. L'offre doit obligatoirement être choisie parmi les trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas.*»<sup>56</sup>

**44.** Il ne faut pas se méprendre sur la signification de cet article.

Les dispositions citées ne signifient pas que l'administration peut arbitrairement choisir l'un des adjudicataires parmi les trois offres les moins chères. Au contraire, l'administration doit motiver son choix par références aux critères énoncés dans le cahier des charges.

La prise en compte de ces critères peut amener l'administration à écarter l'offre la moins chère si elle estime qu'une autre des trois offres les moins chères est meilleure.

Ceci est illustré par une ordonnance du 26 août 2006, rendue dans une affaire où un soumissionnaire écarté demandait la suspension d'une décision d'adjudication au motif que le soumissionnaire choisi n'avait pas présenté l'offre la moins chère. Après avoir rappelé qu'en l'espèce le cahier des charges prévoyait que le prix n'entrait en ligne de compte qu'avec une pondération de 40%, le président a décidé que «*le fait que le choix se soit porté sur l'offre plus élevée de la société A. ne semble pas de nature à pouvoir entraîner l'annulation de la décision litigieuse, étant donné que l'article 88 du règlement (...) permet de*

<sup>55</sup> Loi du 30 juin 2003, Article 11 (extraits)

<sup>56</sup> Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 88.

*choisir parmi les trois offres régulières accusant les prix les plus bas».*<sup>57</sup>

**45.** Comme nous l'avons énoncé précédemment, dans les cas où le cahier des charges ne contient aucun critère d'adjudication, le choix de l'administration doit obligatoirement se porter sur le soumissionnaire ayant présenté l'offre régulière la moins chère.

Le tribunal administratif a rejeté l'argumentation d'un adjudicateur qui avait cru pouvoir faire valoir que l'article 88 du règlement autorisait dans cette circonstance un libre choix entre les trois offres les moins chères.

*«S'il est vrai que le pouvoir adjudicateur peut choisir parmi les trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas, ce choix n'est pas discrétionnaire, mais doit se porter sur le soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Faute de justifier en quoi l'offre la moins disante est économiquement moins avantageuse que les deux autres parmi les trois les moins chères, le pouvoir adjudicateur ne justifie pas légalement sa décision d'adjudication».*<sup>58</sup>

**46.** Il reste à préciser que si l'administration a déterminé des critères d'adjudication dans le cahier des charges, elle est tenue de les mettre en œuvre.

Il ne se conçoit à notre avis pas que l'administration renonce à la pondération de

critères fixée dans le bordereau au profit d'une adjudication basée uniquement sur le critère du prix.

On notera cependant qu'un écart mineur par rapport aux règles d'adjudication initialement prévues n'entraînera pas nécessairement l'annulation. Les juges administratifs refusent en effet d'annuler les décisions d'adjudication s'il apparaît que l'irrégularité commise n'a pas pu avoir une incidence décisive sur le classement.

## D. La motivation du choix

**47.** Aux termes de l'article 11 de la loi du 30 juin 2003, la décision d'adjudication doit être motivée.

Par ailleurs, l'article 90 du règlement grand-ducal, qui prévoit l'information des soumissionnaires écartés, prescrit également que la lettre d'information doit contenir *«l'indication des motifs à la base de la non-prise en considération»*.<sup>59</sup>

**48.** Si la motivation de la décision apparaît comme relativement aisée dans le cas d'une adjudication fondée sur des critères objectifs, comme par exemple le prix, la situation se complique lorsque des éléments subjectifs, comme par exemple l'esthétique, entrent en ligne de compte.

Lorsque des critères subjectifs sont mis en œuvre, l'exigence de motivation à l'égard de l'administration se trouve renforcée.

**49.** Un jugement récent du tribunal administratif du 20 juin 2005 illustre la problématique.

Le litige concernait une adjudication décidée par une commune à l'issue d'un concours d'architecture et portait sur la question de savoir si le classement opéré par le jury devait être motivé.

<sup>57</sup> Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 26 août 2005, n° 20314 du rôle.

<sup>58</sup> *«S'il est vrai que le pouvoir adjudicateur peut choisir parmi les trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas, ce choix n'est pas discrétionnaire, mais doit se porter sur le soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Faute de justifier en quoi l'offre la moins disante est économiquement moins avantageuse que les deux autres parmi les trois les moins chères, le pouvoir adjudicateur ne justifie pas légalement sa décision d'adjudication.»* (Tribunal administratif, 22 juillet 1998, n° 9707 du rôle)

<sup>59</sup> Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 90 (3) (extrait).

Au-delà du cas d’espèce, la décision contient des développements qui nous paraissent transposables à toute procédure d’adjudication où la classement prend en compte des éléments subjectifs.

Les juges expliquent en effet que la prise en compte d’éléments d’appréciation subjectifs ne soustrait pas la décision au contrôle du juge: *«s’il est vrai que l’appréciation des qualités et mérites d’un dossier de candidature par rapport à un autre comporte une large part de subjectivité, il n’en reste pas moins que les décisions du jury ne sont pas pour autant exemptes de tout contrôle juridictionnel, en ce qui concerne la légalité de la mise en œuvre du pouvoir conféré au jury»*.<sup>60</sup>

Les juges rappellent ensuite que *«le jury ne saurait être admis à décider selon son “bon plaisir”, l’exercice du pouvoir ne pouvant jamais être arbitraire et tout contrôle efficace exige que l’on connaisse et puisse comprendre les raisons qui sous-tendent le choix du titulaire de l’autorité»*.<sup>61</sup>

Dès lors, pour le tribunal *«la décision du jury doit nécessairement se présenter sous forme d’un rapport motivé, qui permet un contrôle sur l’exactitude matérielle des faits, de même que des pertinence et objectivité des motifs»*.<sup>62</sup>

Ce dernier passage nous paraît pouvoir être généralisé.

Même dans le cas d’un choix fondé sur des critères subjectifs, il faut en effet que la motivation explique quels ont été ces critères et de quelle manière ils ont été mis en œuvre.

**50.** Observons encore que la motivation ne doit pas nécessairement résulter de la décision proprement dite mais peut également résulter d’un autre document.

Dans un jugement du 24 mars 2005, le tribunal administratif confirme que *«le reproche tiré d’une absence de motivation de la décision d’adjudication querellée laisse d’être fondé, dès lors que la décision ministérielle du 11 juillet 2003 se réfère expressément à la proposition du directeur de l’administration des Bâtiments publics datant du 10 juillet 2003, l’ensemble composé des deux écrits indiquant les bases légales applicables et précisant que l’offre de A. a été retenue a été retenue parce qu’elle s’est révélée conforme aux exigences techniques et administratives du cahier des charges et parce qu’elle a été la moins disante, énonçant ainsi, de façon certes sommaire, mais suffisante, les éléments de fait et de droit soutenant le choix opéré par l’autorité de décision»*.<sup>63</sup>

Le jugement en question rappelle par ailleurs fort opportunément la nécessité de faire une distinction entre l’exigence de motivation formelle – le fait de mentionner les motifs dans l’acte – et l’exigence fond que des motifs décisionnels valables existent.

L’omission d’indiquer les motifs dans l’acte n’entraîne pas la nullité de celui-ci; celle-ci ne s’impose que si une vérification révèle qu’il n’existe réellement aucun motif valable pouvant justifier la décision prise:

*«Il convient de préciser que même si l’indication des motifs contenue dans les deux actes s’était révélée insuffisante, il ne s’en serait pas dégagé une cause d’annulation dirimante, l’essentiel étant que les motifs aient existé au moment de la prise de décision, l’administration pouvant les produire et compléter postérieurement, et*

<sup>60</sup> Tribunal administratif, 20 juin 2005, n° 19022 du rôle.

<sup>61</sup> Tribunal administratif, 20 juin 2005, n° 19022 du rôle.

<sup>62</sup> Tribunal administratif, 20 juin 2005, n° 19022 du rôle.

<sup>63</sup> Tribunal administratif, 24 mars 2005, n° 17073 du rôle.

*même pour la première fois devant le juge administratif*».<sup>64</sup>

**51.** Dans une ordonnance du 26 août 2005, le président du tribunal administratif relativise l'exigence de motivation. «*S'il est vrai que l'article 90(3) du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 (...) exige expressément que le pouvoir adjudicateur motive spécialement les décisions de rejet des offres des concurrents non retenues (...) la violation en question ne doit pas forcément entraîner l'annulation du marché (...)*».<sup>65</sup> En l'espèce, la lettre d'information adressée aux soumissionnaires écartés ne contenait apparemment aucune motivation, mais une seconde lettre, envoyée quelques jours après la première, avait «*indiqué de manière précise les motifs à l'origine de la décision de rejet, de sorte que l'administration a mis le soumissionnaire évincé en mesure d'assurer la protection de ses intérêts légitimes en parfaite connaissance de cause (...)*».<sup>66</sup>

La possibilité de compléter une motivation initialement défailante en cours d'instance a également été confirmée par un jugement du tribunal administratif du 26 septembre 2005.<sup>67</sup>

La motivation à l'attention des soumissionnaires écartés peut par ailleurs être des plus sommaires, comme en témoigne un jugement du tribunal administratif du 21 décembre 2005 estimant suffisante l'indication que l'entreprise «*s'est classée en deuxième position*» alors que l'offre d'un autre soumissionnaire était «*économiquement plus avantageuse*». Pour le tribunal, «*il ne*

*saurait être reproché à l'autorité de ne pas avoir indiqué à suffisance de droit le motif se trouvant à la base de la décision litigieuse, le motif ainsi indiqué étant par ailleurs assez précis pour mettre la demanderesse en mesure d'en saisir la portée*».<sup>68</sup>

<sup>64</sup> Tribunal administratif, 24 mars 2005, n° 17073 du rôle.

<sup>65</sup> Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 26 août 2005, n° 20314 du rôle.

<sup>66</sup> Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 26 août 2005, n° 20314 du rôle.

<sup>67</sup> Tribunal administratif, 26 septembre 2005, n° 19201 du rôle.

<sup>68</sup> Tribunal administratif, 21 décembre 2005, n° 19854 du rôle.

# 4

## LA SIGNATURE DU CONTRAT

**52.** Sous l'empire de l'ancienne législation sur les marchés publics, l'adjudication du marché emportait conclusion du contrat avec le soumissionnaire choisi.

La nouvelle réglementation sépare plus nettement les deux étapes. Elle prescrit désormais qu'un délai de quinze jours doit séparer la décision (administrative) d'adjudication et la signature du contrat.

La décision d'adjudication est portée à la connaissance des soumissionnaires évincés, ce qui permet à ces derniers d'introduire, pendant le délai de quinze jours, un recours gracieux ou un recours devant le juge administratif. La saisine du médiateur est également possible.

**53.** Lorsque le délai de 15 jours est écoulé, le contrat peut être conclu par la signature que le pouvoir adjudicateur appose sur l'offre soumise par l'adjudicataire sélectionné.<sup>69</sup>

**54.** Pour les marchés d'envergure uniquement, l'article 49 de la loi prévoit que *«le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai de 15 jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat ou soumissionnaire écarté, les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout soumissionnaire ayant fait une offre recevable, les caractéristiques et*

*les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'adjudicataire.»*<sup>70</sup>

L'efficacité réelle de cette mesure d'information est douteuse alors que le délai de 15 jours court en même temps que le délai dans lequel le soumissionnaire écarté peut utilement saisir le juge administratif.

---

<sup>69</sup> Rappelons que d'après l'article 90(4) du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, la conclusion du contrat *«a lieu par l'apposition de la signature du pouvoir adjudicateur sur le document de soumission remis par l'adjudicataire.»*

---

<sup>70</sup> Loi du 30 juin 2003, Article 49.