

LE NOUVEAU DROIT DES MARCHES PUBLICS

LES PROCEDURES D'ADJUDICATION

par M^e Marc THEWES
Avocat à la Cour
Chargé de Cours à l'Université du Luxembourg

INTRODUCTION

1. Les règles et procédures à suivre en matière d'adjudications résultent principalement du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, adopté en exécution de l'article 99 de la nouvelle loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics.

Ceci complique la tâche du commentateur car – contrairement au projet de loi – il n'existe pas de publication officielle des travaux préparatoires du règlement.

2. On constate aussi que la loi et le règlement ne différencient pas très précisément les différentes étapes du contrôle des offres.

Après la séance d'ouverture des offres qui est formellement organisée par le texte, aucun ordre chronologique particulier n'est prévu pour les étapes suivantes consistant à vérifier la conformité des offres, les qualifications des adjudicataires et la validité des prix.

Afin de faciliter l'appréhension des règles régissant ces étapes de la procédure, nous tenterons de différencier clairement chacun des contrôles opérés.

3. L'étape suivante, consistant à rechercher l'offre économiquement la plus avantageuse, donne également lieu à des critiques.

Des difficultés apparaissent en particulier lorsque le pouvoirs adjudicateur a omis de préciser dans le cahier des charges spécial les critères d'appréciation qu'il entend mettre en œuvre.

Le texte du cahier général des charges laisse par ailleurs planer des doutes sur l'existence de critères autres que ceux découlant du cahier des charges.

4. Il n'est donc pas étonnant que les décisions d'attribution des marchés publics donnent lieu à un contentieux de plus en plus important devant les juridictions administratives et judiciaires.

On verra qu'une évolution récente de la jurisprudence administrative permet désormais à l'adjudicataire évincé de demander la suspension du marché.

1

LE CONTROLE DES OFFRES

5. 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.

Avant de pouvoir choisir le soumissionnaire, les pouvoirs publics doivent s'assurer que seules des offres conformes aux prescriptions légales et réglementaires et aux dispositions du cahier des charges entrent en concurrence.

Pour effectuer ce contrôle, l'administration dispose d'un délai qui ne dépasse normalement pas deux mois à compter du jour prévu pour l'ouverture des offres¹, jour qui marque lui-même le dernier délai pour le dépôt des offres des soumissionnaires.²

La vérification des offres débute par la séance d'ouverture des soumissions, opération qui est également la seule étape du processus qui se déroule en public. On verra que seules des vérifications relativement sommaires sont réalisées lors de cette séance publique qui sert à arrêter – à l'issue d'un processus public – la liste des soumissionnaires et le contenu des offres de chacun d'entre eux (§1)

L'article 71 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 prévoit que «*le pouvoir adjudicateur examine et vérifie les dossiers de soumission quant à leur conformité technique et à leur valeur économique, notamment quant au bien-fondé des prix et quant à l'exactitude des calculs*». Ce contrôle est réalisé par l'administration hors la présence des soumissionnaires. Ceux-ci sont cependant informés par écrit de certaines démarches de l'administration et doivent également répondre aux demandes d'informations qui leur sont adressées (§2)

A. La séance publique d'ouverture des offres

6. La première étape menant à l'attribution du marché est l'ouverture des soumissions lors d'une séance dont la date et l'heure sont indiqués dans l'appel d'offres.

Le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 prévoit que «*l'ouverture des soumissions a lieu en séance non publique aux jour et heure fixés. Peuvent y assister les soumissionnaires ou leurs mandataires ainsi qu'un délégué de la Chambre des métiers et de la Chambre de commerce à titre d'observateur*».³

Certaines offres seront écartées dès cette étape.

Il en sera ainsi d'abord des offres qui ne sont parvenues au pouvoir adjudicateur qu'après la date et l'heure fixées pour

¹ Le cahier des charges spécial doit indiquer le délai d'adjudication qui, d'après l'article 46 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, ne peut être supérieur à deux mois à partir l'ouverture de la soumission. Pour les mises en adjudication complexes, le délai peut cependant être prolongé jusqu'à quatre mois.

² Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, article 62

³ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, article 65.

l'ouverture des soumissions. Conformément à l'article 62 du règlement, il n'est pas tenu compte des offres tardives.

Sont également écartées les offres qui ne sont pas présentées sous enveloppe scellée. Le recours à sceau à la cire n'est plus requis, le règlement précisant seulement que «*l'offre doit être enfermée dans une offre dont les rebords principaux ont fermés par tout moyen permettant à l'agent présidant la séance d'ouverture d'en contrôler l'intégrité*».⁴ La technique de fermeture à employer n'est pas précisée. D'après le commentaire de MM. HILGER et PAULY, «*L'agent présidant la séance d'ouverture a l'obligation de contrôler s'il y a présomption que l'enveloppe a été ouverte "ex ante"*».⁵ D'après ces auteurs, une enveloppe fermée à l'aide d'une bande adhésive serait à admettre tandis qu' «*une offre contenue dans une enveloppe à rebord "auto-collant" ne sera pas ouverte, si ce pli peut être ouvert sans laisser de traces sur l'enveloppe*».⁶

La question s'est posée de savoir si une entreprise qui ne s'est procuré un dossier de soumission directement auprès de l'administration mais qui l'a obtenu par le biais d'un tiers, peut valablement participer à une soumission.

Suite au refus d'une telle soumission, le tribunal administratif s'est prononcé en faveur de l'admissibilité de l'offre, l'entreprise ayant fait valoir qu'elle avait fait

retirer le dossier par un mandataire: «*Aucune disposition légale n'impose à un concurrent, agissant par le biais d'un mandataire afin de retirer un dossier de soumission relatif à un appel d'offre auquel il entend participer, de préciser ou de faire préciser respectivement son identité ou la qualité de simple mandataire de la personne qui agit, que ce soit au moment de l'introduction de la demande de délivrance du dossier de soumission ou au moment de la délivrance dudit dossier. – Dans ce contexte, c'est à tort que le délégué du gouvernement entend dégager pareille obligation de l'article 15(13) du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989*», étant donné que si ladite disposition prévoit la tenue d'une liste confidentielle des concurrents qui ont retiré un dossier de soumission, cette liste confidentielle n'est tenue que dans l'intérêt exclusif des soumissionnaires afin de permettre au commettant de fournir, le cas échéant, à chaque concurrent des précisions relatives à l'objet de la soumission et il est erroné d'en dégager une condition de recevabilité de l'offre».⁸

On remarque que le règlement ne prévoit pas la consultation des soumissionnaires présents lors de l'ouverture sur la question de l'admissibilité des offres au regard des exigences découlant de l'article 63. L'agent présidant la séance d'ouverture est seul juge de l'intégrité des enveloppes reçues. Les soumissionnaires présents sont cependant en droit de faire acter leurs observations éventuelles sur le procès-verbal de la séance d'ouverture. MM. HILGER et PAULY rappellent que «*même si des*

⁴ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, article 63.

⁵ Georges HILGER et Claude PAULY, «Vademecum de la nouvelle législation sur les marchés publics». *Revue technique luxembourgeoise*, Octobre-Décembre 2003, p. 207

⁶ Georges HILGER et Claude PAULY, «Vademecum de la nouvelle législation sur les marchés publics». *Revue technique luxembourgeoise*, Octobre-Décembre 2003, p. 207

⁷ L'article 15(13) du règlement grand-ducal du 2 janvier 1989 prévoyait la tenue d'une liste des intéressés ayant retiré un dossier afin de permettre que les éventuelles réponses à des demandes de renseignements puissent être adressées à tous les intéressés.

⁸ Tribunal administratif, 4 avril 2001, nos 12342 et 12343 du rôle.

soumissionnaires le demandent, aucun contrôle de la présence des pièces sollicitées avec l'offre et de la conformité de l'offre n'est permise en séance d'ouverture. Au cas contraire, une avalanche de litiges se déversera sur le pouvoir adjudicateur».⁹

7. La séance d'ouverture des offres n'a pas pour objet une vérification détaillée des documents de soumission. L'objet de la réunion est d'arrêter la liste et le contenu des offres en présence. Ces documents sont marquées comme pièces de soumission¹⁰ et il est donné lecture du prix total des différentes offres.

«Le principe de transparence en matière de marchés publics met le concurrent ou le candidat à l'abri d'agissements déloyaux. C'est dans cet ordre d'idées que les séances d'ouverture des offres, où les résultats des offres sont proclamés, sont accessibles aux soumissionnaires ayant présenté une soumission».¹¹

Comme l'a relevé le tribunal administratif, *«la formalité du marquage des feuilles des bordereaux de soumission et des variantes lors de la séance d'ouverture a pour vocation d'écarter le danger de fraudes consistant en l'altération ultérieure des offres soumises. - Le non-respect de cette formalité n'est pas expressément assorti de la sanction de la nullité de la procédure d'adjudication et elle ne tient pas à l'existence ou à la substance même de l'acte. Cette obligation constitue une prescription supplémentaire tendant à*

garantir la régularité de la procédure d'adjudication et le principe de l'égalité des chances entre les soumissionnaires et son inobservation n'affecte la légalité de la procédure d'adjudication que s'il ressort en outre des éléments du dossier que le jeu de la concurrence a été faussé, c'est-à-dire que les intérêts du maître de l'ouvrage ou des soumissionnaires ont été lésés».¹²

B. La vérification des offres quant à leur forme

8. Bien qu'elle ait déjà fait l'objet d'un premier contrôle au moment de l'ouverture des offres, la régularité formelle des offres est réexaminée par l'administration dans le cadre de l'examen détaillé des offres.

Conformément à l'article 59 du règlement, les offres qui ne respectent pas dispositions formelles du règlement ne sont pas prises en considération.¹³

C. La vérification de la conformité technique

9. Le contrôle de l'administration porte ensuite sur la conformité des fournitures et prestations offertes aux prescriptions du cahier des charges,

Il s'agit pour l'administration de vérifier que les soumissions offertes correspondent bien aux spécifications énoncées dans le cahier des charges. Le cas échéant,

⁹ Georges HILGER et Claude PAULY, «Vademecum de la nouvelle législation sur les marchés publics». *Revue technique luxembourgeoise*, Octobre-Décembre 2003, p. 206

¹⁰ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 67.

¹¹ 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.

¹² Tribunal administratif, 10 juillet 2002, n° 14060 du rôle. Cette décision a été confirmée en appel par un arrêt de la Cour administrative du 16 janvier 2003, n° 15173C du rôle.

¹³ *«Les offres non conformes à l'une ou l'autre des dispositions ci-dessus ne sont pas prises en considération».* (Règlement du 7 juillet 2003, art. 59)

l'administration recours aux services d'experts pour procéder à ce contrôle.¹⁴

a. La vérification de conformité

10. On notera que l'article 71 du règlement ne mentionne que le cahier des charges et non le bordereau des prix¹⁵. Le dispositif est cependant complété par les articles 56 à 59 du règlement qui prévoit que l'administration ne prend pas en compte les soumissions pour lesquelles les bordereaux ne sont pas complètement remplis ou comprennent des altérations.¹⁶

11. Mis à part les erreurs purement arithmétiques qui peuvent être redressées, les erreurs en non-conformités constatées lors de la vérification des offres peuvent entraîner l'élimination du soumissionnaire.¹⁷

Le pouvoir adjudicateur dispose cependant à ce sujet d'un pouvoir d'appréciation. Le tribunal administratif a confirmé que *«s'il est vrai que l'inobservation des normes techniques fixées dans un cahier des charges et l'absence ou l'inexactitude de références peuvent constituer des irrégularités substantielles justifiant le rejet d'une offre. Il est vrai encore qu'à défaut de dispositions légales expresses ou de clauses expresses de nullité, il appartient au commettant d'apprécier l'importance des éventuelles irrégularités. Ceci étant, tant l'existence d'une*

*irrégularité que l'appréciation faite par le pouvoir adjudicateur est soumise au contrôle du juge administratif. Ce dernier, même statuant comme juge de la légalité, est appelé à examiner l'exactitude matérielle des faits et leur adéquation au droit, ce qui comporte, entre autres, l'examen de l'existence d'une non-conformité d'une offre aux exigences du cahier des charges et le contrôle de l'appréciation du degré de gravité de l'irrégularité.»*¹⁸

On peut aussi citer une ordonnance du Président du tribunal administratif rendue sous l'empire de la nouvelle législation dans laquelle le président rejette une demande en suspension au motif *«qu'il n'est pas exclu que le tribunal, dans son appréciation, se livrera à une appréciation de l'importance relative du litigieux non conforme offert (...) par rapport à l'ensemble du marché.»*¹⁹

Une non-conformité mineure n'entraînera donc pas l'élimination du soumissionnaire.

*«Le maître de l'ouvrage peut procéder à une analyse de la conformité des matériels offerts par rapport aux performances fondamentales, légitimement souhaitées par lui, c'est-à-dire examiner si les produits et matériels offerts sont d'une qualité égale à ceux demandés. Ainsi, il est possible de s'écarter de spécifications excessivement précises et d'interpréter les stipulations comme des performances qualitatives et fonctionnelles minimales dans la mesure où elles ont trait à des spécifications qui ont légitimement pu être jugées essentielles.»*²⁰

¹⁴ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, article 71.

¹⁵ *«Les offres qui ne satisfont pas aux conditions du cahier des charges ou dont les prix sont reconnus inacceptables sont éliminés»* (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 71)

¹⁶ *«Il est interdit de changer ou d'ajouter quoi que ce soit au texte ou aux inscriptions des pièces de soumission. (...)»* (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, article 56)

¹⁷ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, article 59 et 71.

¹⁸ Tribunal administratif, 4 octobre 2000, N° 11714 du rôle.

¹⁹ Tribunal administratif (Président), 2 juillet 2004, N° 18056 du rôle

²⁰ Tribunal administratif, 8 mai 2002, n° 13514 du rôle, confirmé par arrêt de la Cour administrative du 28 novembre 2002, n° 14995C du rôle.

12. On peut se demander quels sont les éléments du dossier qui sont pris en compte pour le contrôle de conformité.

En principe, l'article 51 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 définit ce qui constitue l'offre du soumissionnaire : «*en cas de soumission publique et de soumission restreinte avec ou sans publication d'avis, l'offre est en règle générale établie sur le bordereau de soumission. Elle ne contient que a) les indications de prix ; b) les explications exigées dans les pièces de soumission ; c) la formule d'engagement ; d) la signature du soumissionnaire*». La formulation de l'article 51 soulève immédiatement plusieurs questions.

Il est d'abord étonnant de voir que cette disposition énonce qu'il est «en règle générale» l'offre se fait à l'aide du bordereau de soumission, sans cependant indiquer clairement dans quelles hypothèses il est fait exception à cette règle. S'agit-il uniquement de la possibilité, visée à l'article 51(2) d'utiliser un résumé du bordereau ou bien d'autres exceptions au principe sont-elles concevables ?

Il faut ensuite se demander ce qu'il adviendrait dans une situation où le soumissionnaire fournit dans son dossier des explications qui n'étaient pas «exigées dans les pièces de soumission» mais dont l'examen révèle un problème de conformité. Si on prend le texte à la lettre, l'administration ne peut pas en tenir compte : d'après l'article 74(1) du règlement, l'examen ne porte en effet que sur les calculs et documents que les soumissionnaires ont été invités à produire.²¹

²¹ «(1) Si les concurrents ont été invités à joindre à leurs soumissions des calculs justificatifs ou d'autres documents techniques qui permettent d'apprécier la valeur de leur offre, il est examiné si ces pièces sont conformes du point de vue technique et si elles satisfont aux conditions du

On constate aussi que l'article 51 du règlement ne mentionne pas parmi les éléments qui – limitativement²² – composent l'offre, les éventuels échantillons ou modèles que les soumissionnaires sont invités à présenter. Par ordonnance du 2 juillet 2004, le Président du tribunal administratif a cependant estimé qu'«*étant donné que l'article 45 énonce de manière expresse que la remise d'échantillons peut être exigée avec l'offre, et que le délai entre la demande d'offre et l'ouverture de la soumission doit être suffisant pour permettre au soumissionnaire, précisément de réaliser des échantillons à fournir avec l'offre, le concept "d'explications exigées dans les pièces de soumission" doit nécessairement viser également les échantillons à fournir avec l'offre, sous peine d'enlever toute portée à l'article 45.*»²³

13. L'examen de conformité se fait rigoureusement au regard des exigences du cahier des charges.

En témoigne un jugement du tribunal administratif annulant la décision d'un pouvoir adjudicateur qui avait écarté une offre au motif qu'il offrait des conditions de garantie inférieures à celles offertes par d'autres concurrents. «*S'il est vrai que si le cahier spécial des charges prévoit que le choix de l'adjudicataire se fera non seulement suivant l'offre économiquement la plus avantageuse, mais également suivant des critères techniques jugés plus favorables, il est loisible au pouvoir adjudicateur de porter son choix, parmi les trois soumissionnaires proposant les prix les plus bas, sur celui dont les conditions de la garantie offerte lui paraissent les plus*

cahier des charges» (Règlement grand-ducal du 7 août 2003, Article 74(1)).

²² L'article 51(1) indique bien que l'offre «ne contient QUE» les éléments énumérés de a) à d).

²³ Tribunal administratif (Président), 2 juillet 2004, n° 18056 du rôle

*avantageuses, il ne saurait toutefois écarter comme non conforme l'offre d'un soumissionnaire dont elle juge les conditions de garantie moins satisfaisantes que celles offertes par d'autres soumissionnaires, à moins d'avoir libellé des conditions de garantie spécifiques non remplies par le soumissionnaire».*²⁴

14. La loi ne prévoit pas que les soumissionnaires doivent être informées sur les constatations du pouvoir adjudicateur.

Ceci est logique dans la mesure où le soumissionnaire n'a de toute façon pas la possibilité de modifier son offre pour la mettre en conformité. Le règlement énonce en effet qu' «*il n'est pas tenu compte des changements et additions proposés par les soumissionnaires après l'ouverture des soumissions*».²⁵

Le principe d'égalité de traitement interdit par ailleurs toute concertation entre l'administration et les soumissionnaires.

b. La vérification des offres comportant des variantes

15. La vérification de la conformité des offres devient plus complexe si le pouvoir décide de faire usage de la faculté qui lui est accordée par le règlement du 7 juillet 2003, de demander aux soumissionnaires de présenter des variantes ou solutions techniques alternatives.²⁶

²⁴ Tribunal administratif, 7 juin 1999, n^{os} 10676 et 10992 du rôle

²⁵ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, article 77.

²⁶ «*Le pouvoir adjudicateur peut, dans le cahier spécial des charges, soit envisager différentes possibilités d'exécution pour une ou plusieurs positions du bordereau qui doivent alors être spécifiées de façon précise, soit prévoir la possibilité d'admettre des solutions techniques alternatives pour lesquels il fixe les critères auxquels elles doivent répondre. En cas de solutions techniques alternatives, le résultat souhaité de la prestation doit être clairement*

D'après la jurisprudence, «*la notion de variante implique, pour une position du bordereau, l'existence de plusieurs possibilités d'exécution offertes par le soumissionnaire, sinon demandées par le maître d'ouvrage*».²⁷

16. L'article 25 du règlement énonce que si les soumissionnaires sont invités à présenter des variantes, le cahier des charges doit énoncer avec précision quelles sont les différentes possibilités d'exécution ou solutions techniques admissibles.²⁸

Qu'arrivera-t-il si un soumissionnaire propose une variante qui sort du cadre fixé par le cahier des charges et le bordereau. Nous pensons qu'une telle offre *partiellement irrégulière* ne devra pas nécessairement être écartée dans son ensemble. Une telle décision serait disproportionnée; seule la variante irrégulière est à écarter.

Le règlement précise que si le cahier des charges prévoit des variantes, le soumissionnaire peut choisir de ne remettre une offre que pour une des

défini par le cahier des charges». (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, article 25)

²⁷ Tribunal administratif, 15 juillet 2002, n^o 14602 du rôle, confirmé par arrêt de la Cour administrative du 17 décembre 2002, n^o 15303C du rôle.

²⁸ «*Le pouvoir adjudicateur peut, dans le cahier spécial des charges, soit envisager différentes possibilités d'exécution pour une ou plusieurs positions du bordereau qui doivent alors être spécifiées de façon précise, soit prévoir la possibilité d'admettre des solutions techniques alternatives pour lesquelles il fixe les critères auxquels elles doivent répondre. En cas de solutions techniques alternatives, le résultat souhaité de la prestation doit être clairement défini par le cahier spécial des charges*» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 25).

variantes sans courir le risque que son offre soit irrégulière.²⁹

17. D'après la législation luxembourgeoise, le soumissionnaire ne peut proposer des variantes que lorsque le cahier des charges l'y autorise.

Il arrive dans la pratique que des entreprises participant à l'appel d'offres formulent des propositions de variantes alors même que le cahier des charges ne le prévoit pas. Cela n'entraînera pas la nullité de l'offre, pour autant qu'une des variantes soit conforme aux exigences du cahier des charges.

Il s'agit cependant d'un effort inutile de la part du soumissionnaire car si le cahier des charges n'a pas prévu la formulation de variantes, il est interdit à l'administration de les accepter, et ce même s'il est avéré que la variante serait plus avantageuse pour le pouvoir adjudicateur.³⁰

Cette règle s'applique, quelle que soit l'importance de la variation: *«En vertu des principes de la transparence, ainsi que de l'égalité des chances et de traitement des soumissionnaires, aucune offre à variante ne peut être reçue comme telle, quel que soit par ailleurs le degré de non-conformité par rapport aux exigences du cahier des charges, la règle absolue de non admission des variantes posée ne distinguant pas suivant pareil degré»*.³¹

²⁹ *«Il est loisible au soumissionnaire de faire une offre pour toutes les possibilités d'exécution envisagées, ou pour l'une d'elles seulement. Son offre est valable quel que soit le choix opéré entre l'offre de base et la ou les offres variantes et solutions techniques alternatives»*. (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, article 28)

³⁰ *«Des variantes et solutions techniques alternatives non sollicitées, émanant du soumissionnaire, ne sont pas admissibles»* (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 26).

³¹ Tribunal administratif, 11 décembre 2000, n° 9802a du rôle.

18. Curieusement, on trouve dans la section du règlement grand-ducal consacrée à la «vérification des offres» une disposition qui traite en réalité de l'appréciation de la valeur économique des variantes les unes par rapport aux autres.

Il s'agit de l'article 74(3) du règlement qui dispose que *«le pouvoir adjudicateur expose, le cas échéant, dans un rapport détaillé la valeur technique de ces offres ainsi que la répercussion de la valeur technique sur la valeur économique»*. Nous examinerons cette disposition dans la partie de cette étude consacrée au choix de l'adjudicataire.

D. La vérification des prix

19. La loi sur les marchés publics prévoit que le marché doit être attribué au soumissionnaire ayant présenté *l'offre économiquement la plus avantageuse*³²,

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

a. La vérification arithmétique

20. La vérification des prix débute par une vérification de l'exactitude des calculs arithmétiques réalisés par les soumissionnaires.³³ 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

³² Loi du 30 juin 2003, article 11.

³³ Règlement du 7 juillet 2003, Article 72.

synonymes³⁴. 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 chose que la manifestation de l'obligation de bonne foi

³⁴ 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.

et de loyauté qui incombe au pouvoir adjudicateur.»³⁵

21. 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.»³⁶

22. 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.³⁷

³⁵ Tribunal administratif, 21 février 2001, n° 12238 du rôle

³⁶ 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

³⁷ « 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

b. La vérification des prix unitaires

23. 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 ne sera pas en mesure de remplir ses engagements.

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

Au terme de ce contrôle, les offres irréalistes sont écartées.

24. Aux termes de l'article 79 du règlement, «*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 prix, fournitures ou services demandés*».

Il s'agit pour l'administration d'identifier les offres faites à perte. D'après le règlement, «*le prix est considéré comme étant insuffisant si, tous frais déduits, il ne reste plus au soumissionnaire un bénéfice*».³⁸

25. Afin de pouvoir procéder à cette vérification, l'administration peut demander aux soumissionnaires «*la production de tous documents se rapportant à l'établissement des prix*». Par exemple, l'administration pourra demander aux soumissionnaires concernés qu'ils fournissent des documents

sur les conditions auxquelles ils achètent les matières premières et les fournitures auprès de leurs propres fournisseurs.

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. On peut cependant signaler que l'article 85 du règlement charge le pouvoir adjudicateur de vérifier la capacité du soumissionnaire à honorer le contrat. Nous reviendrons sur cette disposition – que nous critiquons vivement – dans la 2^e partie de cette étude (voy. ci-dessous)

26. Le règlement permet également à l'administration de demander au soumissionnaire de fournir une analyse de prix, c'est-à-dire un document expliquant de quelle manière il a établi les prix repris dans son offre.

27. 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.

28. Le pouvoir adjudicateur a par ailleurs toujours la faculté de demander une analyse

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

³⁸ Règlement du 7 juillet 2003, Article 82.

de prix même lorsqu'elle n'est pas obligatoire aux termes de la disposition qui vient d'être exposée.

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».³⁹

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.*»⁴⁰

29. 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 jours.

30. 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 à l'article 13 du règlement⁴¹. 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

³⁹ «*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 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).

⁴⁰ Doc. parl. n° 4635², Avis du Conseil d'État, p. 75.

⁴¹ 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*».

d'outillage, de machines et d'installations spéciaux et g) du taux de majoration pour bénéfice.

31. L'analyse de prix doit permettre à l'administration de vérifier que le soumissionnaire a formulé une offre réaliste.

Si le soumissionnaire ne répond pas, l'administration a la faculté (mais non l'obligation) d'écarter son offre.⁴²

Peuvent également être écartées les offres des soumissionnaires dont les réponses contiennent des indications erronées ou dont les réponses ne suffisent pas à prouver le bien-fondé de leurs prix.

c. Le cas des offres à prix égal

32. Comme la législation sur les marchés publics prévoit que le marché est en principe attribué au moins-disant, l'administration se trouve confrontée à un problème si – à la suite d'une coïncidence – deux ou plusieurs soumissionnaires ont formulé des offres à égalité de prix.

Dans ce cas, les soumissionnaires concernés sont invités par le pouvoir adjudicateur à offrir une diminuées. Une nouvelle séance d'ouverture des offres est organisée pour l'ouverture de ces offres à prix diminués.

Si le pouvoir adjudicateur a des raisons de suspecter que les soumissionnaires se sont concertés, il pourra annuler la procédure.

⁴² Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 82, sub. 1).

2

LES CONDITIONS D'ADMISSION DES ENTREPRISES

33. Pour figurer sur la liste des soumissionnaires susceptibles d'être retenus, le candidat doit avoir soumis une offre régulière en la forme et conforme aux exigences du cahier des charges. Si ce n'est pas le cas, il sera simplement éliminé au cours du processus de vérification que nous avons précédemment examiné.

D'après l'article 88, les contrôle ne s'arrête cependant pas à ce stade. Cet article indique en effet que seuls entrent en compte pour l'adjudication les offres «*qui répondent aux conditions des articles 85 à 87*».⁴³

34. D'après ces articles, un marché public ne peut être attribué qu'à des entreprises:

- qui sont en règle en ce qui concerne leurs obligations de déclaration et de paiement à l'égard des administrations fiscales et des organismes de sécurité sociale (A.);
- qui disposent de toutes les autorisations administratives requises pour l'exécution du marché (B.);
- qui remplissent un certain nombre de critères permettant de considérer qu'elles seront probablement en

mesure d'exécuter convenablement le marché (C.).

35. Il ne s'agit pas de dispositions réellement nouvelles. Les dispositions citées reprennent, avec seulement quelques modifications mineures, les formulations du règlement grand-ducal de 1989.⁴⁴

En ce qui concerne la rédaction des textes, on regrettera que les auteurs du règlement n'aient pas tiré profit de l'élaboration du nouveau texte pour en simplifier la rédaction. Le texte présente en effet un grand nombre de renvois (p.ex. de l'article 88 à l'article 85 puis à l'article 2) et de répétitions qui n'en facilitent pas la lecture.

Il faut également se demander si les critères d'admission visés à l'article 85 du règlement sont compatibles avec le principe de libre concurrence.

A. Le respect des obligations fiscales et sociales

36. Il découle de la lecture conjointe des articles 85 à 88 du règlement grand-ducal que seules des entreprises qui se conforment à leurs obligations de déclaration et de paiement à l'égard des administrations fiscales et des organismes de sécurité sociale peuvent se voir adjudger des marchés publics.

Afin de pouvoir vérifier que cette condition est remplie, le règlement prévoit que l'administration doit demander aux soumissionnaires pressentis des attestations

⁴³ «*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.*» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 88)

⁴⁴ Règlement grand-ducal du 2 janvier 1989.

émanant du Centre commun de la sécurité sociale, de l'Administration des contributions et de l'Administration de l'enregistrement établissant que le soumissionnaire s'est conformé aux dispositions légales et réglementaires en matière de déclarations et qu'ils sont en règle en ce qui concerne les paiements dus à ces organismes.⁴⁵

Alors que la production de certificats des administrations fiscale et sociale était facultative dans le cadre de l'ancienne réglementation, elle est désormais obligatoire. Si une entreprise ne remet pas ces documents avec son offre, l'administration doit les demander en laissant au soumissionnaire un délai de 15 jours pour les produire.

37. En ce qui concerne les soumissionnaires ou sous-traitants qui ne sont pas établis au Grand-Duché de Luxembourg, l'article 86 du règlement exige la production d'attestations émanant des administrations et organismes du pays d'origine et la production d'attestations luxembourgeoises.

Les travaux préparatoires du règlement n'expliquent pas les raisons pour lesquelles les entreprises étrangères doivent verser non seulement des attestations de leur pays

d'origine, mais également des attestations luxembourgeoises.

Si la démarche semble opportune en ce qui concerne les entreprises étrangères qui ont précédemment travaillé au Luxembourg (et peuvent donc avoir été redevables d'obligations en matière de TVA et en matière fiscale), elle surprend en ce qui concerne les entreprises qui s'aventurent pour la première fois sur le marché luxembourgeois. Ces entreprises doivent évidemment déclarer leur activité et s'affilier si elles obtiennent le marché, mais peut-on en faire une condition pour la participation à une soumission? Il nous semble que les libertés communautaires s'y opposent.

Nous constatons d'ailleurs que la Cahier des charges spécial pour les marchés de travaux arrêté par règlement du 8 juillet 2003⁴⁶ n'exige que la production de «*certificats délivrés par les autorités compétentes de l'État membre où l'entrepreneur est établi*», soit moins que ce qu'exige le règlement du 7 juillet 2003.

On notera par ailleurs qu'il n'est pas prévu de prolongation du délai pour les entreprises étrangères. Si elles ne sont pas jointes à l'offre, les attestations devront donc être produites dans les 15 jours de la demande de l'administration.

38. Pour que le soumissionnaire puisse être retenu, il doit résulter des différentes attestations «*qu'au cours du semestre précédant le semestre dans lequel se situe la date de l'ouverture de la soumission, le soumissionnaire s'est conformé aux obligations de déclaration, de paiement d'avances et de principal, à chaque terme*».⁴⁷

⁴⁵ «*Dans le cadre de l'examen prévu à l'article précédent, le pouvoir adjudicateur doit demander au soumissionnaire susceptible d'être déclaré adjudicataire et, le cas échéant, à ses sous-traitants, de lui soumettre dans un délai minimum de 15 jours des attestations établies par : 1) le Centre d'informatique, d'affiliation et de perception des cotisations commun aux institutions de sécurité sociale; 2) l'Administration des contributions directes; 3) l'Administration de l'enregistrement et des domaines, attestations dont il ressort qu'au cours du semestre précédant le semestre dans lequel se situe la date de l'ouverture de la soumission, le soumissionnaire s'est conformé aux obligations de déclaration, de paiement d'avances et de principal, à chaque terme.*» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 86)

⁴⁶ Règlement grand-ducal du 8 juillet 2003, Annexe, Livre I, point 1.9.1. «*Renseignements exigés concernant la situation propre du soumissionnaire*».

⁴⁷ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 68.

39. Si le soumissionnaire est une association momentanée, les certificats doivent être fournis par toutes les entreprises associées. Des attestations doivent également être fournies pour les sous-traitants auxquels le soumissionnaire veut faire appel

Si le soumissionnaire ou le sous-traitant est une entreprise étrangère, il sera invité à produire, en plus des attestations citées ci-dessus, des certificats émanant des administrations fiscales et des établissements d'assurances sociales de son pays d'origine.

B. Les autorisations légalement requises

40. L'article 2 du règlement grand-ducal énonce le principe que *«les travaux, fournitures et services ne peuvent être adjugés qu'aux personnes qui, au jour de l'ouverture de la soumission, remplissent les conditions légales pour s'occuper professionnellement de l'exécution des travaux, de la livraison des fournitures ou de la prestation des services qui font l'objet du contrat»*.⁴⁸

À certains égards, la condition énoncée par cet article (et par l'article 85 qui y renvoie) se recoupe avec celle précédemment énoncée d'après laquelle les entreprises doivent être en règle de déclaration à l'égard des administrations fiscales et organismes de sécurité sociale de son pays. Si l'activité n'est pas déclarée, il s'agit en effet de travail clandestin et l'entreprise ne peut pas être considérée comme remplissant les conditions légales pour son exercice.

Dans de nombreuses branches, l'entreprise doit par ailleurs disposer d'une autorisation d'établissement délivrée en

⁴⁸ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 2

application de la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales.

Dans le domaine des services, l'exercice de certaines professions est également réglementée.

41. Alors que le texte indique de manière détaillée quels sont les documents que le soumissionnaire doit produire pour justifier qu'il est en règle en matière fiscale et sociale, aucune indication n'est fournie sur la manière dont le pouvoir adjudicateur vérifie que le soumissionnaire remplit les autres conditions légales.

C. Les autres conditions d'admissibilité de l'article 85

42. L'article 85 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 prévoit que, *«le choix de l'adjudicataire ne peut se porter que sur des soumissionnaires»* offrant *«des garanties pour une bonne exécution des prestations dans les délais prévus»*.

D'après le texte, les éléments que l'administration doit prendre en compte pour apprécier si une entreprise offre ces garanties sont *«la compétence, l'expérience et les capacités techniques et financières, la situation fiscale et parafiscale, les moyens d'organisation en outillage, matériel et personnel qualifié, le degré d'occupation ainsi que la probité commerciale»* du soumissionnaire.⁴⁹

⁴⁹ *«Le choix de l'adjudicataire ne peut se porter que sur des soumissionnaires qui se trouvent dans les conditions visées à l'article 2 et dont la compétence, l'expérience et les capacités techniques et financières, la situation fiscale et parafiscale, les moyens d'organisation en outillage, matériel et personnel qualifié, le degré d'occupation ainsi que la probité commerciale offrent les garanties pour une bonne exécution des prestations dans les délais prévus. En cas*

43. Il ne s'agit pas d'une disposition nouvelle. En réalité, le texte cité se retrouve à l'identique dans le règlement du 2 juin 1989.⁵⁰

Nous pensons cependant qu'il s'agit d'une disposition extrêmement problématique.

Plusieurs problèmes sautent aux yeux :

44. D'abord, les conditions citées pour qu'un soumissionnaire puisse être retenu («*la compétence, l'expérience et les capacités techniques et financières (...), les moyens d'organisation en outillage, matériel et personnel qualifié, le degré d'occupation ainsi que la probité commerciale (...)*») sont pour la plupart subjectifs. Leur mise en œuvre par l'administration comporte des risques évidents d'arbitraire.

45. Ensuite, il est frappant de voir que les articles 85 et 88 du règlement ne prévoient pas la publication préalable de ces

conditions d'admission que l'administration mettra en œuvre. Or, pour éviter l'arbitraire et maintenir l'égalité de traitement, les conditions de sélection que l'administration mettra en œuvre doivent selon nous obligatoirement être énoncés dans le cahier des charges spécial.

Nous renvoyons à ce sujet à une ordonnance du Président du Tribunal administratif, rendue il est vrai à propos d'un marché européen, qui déclare des «*conditions de sélection, admissibles si, d'une part, elles respectent toutes les conditions pertinentes du droit communautaire, et notamment les interdictions qui découlent des principes consacrés par le traité de Rome et les textes complémentaires en matière de droit d'établissement et de libres prestations de services, en d'autres termes si elles n'ont pas d'incidence discriminatoire à l'égard des soumissionnaires provenant d'autres Etats membres, et d'autre part, si elles sont mentionnées dans l'avis de candidature de manière à ce que les entreprises intéressées puissent en prendre connaissance*».⁵¹

Le cahier spécial des charges «type» arrêté par le règlement du 8 juillet 2003⁵² répond partiellement à cette exigence en énumérant certains documents que les soumissionnaires devront obligatoirement produire «*concernant leur situation personnelle*».⁵³

Le texte ne nous satisfait cependant pas.

d'entreprise générale, les conditions précitées devront également être remplies par les soustraitants» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 85).

⁵⁰ «*Le choix de l'adjudicataire ne peut se porter que sur des soumissionnaires qui se trouvent dans les conditions visées à l'article 1^{er} et dont la compétence, l'expérience et les capacités techniques et financières, la situation fiscale et parafiscale, les moyens d'organisation en outillage, matériel et personnel qualifié, le degré d'occupation ainsi que la probité commerciale offrent les garanties pour une bonne exécution des prestations dans les délais prévus. En cas d'entreprise générale, les conditions précitées devront également être remplies par les soustraitants*» (Règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, Article 32 (3)).

«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.» (Règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, Article 32 (6))

⁵¹ Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 2 mars 1999, N° 11120 du rôle.

⁵² Règlement grand-ducal du 8 juillet 2003 portant institution de cahiers des charges standardisés en matière de marchés publics.

⁵³ Règlement grand-ducal du 8 juillet 2003, Annexe, Livre I, point 1.9.1. «Renseignements exigés concernant la situation propre du soumissionnaire».

D'abord, le modèle de cahier spécial des charges approuvé le 8 juillet 2003 n'est valable que pour les marchés de travaux.

Ensuite, on constate que si le texte renseigne les soumissionnaires sur les documents qui doivent être produits, il passe en revanche en silence les critères selon lesquels l'administration appréciera si le soumissionnaire satisfait aux conditions de «*la compétence, l'expérience et les capacités techniques et financières, la situation fiscale et parafiscale, les moyens d'organisation en outillage, matériel et personnel qualifié, le degré d'occupation ainsi que la probité commerciale*». ⁵⁴

Comme en pratique les conditions particulières ne renseignent souvent pas plus les soumissionnaires à ce sujet, l'appréciation est en définitive laissée à l'arbitraire de l'administration, ce qui nous semble très problématique.

Finalement, il faut observer avec le P^r FLAMME, que le cahier spécial des charges ne s'impose pas au soumissionnaire. «*S'il est vrai qu'avant la passation du contrat, les cahiers généraux des charges ont déjà une certaine force juridique, et même un caractère réglementaire, c'est seulement à l'égard des agents de l'administration concernée, tandis qu'à l'égard des futurs cocontractants ils n'acquerront valeur contractuelle qu'après avoir été expressément adoptés – et donc*

⁵⁴ «*Le choix de l'adjudicataire ne peut se porter que sur des soumissionnaires qui se trouvent dans les conditions visées à l'article 2 et dont la compétence, l'expérience et les capacités techniques et financières, la situation fiscale et parafiscale, les moyens d'organisation en outillage, matériel et personnel qualifié, le degré d'occupation ainsi que la probité commerciale offrent les garanties pour une bonne exécution des prestations dans les délais prévus. En cas d'entreprise générale, les conditions précitées devront également être remplies par les sous-traitants*» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 85).

intégrés – dans la convention». ⁵⁵ Au moment où il est établi, le cahier spécial des charges et les clauses particulières du contrat ne lient que l'administration qui se fixe des règles à elle-même.

46. Il nous semble aussi qu'il y a une contradiction entre l'article 85 du règlement, qui semble admettre que l'administration puisse écarter des entreprises qui ne satisfont pas aux critères cités, et l'article 60 du même texte qui prévoit que les renseignements que les entreprises fournissent à ce sujet ont un caractère simplement indicatif.

L'article 60 du règlement énonce que «*le cahier spécial des charges peut exiger du soumissionnaire la fourniture de données techniques ou économiques sur son entreprise*» ⁵⁶ mais le texte poursuit que «*ces renseignements ont un caractère indicatif*». ⁵⁷

47. À ces problèmes, s'ajoute celui de la légalité douteuse des dispositions citées. La loi du 30 juin 2003 n'énonce-t-elle pas parmi les principes fondamentaux régissant la matière la règle que «*les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre les différents*

⁵⁵ M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruylant, Bruxelles, 1969, t. I, n° 542.

⁵⁶ Règlement grand-ducal du 30 juillet 2003, Article 60.

⁵⁷ Règlement grand-ducal du 30 juillet 2003, Article 60.

Notons néanmoins que si l'entreprise ne fournit pas les renseignements demandés, elle peut se trouver exclue du marché : «*Les renseignements manquants peuvent être complétés sur demande du pouvoir adjudicateur, par lettre recommandée avec accusé de réception, avant l'adjudication et sont alors à fournir par le soumissionnaire, sous peine de l'exclusion de son offre, dans un délai de 15 jours à courir à partir de la réception de la demande y relative*» (Règlement grand-ducal du 30 juillet 2003, Article 60)

entrepreneurs, les différents fournisseurs ou les différents prestataires de services»⁵⁸?

Au cours des travaux préparatoires de la loi, il a été souligné à plusieurs reprises que *«le principe primordial des marchés publics est le recours à la concurrence. Il doit donc être possible à chaque entreprise d'accéder aux commandes publiques moyennant concurrence»*.⁵⁹

Or les articles 85 et 88 du règlement défavorisent manifestement les entreprises nouvellement créées. En outre, ces articles ajoutent des exigences qui ne sont pas prévues par l'article 11 de la loi.⁶⁰

Nous pensons donc qu'il y a un risque de voir les dispositions de l'article 85 du règlement déclarées illégales si la question est un jour débattue en justice.⁶¹

⁵⁸ Loi du 30 juin 2003, Article 4.

⁵⁹ 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.

«Le principe de la mise en concurrence et de l'égalité des chances des candidats et soumissionnaires se reflète pleinement dans les deux procédures qui constituent la règle, à savoir la soumission publique et la soumission restreinte avec publication d'avis» (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.)

⁶⁰ Loi du 30 juin 2003, Article 11. D'après ce même article, «la notion d'offre économiquement la plus avantageuse est définie par un règlement grand-ducal qui institue un cahier général des charges fixant les clauses et conditions des marchés publics à conclure par les pouvoirs adjudicateurs».

⁶¹ Il est vrai que le recours à des conditions de sélection de ce type est admis dans les marchés publics d'envergure soumis aux règles du droit européen. L'ordonnance déjà citée du Président du Tribunal administratif a confirmé que *«les pouvoirs adjudicateurs peuvent subordonner la conclusion des marchés publics à des conditions autres que celles relatives à la vérification de l'aptitude des entrepreneurs sur la base de leur capacité économique, financière et technique»*

48. Au vu de l'agencement actuel des textes, il nous semble que si l'administration veut imposer des conditions du type de celles qui sont visées à l'article 85 du règlement, elle devrait recourir à l'une des formes d'adjudication restreinte, en énonçant clairement les conditions de participation des entreprises.

49. Il reste à observer que si un soumissionnaire ne satisfait pas à l'une des conditions énoncés à l'article 85 du règlement, la sanction que prévoit le texte est que cette entreprise sera écartée de la sélection. Tel est le sens clair de la formule de l'article 85 (*«le choix de l'adjudicataire ne peut se porter que sur des soumissionnaires qui se trouvent dans les conditions visées...»*) et de l'article 88 (*«Parmi les soumissionnaires ayant présenté une offre techniquement au point et répondant aux conditions des articles 85 à 87, le choix se porte...»*): celui qui ne satisfait pas à ses conditions ne peut plus être choisi.

Or en pratique, l'on voit souvent l'administration et les bureaux d'étude reprendre ces conditions parmi les critères sur la base desquels elle établit le classement de l'offre, ce qui est manifestement faux et de nature à fausser le classement des offres.

Le Président du tribunal administratif a admis le bien-fondé de critiques formulées à ce sujet, bien qu'en définitive il semble que dans cette l'erreur commise reste sans incidence sur le classement. D'après cette ordonnance *«s'il paraît que ce soit à bon*

(Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 2 mars 1999, N° 11120 du rôle). Mais le régime des marchés publics soumis au droit européen est fondamentalement différent de celui des marchés purement internes puisqu'il s'agit de transposer des directives européennes. Par ailleurs, on ne manquera pas d'observer que les articles 226 à 235 du règlement grand-ducal sont autrement plus détaillés que ne le sont les articles 85 et 88 du même texte.

droit que l'association momentanée A. soutient que le critère des références et de l'expérience ne sont pas des critères d'attribution du marché mais de sélection des offres admissibles, l'Etat a montré de manière plausible que même en neutralisant ce critère dans l'évaluation des offres respectives, celle émanant de l'association momentanée B. s'est encore classée première.»⁶²

D. Le problème de l'exclusion des marchés publics

50. En droit luxembourgeois, une entreprise peut également être écartée de la participation aux marchés publics à titre de sanction pour des manquements passés.

51. L'article 13 de la loi du 30 juin 2003 habilite le Grand-Duc à prévoir dans le cahier général des charges *«des sanctions qui peuvent être prises envers l'adjudicataire qui ne se conformerait pas aux clauses conventionnelles du marché. Ces sanctions consistent en des amendes, des astreintes, la résiliation du marché ainsi qu'en l'exclusion à temps de la participation aux marchés publics. Les sanctions doivent être adaptées à la nature et à l'importance des marchés. L'amende ne peut pas dépasser vingt pour cent du total de l'offre.»⁶³*

Cette habilitations a été mise en oeuvre par l'article 140 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, qui prévoit que *«le pouvoir adjudicateur peut exclure l'adjudicataire défaillant, pour un temps déterminé, de la participation aux marchés tombant sous ses attributions pour les motifs énoncés à l'article 139».*

Ces motifs sont :

- a) manquement aux conditions du marché adjudgé ou pour non-respect des délais impartis;
- b) faute grave dans l'exécution des marchés;
- c) manque de probité commerciale.

52. La légalité de ces dispositions est cependant mise en doute depuis un arrêt de la Cour constitutionnelle ayant constaté que les dispositions correspondantes de l'ancienne législation sur les marchés publics étaient contraires au principe constitutionnel de la légalité des peines.

L'arrêt, après avoir rappelé que l'article 14 de la Constitution énonce le principe que *«nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi»* constate que *«l'exclusion même à temps de la participation aux marchés publics n'est pas un mode de réparation du préjudice subi par l'inobservation des conditions du cahier des charges mais une peine au sens de l'article 14 de la Constitution».*

Étant donné que de telles peines doivent être fixées par la loi, la démarche du législateur consistant à prévoir cette sanction par le biais des cahiers des charges est déclarée inconstitutionnelle.⁶⁴

53. Bien que l'arrêt cité ait été rendu sous l'empire de l'ancienne législation, on constate que la loi du 30 juin 2003 présente le même défaut que la législation antérieure.

Il est donc probable que si la Cour constitutionnelle était saisie à nouveau à

⁶² Tribunal administratif (Président), 29 juillet 2004, N° 18443 du rôle

⁶³ Loi du 30 juin 2003, Article 13, (1).

⁶⁴ *«Considérant qu'une telle peine ne peut faire l'objet d'un engagement contractuel mais doit être établie par la loi; qu'il s'ensuit que l'article 36,5° de la loi modifiée du 27 juillet 1936 concernant la comptabilité de l'Etat prévoyant, par le biais de cahiers des charges, l'exclusion de la participation aux marchés publics est à déclarer non-conforme à l'article 14 de la Constitution»* (Cour constitutionnelle, arrêt n° 19/04 du 30 janvier 2004, Mém. A, 2004, p. 304)

propos de la nouvelle loi, elle se prononcerait de la même manière.

Notons cependant que les arrêts de la Cour constitutionnelle n'ont pas un effet

absolu. Ils ne s'appliquent toujours que dans l'affaire à propos de laquelle ils ont été rendus.

3

LE CLASSEMENT DES OFFRES

54. Lorsque l'administration s'est assurée que toutes les offres en présence sont en tout point conformes à la législation et au cahier des charges, elle établit un classement afin de déterminer à que soumissionnaire le marché sera attribué.

L'administration doit choisir l'offre la plus avantageuse pour le pouvoir adjudicateur. Comme le rappelaient les auteurs du projet, *«les pouvoirs publics ne disposent pas de disponibilités financières inépuisables leur permettant d'agir en toute liberté concernant les commandes publiques»*.⁶⁵

A. L'offre économiquement la plus avantageuse

55. S'inspirant de près de la réglementation antérieure⁶⁶, la loi énonce que *«les marchés à conclure par soumission publique ou restreinte sont attribués par décision motivée au concurrent ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, laquelle est choisie parmi les*

*trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas.»*⁶⁷

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. Comme l'a exposé un jour le Conseil d'Etat, *«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.»*⁶⁸

a. Les critères d'appréciation

56. Les critères qui peuvent amener les pouvoirs publics à porter leur choix sur la

⁶⁵ 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.

⁶⁶ Comp. : *«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»* (Règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, Article 32 (6))

⁶⁷ Loi du 30 juin 2003, Article 11. D'après ce même article, *«la notion d'offre économiquement la plus avantageuse est définie par un règlement grand-ducal qui institue un cahier général des charges fixant les clauses et conditions des marchés publics à conclure par les pouvoirs adjudicateurs»*.

⁶⁸ 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.

deuxième ou troisième offre la moins coûteuse sont énoncés par le règlement d'exécution de la loi.

Ce texte précise 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.»*⁶⁹

57. Par rapport à la législation antérieure⁷⁰, le texte ajoute la précision que les critères mis en oeuvre 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»*. Il reprend également

une *«citation exemplative de critères susceptibles de définir l'offre économiquement la plus avantageuse pour inciter les pouvoirs adjudicateurs à en faire usage plus fréquemment»*.⁷¹

Comme de par le passé, les critères d'appréciation doivent être fixés à l'avance et indiqués dans le cahier des charges.

*«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.»*⁷²

58. 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»*.

⁶⁹ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 89. Pour les adjudications soumises au droit européen, c'est à l'article 238 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2004 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».

⁷⁰ 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))

⁷¹ 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).

⁷² Tribunal administratif, 9 juin 1997, n° 9332

Cette exigence est nouvelle. 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 commission ad hoc à instituer par le pouvoir adjudicateur, afin de garantir une objectivité accrue*». ⁷³

59. Les critères d'adjudication n'ont pas valeur absolue. Ils serviront uniquement à départager les trois offres les moins chères. Parmi les trois offres les moins chères, le marché sera attribué au soumissionnaire qui, en fonction des critères d'évaluation, a formulé l'offre économiquement la plus avantageuse.

b. La situation en cas de silence du cahier des charges

60. La loi et le règlement n'obligent pas le pouvoir adjudicateur à prévoir des critères d'évaluation spécifiques dans le cahier des charges.

Si aucun critère d'évaluation n'a été énoncé dans le cahier des charges spécial, la détermination de l'offre économiquement la plus favorable se fera essentiellement sur la base du prix.

MM. Hilger et Pauly explique 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». ⁷⁴

Une position tout aussi rigoureuse a été adoptée par le Conseil d'État 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*». ⁷⁵

61. La jurisprudence récente est moins claire.

En témoignent deux décisions récentes du tribunal administratif dont l'une retient qu'en l'absence de critères fixés dans le cahier des charges, l'administration jouirait d'un «*pouvoir d'appréciation discrétionnaire*» ⁷⁶ tandis que l'autre affirme

⁷³ Georges HILGER et Claude PAULY, «Vademecum de la nouvelle législation sur les marchés publics». *Revue technique luxembourgeoise*, Octobre-Décembre 2003, p. 203.

⁷⁴ Georges HILGER et Claude PAULY, «Vademecum de la nouvelle législation sur les marchés publics». *Revue technique luxembourgeoise*, Octobre-Décembre 2003, p. 203.

⁷⁵ 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*»

⁷⁶ «*A 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*» (Tribunal administratif, 27 mai 2002, n° 14018)

tout aussi fermement que «*ce choix n'est pas discrétionnaire*».⁷⁷

La divergence constatée s'explique aisément lorsqu'on examine de plus près les deux décisions. On constate alors que dans la première affaire, où le choix de l'administration a été validé, l'administration (une commune) avait utilisé comme seul critère d'appréciation de la valeur économique le prix des différentes offres. Sans surprise, le tribunal administratif confirme dans son jugement que «*le montant des offres est un critère de sélection objectif*»⁷⁸ 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.*»⁷⁹

Dans l'autre affaire, l'administration avait adopté le point de vue, difficilement défendable, que la loi l'autorisait à choisir arbitrairement parmi les trois offres les moins chères, d'où l'annulation par le juge administration.

62. Il semble en réalité que les juges du tribunal administratif souhaitent se réserver la faculté d'apprécier, au regard de chaque affaire concrète, si les critères d'appréciation mis en œuvre par l'administration sont objectifs et pertinents.

⁷⁷ «*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)

⁷⁸ Tribunal administratif, 27 mai 2002, n° 14018

⁷⁹ Tribunal administratif, 27 mai 2002, n° 14018

En témoigne un jugement récent qui confirme que «*si le cahier spécial des charges prévoit que le choix de l'adjudicataire se fera non seulement suivant l'offre économiquement la plus avantageuse, mais également suivant des critères techniques jugés plus favorables, il est loisible au pouvoir adjudicateur de porter son choix, parmi les trois soumissionnaires proposant les prix les plus bas, sur celui dont les conditions de la garantie offerte lui paraissent les plus avantageuses*»⁸⁰

B. Le cahier des charges prévoit-il d'autres critères de classement?

63. Au regard de ce qui vient d'être expliqué, la question que nous posons dans ce paragraphe peut paraître saugrenue: Le règlement ne précise-t-il pas clairement que seuls les critères d'appréciations énoncés dans le cahier des charges peuvent être retenus?

Elle doit néanmoins être posée en raison de deux dispositions du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 qui survivent du précédent cahier des charges général.

- L'article 88 du règlement, qui énonce que l'adjudicataire doit être choisi «*parmi les soumissionnaires ayant présenté une offre techniquement au point*».⁸¹
- L'article 74 du règlement, qui prévoit que «*le pouvoir adjudicateur expose, le cas échéant, dans un*

⁸⁰ Tribunal administratif, 7 juin 1999, n°s 10676 et 10992 du rôle

⁸¹ «*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.*» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 88)

rapport détaillé la valeur technique de ces offres ainsi que la répercussion de la valeur technique sur la valeur économique», relève en effet davantage de l'appréciation et du classement des offres puisqu'il s'agit de déterminer la valeur économique des différentes variantes.

On constate immédiatement que, ni l'une, ni l'autre de ces dispositions n'indique quels sont les critères que l'administration doit mettre en œuvre lorsqu'elle procède aux examens prescrits

a. L'exigence d'une offre qui soit techniquement au point»

64. L'article 88 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 reprend pratiquement à la lettre l'ancien article 32 (6) du règlement grand-ducal de 1989.⁸² La formule y employée d'*«offre techniquement au point»* ne se retrouve dans aucun autre article de la loi ou du règlement.

Que signifie cette formule?

L'exigence d'une offre «techniquement au point», vise-t-elle autre chose que la vérification de la conformité aux prescriptions techniques du cahier des charges et du bordereau dont il a été précédemment question? L'administration pourrait-elle par exemple écarter une offre qui fait usage d'une nouvelle technologie parce qu'elle considère que cette nouvelle technologie n'est «pas au point»?

Nous pensons qu'il ne peut pas y avoir d'autres critères techniques que ceux qui sont énoncés dans le cahier des charges spécial et le bordereau. Il appartient à ceux qui sont chargés de la rédaction de ce document de clarifier leurs préférences techniques. L'article 88 du règlement ne peut servir à écarter un candidat dont la proposition «ne convient pas» pour une raison qui n'avait pas été annoncée au préalable. Décider le contraire irait à l'encontre du principe d'égalité.

Ou bien cette exigence ne s'applique-t-elle que si les soumissionnaires ont été invités à proposer des variantes. Dans ce cas, en effet, l'administration doit au vœu de l'article 74 du règlement examiner la «valeur technique» des différentes variantes ce qui, dans le langage courant, pour l'amener à écarter une variante parce qu'elle n'est pas techniquement au point.

b. Le classement des offres contenant des variantes

65. L'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse se complique évidemment lorsque le cahier des charges spécial demande aux soumissionnaires de proposer des variantes.

L'article 74 du règlement grand-ducal énonce que *«le pouvoir adjudicateur expose, le cas échéant, dans un rapport détaillé la valeur technique de ces offres ainsi que la répercussion de la valeur technique sur la valeur économique»*.⁸³

⁸² «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» (Règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, Article 32 (6))

⁸³ Comp. : «Si les concurrents ont été invités à joindre à leurs soumissions des calculs justificatifs ou d'autres documents techniques qui permettent d'apprécier la valeur de leur offre, il est examiné si ces pièces sont conformes du point de vue technique et si elles satisfont aux conditions du cahier des charges. S'il s'agit de variantes, il est indispensable que celles-ci soient faites sous forme d'offres détaillées. Le commettant expose, le cas échéant, dans un rapport détaillé la valeur technique de ces offres ainsi que la

66. L'article 25 du règlement prévoit que lorsque le cahier des charges permet aux soumissionnaires de proposer des variantes, doit spécifier de façon précise les différentes possibilités d'exécution et fixer les critères auxquels les différents solutions techniques doivent répondre.⁸⁴ Les critères d'appréciation de la *valeur technique* des variantes doivent donc être précisés dans le cahier des charges.

L'article 27 du règlement précise que «*si des variantes et des solutions techniques alternatives sont sollicitées par le pouvoir adjudicateur, le bordereau de soumission prévoira des prix totaux et des prix unitaires pour chaque éventualité*».⁸⁵

67. En revanche, aucun texte n'indique clairement quels sont les critères que l'administration doit utiliser lorsqu'elle se

prononce sur la *répercussion de la valeur technique sur la valeur économique*.

Par référence au principe énoncé à l'article 89 du règlement, seuls les critères énoncés dans le cahier des charges spécial peuvent entrer en ligne de compte.⁸⁶ En effet, l'article 29 du règlement renvoie à l'article 89: «*Lorsque le cahier spécial des charges prévoit des variantes et des solutions techniques alternatives, le résultat de la soumission est établi par classement unique de toutes les offres reçues et le choix de l'adjudicataire doit se faire conformément aux dispositions de l'article 89*».⁸⁷

Nous pensons donc qu'un cahier des charges permettant aux soumissionnaires de

répercussion de la valeur technique sur la valeur économique. Les concurrents sont à informer des conclusions de ce rapport.» (Règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, Article 30 (12))

⁸⁴ «*Le pouvoir adjudicateur peut, dans le cahier spécial des charges, soit envisager différentes possibilités d'exécution pour une ou plusieurs positions du bordereau qui doivent alors être spécifiées de façon précise, soit prévoir la possibilité d'admettre des solutions techniques alternatives pour lesquelles il fixe les critères auxquels elles doivent répondre. En cas de solutions techniques alternatives, le résultat souhaité de la prestation doit être clairement défini par le cahier spécial des charges*» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 25).

Relevons que la syntaxe de la première branche de l'article 25 n'est pas univoque. Nous avons choisi de retenir une interprétation dans laquelle ce sont les «possibilités d'exécution» et non les «positions du bordereau» qui «doivent être spécifiées de façon précise». Il nous semble en effet évident que le pouvoir adjudicateur doit indiquer clairement pour quelles positions du bordereau il souhaite recevoir des propositions de variantes.

⁸⁵ Règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, Article 27.

⁸⁶ «*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 technique avec le marché en cause*» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, article 89).

La base légale de ce texte est l'article 11 de la loi qui dispose que «*la notion d'offre économiquement la plus avantageuse est définie par un règlement grand-ducal qui institue un cahier général des charges fixant les clauses et conditions des marchés à conclure par les pouvoirs adjudicateurs*» (Loi du 30 juin 2003, art. 11, al. 2)

Voy. aussi l'article 29 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 qui dispose que «*lorsque le cahier spécial des charges prévoit des variantes et des solutions techniques alternatives, le résultat de la soumission est établi par classement unique de toutes les offres reçues et le choix de l'adjudicataire doit se faire conformément aux dispositions de l'article 89*».

⁸⁷ Règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, Article 29.

proposer des variantes et des solutions techniques alternatives doit nécessairement comporter l'énoncé des critères selon lesquels l'offre économiquement la plus avantageuse sera déterminée. Si de tels critères font défaut, seule le prix offert peut entrer en ligne de compte.

Cette opinion rejoint celle de MM. Hilger et Pauly qui rappellent l'invitation faite aux soumissionnaires de proposer des variantes doit, logiquement, s'accompagner de la désignation dans le cahier des charges de critères de sélection qualitatifs. Bien que la législation ne l'interdise pas, *«il est aberrant de demander pour des offres, dont l'adjudication se fait au prix le moins-disant, des variantes, si celles-ci, de par leur prix, s'éloignent de l'offre de base, car la nouvelle réglementation maintient toujours le principe du classement unique, offres de base et variantes confondues»*.⁸⁸

Nous pensons que si le cahier des charges n'indique pas de critères d'appréciation qualitative, le pouvoirs adjudicateur ne pourra pas se prononcer sur *la répercussion de la valeur technique sur la valeur économique*.

⁸⁸ Georges HILGER et Claude PAULY, «Vademecum de la nouvelle législation sur les marchés publics». *Revue technique luxembourgeoise*, Octobre-Décembre 2003, p. 206

L'ADJUDICATION ET LA PASSATION DU CONTRAT

68. 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

69. 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*». ⁸⁹

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*». ⁹⁰

70. 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.» ⁹¹

71. 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 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*

⁸⁹ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 84.

⁹⁰ Règlement grand-ducal du 2 janvier 1989, Article 32 (1)

⁹¹ Tribunal administratif (Président), 29 juillet 2004, N° 18443 du rôle

*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.»*⁹²

B. Le délai d'adjudication

72. 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^{er} 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 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. La signature du contrat

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

⁹² Tribunal administratif (Président), 29 juillet 2004, N° 18443 du rôle

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.

74. 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.⁹³ §

D. L'annulation du marché

75. En principe, une fois la procédure d'appel d'offres lancée, le marché doit être passé. L'article 83(1) du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 énonce que «*les marchés par adjudication comportent obligatoirement l'attribution du marché s'il a été reçu au moins une soumission répondant aux conditions de l'adjudication*».⁹⁴

Permettre à l'administration d'annuler la procédure à son gré comporterait en effet un risque de distorsion de la concurrence.

La mise en adjudication ne peut être annulée que l'un des cas énoncés à l'article 91 du règlement:

- 1) si aucune des offres ne répond aux conditions prescrites ou si le pouvoir

adjudicateur a considéré la soumission comme n'ayant pas donné de résultat satisfaisant. Dans ce dernier cas, le pouvoir adjudicateur doit prendre, préalablement à l'annulation, l'avis de la Commission des soumissions;

- 2) s'il est établi que les soumissionnaires, au mépris de l'honnêteté commerciale, se sont concertés pour établir leur prix;
- 3) si, à la suite de circonstances imprévues, les bases d'adjudication ont subi des changements substantiels;
- 4) si toutes les offres susceptibles d'être acceptées ont été retirées à l'expiration du délai d'adjudication;
- 5) s'il a été reconnu que des erreurs substantielles sont contenues dans le dossier de soumission ou que des irrégularités d'une influence décisive ont été constatées au sujet de l'établissement des offres;
- 6) s'il est établi que des tiers ont entravé ou troublé la liberté des soumissionnaires par violence ou par menaces soit avant, soit pendant les soumissions.

De manière étonnante, les auteurs du règlement ont choisi de préciser que la liste fournie à l'article 91 n'est qu'indicative et qu'il peut y avoir «*d'autres causes de nullité*».⁹⁵

Il y a en effet une contradiction manifeste entre l'énoncé de l'article 83 qui veut que «*les marchés par adjudication comportent obligatoirement l'attribution du marché*» et celui de l'article 91 qui accorde au pouvoir

⁹³ 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.*»

⁹⁴ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 83.

⁹⁵ «*Sans préjudice d'autres causes de nullité, une mise en adjudication peut être annulée pour les motifs suivants*» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 91, al. 1^{er}).

adjudicateur un pouvoir illimité d'annuler la mise en adjudication.⁹⁶

On rétorquera que la décision du pouvoir adjudicateur ne risque pas d'être arbitraire puisqu'elle doit être motivée et que l'avis de la Commission des soumissions doit obligatoirement être recueilli avant une telle décision⁹⁷. Il n'en reste pas moins que les pouvoirs de contrôle du juge sur les motifs d'une telle décision sont singulièrement limités par la nature du recours (en annulation) admis en la matière.

76. D'après la jurisprudence acquise sous l'empire de l'ancienne législation, «*en matière de renonciation à une adjudication, mise à part l'exigence d'une décision dûment motivée par le gouvernement en conseil comme préalable à la décision de renonciation à l'adjudication par le ministre des Travaux publics, d'autres règles protectrices de l'administré ne sont pas prévues, de sorte qu'il y a lieu de suivre l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la motivation de la décision de renonciation. S'agissant d'une décision modificative d'une décision antérieure, elle doit formellement indiquer les motifs par l'énoncé au moins sommaire de la cause juridique qui lui sert de fondement et les circonstances de fait à sa base. Même si une décision de mise en*

adjudication n'est pas de nature à avoir créé ou reconnu en tant que telle des droits à un soumissionnaire et si la renonciation n'est pas à considérer comme révocation voire modification d'office pour l'avenir de pareille décision, il n'en reste pas moins que la décision de renonciation rentre sous le qualificatif de celle par laquelle l'autorité se propose de prendre une décision en dehors d'une initiative de la partie concernée. L'autorité est partant tenue d'informer de son intention le soumissionnaire évincé en lui communiquant les éléments de fait et de droit qui l'amènent à agir. Cette communication se fait par lettre recommandée, un délai d'au moins huit jours devant être accordé à la partie concernée pour présenter ses observations.»⁹⁸

⁹⁶ «*Une mise en adjudication peut être annulée pour les motifs prévus à l'article 91*» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 83(3)).

Voir aussi : «*Cette énumération est exemplative, c'est-à-dire elle est sans préjudice d'autres éventuelles circonstances d'annuler une mise en adjudication*» (Georges HILGER et Claude PAULY, «Vade-mecum de la nouvelle législation sur les marchés publics». Revue technique luxembourgeoise, Octobre-Décembre 2003, p. 208).

⁹⁷ «*Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut renoncer à une adjudication par décision motivée. La Commission des soumissions doit, dans ce cas, être préalablement entendue en son avis*» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 83(2)).

⁹⁸ Tribunal administratif, 25 mars 1998, n° 9713 du rôle

5

LES POUVOIRS DU JUGE

77. La nouvelle loi sur les marchés publics n'a pas introduit de nouvelles procédures judiciaires, le législateur ayant estimé que les voies de recours existantes – devant le tribunal administratif notamment – étaient suffisantes. «*Si un concurrent s'aperçoit que le pouvoir adjudicateur ne respecte pas les dispositions légales, des moyens de recours gracieux (Commission des Soumissions) ou juridictionnels (juridictions administratives) lui sont accessibles*». ⁹⁹

A. Recours contre le cahier des charges

78. La jurisprudence administrative luxembourgeoise considère que le cahier des charges est un acte administratif susceptible, en tant que tel, de faire l'objet d'un recours en annulation.

Aux termes de l'article 21 du règlement, le recours n'est cependant possible que si l'adjudicataire a saisi le pouvoir adjudicateur d'une réclamation avant de saisir le juge administratif. ¹⁰⁰

Il nous semble que la légalité de cet article doit être sujette à caution alors que le législateur n'a pas habilité le grand-duc à arrêter des règles en matière d'organisation de la justice administrative.

79. D'après un arrêt de la Cour administrative, *l'établissement unilatéral du cahier des charges spécial est un acte administratif détachable du contrat proprement dit. Cet acte, ayant ses règles propres, est susceptible de faire grief dès avant la phase de l'adjudication à des soumissionnaires potentiels. Il doit pouvoir être attaqué dès que ses stipulations sont connues par tout intéressé devant le juge normal de la légalité des actes administratifs auquel il appartient de vérifier si, déjà à ce stade de la procédure, il ne viole pas le principe de l'égalité devant les services publics par des discriminations de nature à favoriser certains soumissionnaires.* ¹⁰¹

Il s'agit d'une décision qui mérite d'être relevée, car l'on aurait également pu considérer le cahier des charges comme étant un *acte préparatoire*, auquel cas le recours aurait été prématuré. Suivant une décision, «*échappent au recours contentieux les actes préparatoires qui ne font que*

⁹⁹ 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.

¹⁰⁰ «*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)

¹⁰¹ Cour administrative, 18 mars 1999, N° 10944C du rôle. D'après le même arrêt, «*les reproches qui peuvent être formulés à l'égard des clauses d'un cahier spécial des charges dès avant l'adjudication ne sauraient viser que des éléments faisant en eux-mêmes grief par le caractère discriminatoire qui leur est inhérent. Tel n'est pas le cas si les données fixées par le cahier spécial des charges ne font qu'indiquer les critères entrant en ligne de compte pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse*».

*préparer la décision finale et qui constituent des étapes dans la procédure d'élaboration de celle-ci».*¹⁰²

Il faut dire que l'arrêt cité n'envisage que l'hypothèse où le cahier des charges est rédigé de telle manière que certains soumissionnaires sont favorisés. Dans cette hypothèse, on peut effectivement considérer que la décision faisant grief est déjà prise puisque – par hypothèse – l'entreprise qui saisit le juge se voit exclue du marché.

Suivant une autre décision, *«pour pouvoir prospérer dans la demande d'annulation d'une soumission pour cause de stipulations discriminatoires, le soumissionnaire évincé doit établir que les spécifications techniques sont indiquées avec un degré de précision tel qu'une marque est pour ainsi dire désignée, à l'exclusion de solutions et marques différentes.»*¹⁰³

Une défaillance du cahier des charges qui ne cause pas grief ne serait pas de nature à entraîner son annulation.

80. La question s'est également posée de savoir si le cahier des charges est à considérer comme une décision à caractère individuel ou un acte réglementaire.

La distinction entre ces deux types d'actes n'a plus, aujourd'hui, l'importance qu'elle avait avant les réformes de 1996 et 1999, lorsque seuls les actes individuels étaient susceptibles de faire l'objet d'un recours devant le juge administratif.

Néanmoins, des différences importantes subsistent. On peut relever notamment:

- Le législateur sur procédure administrative non contentieuse ne s'applique qu'aux actes administratifs unilatéraux

- Lorsqu'ils sont saisis d'un recours contre un acte réglementaire, les juges administratifs statuent toujours dans le cadre d'un *contentieux de pure légalité*.
- La compétence du Président du tribunal administratif de prendre des mesures de sauvegarde n'existe que lorsque l'acte est une décision individuelle..

D'après un arrêt de la Cour administrative de 1999¹⁰⁴ qui fait jurisprudence, le cahier des charges est *en principe* à considérer comme un acte réglementaire dans la mesure où il énonce des dispositions générales et impersonnelles susceptibles de s'appliquer à un nombre indéterminé de personnes (puisqu'au moment de son élaboration, le pouvoir adjudicateur ne sait pas quelles sont les entreprises qui répondront à l'appel d'offres).

Exceptionnellement, le cahier des charges peut néanmoins être considéré comme une décision individuelle. Comme en témoigne une ordonnance récente du Président du tribunal administratif, ce sera le cas lorsque le cahier des charges ne vise qu'un nombre déterminé de personnes.

Cette hypothèse se présente dans les procédures de soumissions prévoyant une présélection des soumissionnaires.

D'après le Président *«l'arrêt (du 18 mars 1999) retient effectivement que pour*

¹⁰² Cour administrative 22-1-98 (9647C, 9759C, 10080C, 10276C, Mousel-Lafleur)

¹⁰³ Tribunal administratif, 23 septembre 2002, n° 14480 du rôle.

¹⁰⁴ *«Quant au caractère réglementaire ou non de l'acte attaqué il s'impose de distinguer entre la spécialité des conditions fixées par le cahier des charges quant à l'objet du contrat et la généralité du cercle des personnes concernées par ces conditions. Si les conditions fixées par le cahier des charges affectent la situation d'un nombre indéfini de soumissionnaires potentiels par des dispositions générales et impersonnelles s'appliquant à des personnes non individuellement désignées, l'acte rentre sous cet aspect dans la définition de l'acte à caractère réglementaire»* (Cour administrative, 18 mars 1999, n° 10944C du rôle).

déterminer si le cahier des charges d'un marché public constitue un acte réglementaire, il y a lieu de distinguer entre la spécialité des conditions fixées par le cahier des charges quant à l'objet du contrat et la généralité du cercle des personnes concernées par ces conditions. Si les conditions fixées par le cahier des charges affectent la situation d'un nombre indéfini de soumissionnaires potentiels par des dispositions générales et impersonnelles s'appliquant à des personnes non individuellement désignées, l'acte rentre sous cet aspect dans la définition de l'acte à caractère réglementaire.

Il faut en déduire, a contrario, que lorsque, comme en l'espèce, le cahier des charges est de nature à affecter un nombre déterminé de personnes, à savoir, les cinq imprimeurs sollicités dans le cadre de la soumission restreinte sans publication d'avis, il constitue un acte administratif concernant individuellement les cinq entreprises sollicitées, qui pourrait donner lieu, dans le cadre d'un recours contentieux, à l'octroi d'une mesure de sauvegarde, conformément à l'article 12 de la loi modifiée du 21 juin 1999, précitée.»¹⁰⁵

81. Une des questions qui se posent, est celle de savoir si le soumissionnaire qui n'a pas réclamé contre un cahier des charges peut encore le critiquer si, candidat évincé, il décide d'introduire un recours dans la suite.

Saisi d'un recours en suspension introduit par un soumissionnaire qui affirmait avoir été induit en erreur par les énonciations confuses d'un bordereau, le Président du tribunal administratif estima «*qu'eu égard aux dispositions de l'article 21 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 précité portant que "le soumissionnaire qui constaterait dans le dossier de soumissions des ambiguïtés, erreurs ou omissions, est*

tenu sous peine d'irrecevabilité, de les signaler par lettre recommandée au pouvoir adjudicateur au moins sept jours avant l'ouverture de la soumission, à moins que le cahier spécial des charges ne stipule un délai plus long", le soussigné est amené à retenir, en l'état suivant les éléments du dossier actuellement fournis, que l'ensemble des moyens ayant trait à l'annulation sollicitée du bordereau initial sur base de l'article 91(5) dudit règlement grand-ducal n'apparaît pas comme sérieux au stade actuel de l'instruction.»¹⁰⁶

Un jugement du tribunal administratif du 10 décembre 2001 a cependant retenu que «*dans le cadre d'un recours contre une décision prise sur base et en application du dossier de soumission, les ambiguïtés, erreurs ou omissions et spécialement celles ayant trait aux conditions de la soumission qui entrent en ligne de compte pour l'attribution du marché, ne sauraient être ignorées*» alors même que le soumissionnaire avait, dans cette affaire, omis de saisir le pouvoir adjudicateur avant l'ouverture de la soumission.¹⁰⁷

B. Recours contre la décision d'adjudication

a. Recours gracieux

82. En droit administratif luxembourgeois, l'administré visé par une décision administrative qui lui cause grief dispose toujours de la possibilité d'exercer un recours gracieux.

Ce terme désigne la réclamation que l'administré adresse à l'auteur de la décision administrative individuelle ou au

¹⁰⁵ Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 28 octobre 2004, n° 18766 du rôle.

¹⁰⁶ Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 29 juin 2004, n° 18238 du rôle

¹⁰⁷ Tribunal administratif, 10 décembre 2001, n° 12238 du rôle.

supérieur de celui-ci en lui demandant de reconsidérer sa décision.

La loi luxembourgeoise attache certains effets juridiques à l'introduction d'une telle réclamation, notamment celui de prolonger le délai pendant lequel le réclamant peut saisir le tribunal administratif.

83. L'adjudicataire évincé a la possibilité de former un tel recours gracieux lorsque la décision de non adjudication lui est notifiée conformément à l'article 90(2) du règlement.

L'introduction d'un recours gracieux ne présente cependant guère d'intérêt dans la matière des marchés publics, car aucune disposition de la loi ou du règlement n'oblige le pouvoir adjudicateur de garder en suspens l'exécution de la décision d'adjudication pendant le temps nécessaire au réexamen du dossier suite à la réclamation.

Comme la jurisprudence du président du tribunal administratif va par ailleurs dans le sens que seul un recours introduit dans le délai de 15 jours suivant la notification de la décision est susceptible de donner lieu à une suspension du marché (voyez ci-après), l'introduction d'un recours gracieux est matériellement impossible puisque les juridictions contentieuses doivent être saisies séance tenante.

b. Recours devant la Commission des soumissions

84. L'article 16 de la loi du 30 juin 2003 confirme l'existence d'une commission des soumissions, instituée auprès du ministre des Travaux publics. Cette commission est composée paritairement de représentants des pouvoirs adjudicateurs et de représentants des entreprises.

85. Parmi les missions que la loi attribue à cette commission figure celle d'«instruire les réclamations».

Aux termes de l'article 146 du règlement, la commission peut être saisie d'une

réclamation par le pouvoir adjudicateur ou par un soumissionnaire, mais aussi par une chambre professionnelle.¹⁰⁸

Il faut préciser que la commission n'est compétente que pour examiner des réclamations concernant la procédure de passation du marché. Les litiges relatifs à l'exécution des contrats relèvent exclusivement de la compétence des juridictions judiciaires.

86. La commission des soumissions n'est pas une juridiction. Elle ne tranche pas les contestations mais recherche une solution amiable.

«On peut dire que la Commission des Soumissions constitue un outil pratique à la disposition tant des pouvoirs adjudicateurs que des candidats ou des soumissionnaires. Dans le stade avant l'adjudication, la consultation de cet organe évite des litiges inutiles devant les juridictions administratives.»¹⁰⁹

c. Saisine du médiateur

87. Avec l'adoption de la loi du 22 août 2003,¹¹⁰ le Grand-Duché de Luxembourg

¹⁰⁸ «La Commission des soumissions instruit les réclamations qui lui sont adressées soit par le pouvoir adjudicateur, soit par le soumissionnaire, soit par une chambre professionnelle intéressée.» (Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, Article 146(3))

¹⁰⁹ Georges HILGER et Claude PAULY, «Vademecum de la nouvelle législation sur les marchés publics». Revue technique luxembourgeoise, Octobre-Décembre 2003, n° III.22.3

¹¹⁰ Loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, *Mém A.*, 2003, p. 2654

Le texte est issu du projet de loi relative à la mise en place d'un médiateur au Luxembourg, *Doc. Parl.* n° 4832, déposé par le gouvernement en 2001. L'idée de mettre en place un tel intermédiaire auquel les administrés pourraient s'adresser s'ils ont des problèmes avec l'administration avait déjà été examinée dans un projet de loi proposant l'institution d'un

s'est doté de l'institution d'un médiateur, rattaché à la Chambre des Députés.

Aux termes de cette loi, «*le médiateur a pour mission de recevoir, dans les conditions fixées par la présente loi, les réclamations des (administrés) formulées à l'occasion d'une affaire qui les concerne, relatives au fonctionnement des administrations de l'Etat et des communes, ainsi que des établissements publics relevant de l'Etat et des communes, à l'exclusion de leurs activités industrielles, financières et commerciales.*»¹¹¹

L'administré peut saisir le médiateur dès lors qu'il rencontre des difficultés avec une administration de l'État ou un établissement public. En ce qui concerne ces derniers, le texte précise cependant que le médiateur ne peut intervenir que si l'établissement intervient comme *service public administratif* au sens strict.

88. Les moyens d'actions du médiateur sont limités.

Aux termes de l'article 4 de la loi, sa mission consiste à *conseiller* le réclamant et l'administration et à leur *suggérer* des «*recommandations (...) qui lui paraissent de nature à permettre un règlement à l'amiable de la réclamation dont il est saisi*». ¹¹²

S'il estime que la décision incriminée aboutit à une situation injuste¹¹³ le médiateur peut «*recommander, dans le respect des dispositions législatives et*

réglementaires, au service mis en cause toute solution permettant de régler en équité la situation du réclamant». ¹¹⁴ L'hypothèse visée doit être celle d'une décision en tous points légale, mais qui apparaît inéquitable en fonction des circonstances qui l'entourent, notamment parce que les dispositions légales et réglementaires existantes permettent une décision plus favorable aux droits de l'administré. ¹¹⁵ En pareilles circonstances, le recours aux services du médiateur peut apporter un réel recours à l'administré, là où une action judiciaire serait selon toute probabilité vouée à l'échec.

Par ailleurs, le médiateur peut formuler «*des propositions visant à améliorer le fonctionnement du service visé.*» ¹¹⁶ et «*suggérer les modifications qu'il lui paraît opportun d'apporter aux textes législatifs ou réglementaires qui sont à la base de la décision*». ¹¹⁷ Cette faculté n'existe

Commissaire général au contrôle de la gestion administrative de l'Etat et des Communes (Projet de loi n° 2060, déposé en 1976), projet qui n'a cependant jamais abouti.

¹¹¹ Loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, Article 1^{er}

¹¹² Loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, Article 4

¹¹³ L'article 4 de la loi parle d'«iniquité», terme qu'il faut prendre au sens de «caractère de ce qui est injuste».

¹¹⁴ Loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, Article 4

¹¹⁵ «*Le paragraphe 2 vise les situations où l'application d'un texte législatif ou réglementaire peut mener à une iniquité aux dépens du citoyen. Celle-ci peut résulter de l'interprétation des textes tout comme de la rédaction des textes. Le médiateur, dans la recherche d'une solution acceptable pour les deux parties, peut donc prendre en considération le principe d'équité. Dans la mesure où il existe une marge d'appréciation, du moins une latitude dans l'interprétation de la règle, il fera valoir dans sa médiation une solution équitable. Le Conseil d'Etat doit insister sur le fait que le médiateur ne pourra en aucune manière modifier ou ignorer la règle en vigueur. Toutefois, il peut accepter que le médiateur ait la possibilité de proposer une modification de la règle de droit s'il s'avère que cette dernière est à la base de la situation inéquitable.*» (Conseil d'État, Avis du 11 février 2003 sur le projet de loi n° 4832 relatif à la mise en place d'un médiateur au Luxembourg.)

¹¹⁶ Loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, Article 4

¹¹⁷ Loi du 22 août 2003 instituant un médiateur, Article 4

cependant que dans le cadre d'une réclamation dont il se trouve saisi.¹¹⁸

89. L'intérêt de l'institution du médiateur dans le domaine des marchés publics est limité, car il ne se voit investir d'aucun pouvoir de décision à l'encontre des administrations et établissements publics.

La mission de bons offices du médiateur ne pourra que rarement aboutir en raison des délais très brefs endéans lesquels un éventuel recours contentieux doit être introduit pour avoir des chances d'aboutir..

d. Recours au fond devant le Tribunal administratif

90. La décision d'attribution du marché est une décision administrative individuelle susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation devant le tribunal administratif.

Le recours peut être introduit dans le délai de trois mois à compter du moment où l'adjudicataire évincé a été informé de la décision par la notification prévue à l'article 90(2).

Notons qu'en application de la législation sur la procédure administrative non contentieuse¹¹⁹, ce délai ne court que si le courrier de notification informe l'adjudicataire sur la possibilité d'exercer un recours et les procédures à suivre.

91. Notons que seules les entreprises qui ont effectivement participé à la procédure de soumission peuvent saisir le juge. D'autres entreprises ne rempliraient en effet pas la condition de l'*intérêt à agir*.¹²⁰

D'après certaines décisions, seuls les soumissionnaires dont l'offre figure parmi

¹¹⁸ Signalons que le Conseil d'État s'était formellement opposé à une disposition du projet qui accordait au médiateur un droit d'initiative législative plus important : «*L'article 5 crée un droit d'initiative législative pour le médiateur. Le Conseil d'État ne peut approuver une telle disposition peu conforme à la fonction de médiation. Certes, le médiateur doit pouvoir formuler des recommandations qui peuvent aussi viser la modification de textes législatifs, comme le prévoit le paragraphe 2 de l'article 4. Lui conférer un droit d'initiative législative est pourtant tout à fait inopportun. Dans ce contexte, la position du médiateur peut même être affaiblie au cas où la Chambre des députés récuse sa "proposition de loi". Une telle réaction pourrait être interprétée comme un désaveu. Par ailleurs, le médiateur peut disposer des moyens de la publicité de ses recommandations et propositions ainsi que de la publication de son rapport d'activité pour suggérer des modifications législatives. Il s'y ajoute qu'en raison de contrariété à l'article 47 de la Constitution, le Conseil d'État devrait s'opposer formellement à un droit d'initiative législative tel que formulé dans cet article et il demande à ce que cet article soit supprimé.*» (Conseil d'État, Avis du 11 février 2003 sur le projet de loi n° 4832 relatif à la mise en place d'un médiateur au Luxembourg.)

¹¹⁹ Jean OLINGER, «*La procédure administrative non contentieuse*», Imprimerie St.-Paul, Luxembourg 1992; Fernand SCHOCKWEILER, *Le contentieux administratif et la Procédure administrative non contentieuse en droit luxembourgeois*, Ed. Paul Bauer, Luxembourg, 1996; Henri CAMPILL, «*La procédure administrative non contentieuse à la lumière des récents développements jurisprudentiels*», *Pasicrisie luxembourgeoise*, t. 31, p. 257; Roger NOTHAR et Steve HELMINGER, *La procédure administrative non contentieuse*, Service Central de Législation, 2002.

¹²⁰ «*S'il est vrai qu'un recours contentieux est ouvert à un demandeur qui a un intérêt quelconque, dès que cet intérêt implique un lien personnel avec l'acte attaqué et une lésion individuelle par le fait de l'acte et qu'un intérêt de concurrence est suffisant pour conférer à une entreprise ayant été candidate à une soumission publique un intérêt à voir respecter les dispositions légales et réglementaires régissant les adjudications publiques, encore faut-il que le demandeur ait effectivement participé ou entendu participer à une soumission en déposant une offre, c'est-à-dire avoir été candidat à l'adjudication dont il entend contester les opérations d'adjudication*». (Tribunal administratif, 25 juillet 2001, n° 12225 du rôle)

les trois offres les moins onéreuses justifient d'un intérêt à agir.¹²¹

92. Dans le domaine des marchés publics, la loi luxembourgeoise ne prévoit actuellement que des recours en annulation.

Le recours en annulation est le recours administratif de droit commun. Un administré peut saisir le juge d'un tel recours lorsqu'il s'estime lésé par un acte administratif auquel il reproche l'un des vices énoncés par l'article 2 de la loi du 7 novembre 1996 : «*incompétence, excès ou détournement de pouvoir, violation de la loi ou des formes destinées à protéger les intérêts privés*».

Il s'agit d'un contentieux objectif dans le cadre duquel le juge administratif est chargé de vérifier si au moment où l'administration a pris sa décision, toutes les règles conditionnant sa légalité externe et interne ont été respectés. Si le recours en annulation aboutit, le juge administratif prononcera l'annulation de la décision administrative et ordonnera le renvoi du dossier à l'administration, laquelle pourra alors dans la plupart des cas prendre une nouvelle décision sur le même dossier.

L'irrégularité de forme ou de fond entraînera donc une annulation de la décision.

¹²¹ «*Dans la mesure où l'adjudication ne doit pas nécessairement être attribuée à la partie la moins disante mais qu'il faut et suffit d'avoir été classé parmi les trois offres régulières accusant les prix acceptables les plus bas pour garder une chance de remporter le marché, le fait d'être classé par le procès-verbal d'adjudication parmi les trois offres utiles, suffit de voir constituer dans le chef de la partie soumissionnaire considérée l'intérêt suffisant en vue d'attaquer la décision ministérielle d'approbation du procès-verbal d'adjudication par la voie contentieuse*» (Tribunal administratif, 22 juillet 1998, n° 9784 du rôle, confirmé par arrêt de la Cour administrative du 27 avril 1999, n° 10862C du rôle).

En revanche, le juge ne dispose pas de la possibilité de substituer sa propre décision à celle de l'administration. Cette possibilité n'existe en effet que dans les matières où la loi organise un recours en réformation. «*La loi ne prévoyant pas de recours en réformation en matière de marchés publics, le tribunal administratif, au-delà de sa compétence de droit commun lui permettant d'annuler l'attribution d'un marché qu'il estime illégale, est incompétent pour attribuer le marché à un soumissionnaire*»¹²²

Le juge ne peut donc pas revenir sur les appréciations faites par l'administration, notamment en matière de détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse, à moins que cette décision soit affectée d'une vice de forme (p.ex. l'absence de motivation) ou d'un vice de fond (p.ex. la prise en considération de critères autres que ceux qui étaient visés dans le cahier des charges spécial).

93. Si un recours en annulation est couronné de succès, la décision d'attribution du marché sera annulée.

Dans la majorité des cas, c'est une décision qui ne donnera guère satisfaction à l'adjudicataire évincé.

D'abord, dans la plupart des cas, la décision administrative aura déjà reçu exécution. Une nouvelle adjudication sera donc impossible et l'adjudicataire évincé ne pourra prétendre qu'à des dommages et intérêts destinés à compenser la perte subie (voy. infra).

Dans les rares cas où le marché n'a pas encore été exécuté, par exemple parce que l'adjudicataire avait obtenu la suspension du marché en saisissant le président du tribunal administratif, l'annulation de la procédure d'attribution ne signifie pas que

¹²² Tribunal administratif, 2 février 2000, n° 11029 du rôle.

le marché est acquis au soumissionnaire qui a engagé la procédure.

Si le marché est annulé, le pouvoir adjudicateur devra engager une nouvelle procédure de soumission dans le cadre de laquelle une situation totalement différente peut se présenter.

e. Le pouvoir de suspension du Président du Tribunal administratif

94. La loi prévoit que le président du tribunal administratif peut suspendre l'effet d'une décision administrative frappée de recours à la double condition (a.) que l'exécution de décision risque de causer au requérant un préjudice grave et définitif, et (b.) que les moyens invoqués à l'appui du recours dirigé contre la décision apparaissent comme sérieux.

Suivant une décision, *«la finalité de pouvoir accorder l'effet suspensif au recours introduit devant le tribunal administratif consiste à éviter que l'exécution de la décision administrative critiquée ne cause un préjudice grave et définitif dans le chef du demandeur, dans la mesure où le tribunal saisi est compétent pour connaître du recours introduit et que les moyens invoqués apparaissent comme sérieux.»*¹²³

¹²³ Tribunal administratif 25-6-97 (9640, Beck-Weis)

«Le sursis à exécution ne peut être décrété qu'à la double condition que, d'une part, l'exécution de la décision attaquée risque de causer au demandeur un préjudice grave et irréparable, et que, d'autre part, les moyens invoqués à l'appui du recours apparaissent comme sérieux» (TA 29-9-97 (10158 et 10190, Beck); TA 22-7-98 (10728, Bellomo); TA 14-5-99 (11240, Kerschen-Schwartz); TA 14-5-99 (11255, Dahm-Barthel); TA 2-6-99 (11265, Jung et Back))

«En matière d'autorisations de construire, le sursis à exécution n'a d'utilité que pour garantir que l'exécution et l'achèvement de travaux de construction ne créent un état de fait sur lequel

D'après la jurisprudence, *«un préjudice est grave au sens de l'article 11 de la loi du 21 juin 1999 lorsqu'il dépasse par sa nature ou son importance les gênes et les sacrifices courants qu'impose la vie en société et doit dès lors être considéré comme une violation intolérable de l'égalité des citoyens devant les charges publiques.»*¹²⁴ Le préjudice est à considérer comme «définitif» au sens de la loi *«lorsque le succès de la demande présentée au fond ne permet pas ou ne permet que difficilement un rétablissement de la situation antérieure à la prise de l'acte illégal, la seule réparation par équivalent du dommage qui se manifeste postérieurement à son annulation ou sa réformation ne pouvant être considérée à cet égard comme empêchant la réalisation d'un préjudice définitif.»*¹²⁵

il sera difficile par la suite de revenir au cas où l'autorisation de construire litigieuse serait annulée par la suite. Par conséquent, il n'y a plus lieu d'ordonner le sursis lorsque la décision est déjà exécutée, c'est-à-dire lorsque les travaux sont achevés lors du jugement de la demande de sursis. - Particulièrement, une demande de sursis d'une autorisation de construire est à écarter lorsque l'immeuble est achevé et habitable, même si certains travaux de parachèvement restent à être réalisés» (TA 14-5-99 (11240, Kerschen-Schwartz); TA 14-5-99 (11255, Dahm-Barthel))

¹²⁴ Tribunal administratif (Président) 28-5-2001 (13446, European Fund Administration); Tribunal administratif (Président) 27-11-2001 (14201, Schlessler)

¹²⁵ Tribunal administratif (Président) 27-11-2001, (14201, Schlessler)

«Pour l'appréciation du caractère définitif du dommage, il n'y a pas lieu de prendre en considération le dommage subi pendant l'application de l'acte illégal et avant son annulation ou sa réformation. Admettre le contraire reviendrait à remettre en question le principe du caractère immédiatement exécutoire des actes administratifs, car avant l'intervention du juge administratif, tout acte administratif illégal cause en principe un préjudice qui, en règle, peut être réparé ex post par l'allocation de dommages-intérêts. Ce n'est que si l'illégalité présumée cause un dommage

95. Sous l'empire de l'ancienne législation sur les marchés publics, les demandes introduites pour obtenir la suspension d'une décision d'attribution d'un marché public étaient systématiquement rejetées par le président du tribunal administratif.

Le président considérait en effet que les décisions prises en la matière n'entraînaient pas un *préjudice grave et définitif* comme l'exige la loi, puisqu'une entreprise écartée à tort d'un marchés a la possibilité d'obtenir une indemnisation devant le tribunal civil. La seule décision de suspension en matière de marchés publics dont nous avons connaissance concernait une interdiction temporaire de participer à des marchés publics prononcée à titre de sanction à l'encontre d'une entreprise.

96. La jurisprudence a cependant très fortement évolué depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les marchés publics.

La nouvelle législation n'introduit pas de nouvelles possibilités de recours mais, comme nous l'avons vu, elle oblige désormais l'administration à marquer un temps d'arrêt de 15 jours entre la décision d'adjudication et la signature du marché.

Si un soumissionnaire qui s'estime avoir été écarté à tort saisit la juridiction administrative pendant ce délai de 15 jours, le tribunal administratif se trouve saisi d'une décision administrative qui n'a encore reçu aucune exécution.

Dans son ordonnance du 28 mai 2004, le président du tribunal constate que l'introduction du délai de 15 jours séparant la décision d'adjudication et la signature de

recours ne garantit pas suffisamment l'existence d'un recours efficace. En effet, même si l'adjudicataire évincé introduit le recours dans le délai de 15 jours, il est impossible pour le tribunal administratif de se prononcer dans ce délai.

Cet objectif ne peut être atteint que si le président ordonne un sursis à exécution empêchant l'administration de mettre la décision d'adjudication à exécution après écoulement du délai de 15 jours.

Pour le magistrat, *«alors même que l'exposé des motifs et d'autres travaux préparatoires du règlement grand-ducal en question ne sont pas disponibles, il y a lieu d'admettre qu'en introduisant un délai entre la date de l'adjudication et celle de la conclusion du contrat d'exécution du marché, les auteurs de la réglementation entendaient conférer aux soumissionnaires évincés un droit de recours contre la décision d'adjudication autre que celui se soldant par l'octroi de dommages-intérêts.*

Ce délai n'est que de quinze jours, de sorte qu'il est légalement et pratiquement impossible d'obtenir, dans ce délai, une décision du juge administratif du fond concernant la régularité du choix de l'adjudicataire.

Comme on ne saurait raisonnablement admettre que le législateur a procédé à un changement de la réglementation en vigueur sans vouloir lui conférer un effet réel, ce qui serait pourtant le cas si on continuait à admettre qu'en raison du caractère réparable du préjudice du soumissionnaire injustement évincé moyennant l'allocation de dommages-intérêts, le juge du provisoire en matière administrative ne saurait connaître de demandes en suspension d'adjudications querellées par des soumissionnaires écartés, il faut admettre que la nouvelle réglementation a conféré au président du tribunal administratif, statuant dans le cadre des pouvoirs découlant des articles 11 et 12 de la loi modifiée du 21 juin 1999, le

irréversible dans le sens qu'une réparation en nature, pour l'avenir, un rétablissement de la situation antérieure, ne sera pas possible, que le préjudice revêt le caractère définitif tel que prévu par l'article 11 de la loi modifiée du 21 juin 1999» (Tribunal administratif (Président) 28-5-2001 (13446, European Fund Administration))

pouvoir de prononcer le sursis à exécution d'une décision d'adjudication d'un marché public, un tel sursis entraînant essentiellement que tant qu'une ordonnance de sursis à exécution produit ses effets, le pouvoir adjudicateur ne saurait conclure le contrat d'exécution du marché litigieux.»¹²⁶

D'après MM. Hilger et Pauly, le volonté des auteurs du règlement était permettre un recours gracieux durant l'intervalle des 15 jours: «*Le but du délai de 15 jours réside dans le fait, qu'en cas de réclamation d'un soumissionnaire, il est loisible au pouvoir adjudicateur d'opérer le retrait de sa décision administrative.*»¹²⁷

Plusieurs ordonnances intervenues depuis lors ont confirmé qu'un recours en suspension est possible, mais précisé aussi que pour que la suspension soit ordonnée, il faut en effet que la seconde condition d'admissibilité de la demande de sursis, à savoir l'existence de moyens sérieux, soit également remplie:

Dans son ordonnance du 29 juin 2004, rendue dans la même affaire que celle qui avait donné lieu à l'ordonnance du 28 mai 2004, le président indique que «*dans l'hypothèse d'un soumissionnaire le moins-disant évincé et en l'absence de contrat d'exécution du marché litigieux conclu, (...) un préjudice grave et définitif peut être retenu par essence même - il s'agit dans la mesure du possible de réserver la possibilité du moins-disant de réaliser le marché dans son intérêt aussi bien que de celui des deniers publics - encore faut il que corollairement les moyens invoqués à l'appui*

du recours au fond apparaissent de façon vérifiée comme étant sérieux»

Dans une ordonnance rendue dans une autre affaire le 29 juillet 2004 le président a même précisé que le sérieux des motifs invoqués à l'appui du recours doit, selon lui, être apprécié de manière plus rigoureuse dans cette matière que dans d'autres. Le magistrat estime en effet «*qu'en contrepartie d'une ouverture large de la possibilité de demander un sursis à exécution même en l'absence de risque d'un préjudice grave et définitif, le sérieux des moyens invoqués à l'appui du recours au fond est à apprécier de manière stricte, sous peine d'ouvrir la possibilité du sursis à exécution d'une manière tellement large que l'économie même des adjudications publiques, qui présentent par essence une certaine urgence, se voit désorganisée, voire paralysée.*»¹²⁹

Le président ayant décidé placer la barre assez haut, il n'est sans doute pas surprenant que dans les deux affaires citées ci-dessus, le président n'a finalement pas accordé la suspension accordée, estimant que les moyens avancés n'étaient pas suffisamment sérieux. À la lecture des deux décisions, il semble que le président ne soit enclin à accorder que si, à l'issue d'un examen nécessairement sommaire, il estime

¹²⁶ Tribunal administratif (Président), 28 mai 2004, N° 18056 du rôle ; Tribunal administratif (Président), 29 juillet 2004, N° 18443 du rôle

¹²⁷ Georges HILGER et Claude PAULY, «Vademecum de la nouvelle législation sur les marchés publics». *Revue technique luxembourgeoise*, Octobre-Décembre 2003, p. 207

¹²⁸ Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 29 juin 2004, N° 18238 du rôle

¹²⁹ Tribunal administratif (Président), 29 juillet 2004, N° 18443 du rôle

¹³⁰ «*Il y a lieu de souligner que le juge du provisoire appelé à apprécier le sérieux des moyens invoqués ne saurait les analyser et discuter à fond, sous peine de porter préjudice au principal et de se retrouver, à tort, dans le rôle du juge du fond. Il doit dès lors se borner à se livrer à un examen sommaire du mérite des moyens présentés et accorder le sursis lorsqu'ils apparaissent, en l'état de l'instruction du dossier, de nature à entraîner l'annulation ou la réformation de la décision critiquée*» (Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 29 juin 2004, N° 18238 du rôle)

que le recours a plus de chance d'aboutir à l'annulation de la décision qu'à une confirmation de la décision.

Il s'agit d'une exigence assez lourde, sachant que les recours en la matière seront fréquemment rédigés dans la précipitation, pour ne pas dépasser le délai de 15 jours, et à un moment où tous les documents (p.ex. le procès-verbal d'adjudication) ne sont pas aisément accessibles.

97. L'évolution jurisprudentielle que nous relatons est une évolution importante dans le droit des marchés publics luxembourgeois puisqu'il est désormais possible d'exercer un recours administratif pouvant aboutir à la non-adjudication.

La saisine du président du tribunal administratif n'est cependant utile qu'aussi longtemps que le contrat avec l'adjudicataire choisi n'a pas été signé.

Le président le rappelle dans une ordonnance du 14 octobre 2004 : *«S'il est vrai que le président du tribunal administratif peut ordonner le sursis à l'exécution de la décision d'adjudication entre le moment où elle est prise et le moment de la conclusion du contrat d'exécution du marché, cette conclusion ne pouvant légalement intervenir avant l'écoulement d'un délai de quinzaine prévu par l'article 90, (4) du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003. précité, de sorte que tout soumissionnaire normalement prudent et diligent, informé de ce que son offre n'a pas été retenue, a la possibilité d'agir utilement contre la décision d'adjudication, le juge administratif ne saurait suspendre l'exécution d'un contrat civil conclu après l'écoulement du délai en question. En effet, il ne saurait ordonner une mesure affectant la validité ou le caractère exécutoire d'un contrat relevant du droit civil, la loi ne lui*

*permettant pas de prendre des mesures ayant pour objet des droits civils.»*¹³¹

Il est donc essentiel que l'adjudicataire, qui s'estime évincé à tort, agisse immédiatement après s'être vu notifier l'information que son offre n'a pas été retenue.

98. Une question technique qui se pose est celle de savoir si l'adjudicataire choisi doit être appelé à la cause?

En principe, il est nécessaire d'appeler au procès tous les soumissionnaires susceptibles d'être affectés par la décision que le président est appelé à prendre.

Dans son ordonnance du 14 octobre 2004, le président explique que *«sauf hypothèses spéciales, les décisions d'adjudication d'un marché à un soumissionnaire, d'une part, et de non-adjudication du même marché aux autres soumissionnaires, sont tributaires l'une de l'autre et ne sauraient être considérées de manière isolée par le juge dans le cadre d'un recours contentieux dirigé contre l'une ou l'autre de ces décisions. En réalité, en cas de décision d'adjudication de travaux à un soumissionnaire, la décision de non-adjudication aux autres soumissionnaires ne constitue que l'aspect négatif de la même décision.*

Il s'ensuit que même dans le cadre d'un recours dirigé contre la seule décision de non-adjudication, le soumissionnaire qui s'est vu attribuer le marché par la décision d'adjudication, est à considérer comme partie tierce intéressée, étant donné qu'une éventuelle annulation de la décision de non-adjudication doit nécessairement influencer sur la décision positive qui lui a adjugé le marché (y. M.-A. Flamme et alii., Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, tome 1B, 6^e éd., p. 1881.), de sorte que même dans le cadre

¹³¹ Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 14 octobre 2004, n° 18702 du rôle.

*d'un tel recours, l'adjudicataire effectif du marché doit en principe être mis en intervention,»*¹³²

Dans une ordonnance du 28 octobre 2004, le président rappelle qu' «il se dégage de l'article 4, (1) et (4) de la loi modifiée du 21 juin 1999, précitée, que le recours introductif d'instance doit être signifié aux tiers intéressés, le tribunal pouvant même, en cas de défaut de signification aux tiers intéressés, ordonner leur mise en intervention.»¹³³ En conséquence, le magistrat ordonna la mise en intervention des autres entreprises concernées, ce qui était en l'espèce assez aisé puisqu'il s'agissait d'une procédure de soumission restreinte à laquelle seul un petit nombre d'entreprises avait été invité à soumissionner.

Il peut cependant arriver que la mise en intervention des autres soumissionnaires soit impossible, parce que leur identité n'est pas connue au moment de l'introduction du recours.

Dans ce cas, la mise en intervention n'est pas nécessaire d'après l'ordonnance du 14 octobre 2004, déjà citée:

«L'article 90, alinéa 3 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003, précité, dispose que le pouvoir adjudicateur informe par lettre recommandée les concurrents non retenus du non-usage de leur offre, avec l'indication des motifs à la base de la non-prise en considération de celle-ci.

La disposition en question n'oblige pas le pouvoir adjudicateur de révéler aux soumissionnaires non retenus l'identité de l'adjudicataire, et dans le cas d'espèce, la lettre d'information du 29 mai 2004 ne mentionne pas que c'est la société A. qui s'est vu attribuer le marché litigieux.

Or, dans une telle hypothèse, où l'administration décide de ne pas révéler aux soumissionnaires évincés l'identité de l'adjudicataire du marché, on ne saurait a priori exiger du soumissionnaire évincé qui entend exercer un recours contentieux contre la décision en vertu de laquelle il ne s'est pas vu adjuger le marché, de mettre en intervention l'adjudicataire effectif du marché.

S'il est concevable que le tribunal administratif, statuant au fond, exige une telle mise en intervention en cours de procédure, après que l'administration a révélé l'identité de l'adjudicataire, une telle démarche ne se conçoit pas dans le cadre d'une procédure d'urgence où la rapidité de l'ordonnance à intervenir est le seul garant de son efficacité.

*Il y a dès lors lieu de retenir, au vu de la circonstance que l'administration n'a pas révélé, avant l'introduction du recours contentieux, l'identité de l'adjudicataire à la demanderesse et qu'il ne se dégage d'aucun élément du dossier que celle-ci ait effectivement connu cette identité, qu'une mise en intervention de la société A., dans le cadre de la présente procédure d'urgence, n'était pas requise.»*¹³⁴

Il faut observer que la décision du magistrat dans cette affaire est certainement influencée par le fait que la décision qu'il était sur le point de prendre sur le fond de la demande était une décision de rejet, motivée par le fait que le marché en question était déjà en voie d'exécution. À quoi bon, en effet, appeler l'adjudicataire choisi dans une instance dont le magistrat sait déjà qu'elle aboutira à une décision qui ne l'affectera pas.

Dans plusieurs autres affaires, où l'issue était moins évidente, le président du tribunal a préféré ordonner – par une

¹³² Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 14 octobre 2004, n° 18702 du rôle.

¹³³ Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 14 octobre 2004, n° 18066 du rôle.

¹³⁴ Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 14 octobre 2004, n° 18702 du rôle.

ordonnance préliminaire – la mise en intervention des autres soumissionnaires.¹³⁵

99. La suspension, si elle est accordée, cesse de plein droit ses effets le jour où le tribunal administratif tranche le fond de l'affaire.¹³⁶ La loi autorise cependant le tribunal administratif à étendre l'effet suspensif pour la durée du délai et de la procédure d'appel lorsqu'il estime que *«l'exécution de la décision attaquée risque de causer au requérant un préjudice grave et définitif»*.¹³⁷ La loi ne précise pas si le tribunal peut prendre cette décision d'office ou bien s'il doit en être saisi par les parties.

Le tribunal doit apprécier s'il accorde la suspension pour la durée de la procédure

d'appel selon les mêmes critères que ceux qui s'imposent au Président du Tribunal.¹³⁸

Il est important de relever que puisque la loi du 21 juin 1999 ne prévoit pas la possibilité de saisir la Cour administrative d'une demande visant à obtenir un sursis à exécution,¹³⁹ la compétence d'accorder le sursis pendant la durée de la procédure d'appel appartient au tribunal administratif qui l'exercera dans son jugement: *«Aucune disposition législative ne donne compétence au président de la Cour administrative pour statuer sur une demande en effet suspensif d'une décision rendue au fond par le tribunal administratif, ce dernier étant seul compétent pour ordonner l'effet suspensif d'un recours pendant le délai et l'instance d'appel»*.¹⁴⁰

¹³⁵ Tribunal administratif (Président), 28 mai 2004, N° 18056 du rôle; Tribunal administratif (Président), Ordonnance du 14 octobre 2004, n° 18066 du rôle.

¹³⁶ «Elle cesse ses effets lorsque le tribunal a tranché le principal ou une partie du principal» (Loi du 21 juin 1999, article 11 (6)).

La jurisprudence antérieure à l'adoption de ce texte était déjà dans le même sens: *«Sous peine de violer l'interdiction de conférer aux jugements du tribunal administratif un effet provisoire pendant le délai et l'instance d'appel, l'effet suspensif dont se voit assorti un recours ne saurait perdurer au-delà de la date du jugement statuant sur le fond du recours auquel la demande d'effet suspensif se rattache. Il en découle encore que le tribunal ne saurait ordonner l'effet suspensif du recours au cas où il statue en même temps sur l'effet suspensif et le fond»* (Tribunal administratif 15 juillet 1997, n° 9842 du rôle; Tribunal administratif 18 juin 1998, n° 10617 et 10618 du rôle; Tribunal administratif, 12 mai 1999, n° 11277 du rôle)

¹³⁷ *«Par dérogation à l'article 45, si l'exécution de la décision attaquée risque de causer au requérant un préjudice grave et définitif, le tribunal peut, dans un jugement tranchant le principal ou une partie du principal, ordonner l'effet suspensif du recours pendant le délai et l'instance d'appel. La décision ordonnant l'effet suspensif n'est pas susceptible d'appel.»* (Loi du 21 juin 1999, article 35)

¹³⁸ *«Les deux conditions expressément énoncées par l'article 35 de la loi du 21 juin 1999 à la base de l'octroi de l'effet suspensif doivent être vues en corrélation avec celles prévues pour le stade antérieur où le président du tribunal était appelé à statuer au provisoire, par l'article 11 (2) de la même loi. La condition ayant trait au caractère sérieux des moyens invoqués à l'appui du recours est appelée à suivre l'évolution nécessaire de la procédure en ce que devant le tribunal les moyens invoqués à l'appui du recours dirigé contre la décision administrative en question ont été, par essence, étayés de façon plus approfondie et ont par la suite connu une réponse au fond, le tribunal n'étant admis à ordonner l'effet suspensif y prévu que dans un jugement tranchant le principal ou une partie du principal, son appréciation au fond conditionnant nécessairement celle relative à l'effet suspensif demandé devant lui»* (Tribunal administratif, 24 octobre 2000, n° 11734 du rôle).

¹³⁹ La jurisprudence antérieure à la loi du 21 juin 1999 admettait au contraire que *«Dès lors qu'un affaire au fond est pendante devant la Cour administrative, un recours en effet suspensif peut être pris en considération»* (CA 23-7-97 (10128C, Linster))

¹⁴⁰ CA (prés.) 8-2-2000 (11794C, Scarfo)

C. Actions indemnitaires devant les tribunaux civils

100. Le soumissionnaire évincé à tort d'une procédure d'adjudication peut, en dernier recours, saisir les tribunaux civils d'une demande indemnitaire dirigée contre le pouvoir adjudicateur pour obtenir réparation de son dommage.

101. Dans la plupart des cas, le soumissionnaire suivra cette voie après avoir obtenu gain de cause devant la juridiction administrative.

Le soumissionnaire qui a obtenu gain de cause devant la justice administrative se trouvera dans une position procédurale favorable devant le juge civil, car l'annulation de la décision administrative fera présumer que l'administration est fautive.

Comme le rappelle un arrêt récent de la Cour d'appel, *«le principe de l'unité des notions d'illégalité et de faute (est) consacré par la jurisprudence luxembourgeoise qui depuis longtemps admet qu'un acte administratif annulé par le Conseil d'Etat (ou – aujourd'hui – les juridictions administratives) constitue un acte illicite, même s'il est imputable à une simple erreur d'interprétation ou d'appréciation, et constitue une faute engageant la responsabilité de l'auteur de l'acte»*¹⁴¹.¹⁴²

102. La saisine préalable du juge administratif n'est cependant pas indispensable, comme en témoigne un arrêt de la Cour d'appel de 2002 : *«Celui qui se voit victime d'un acte de l'autorité administrative, susceptible d'être annulé pour excès de pouvoir, détournement de*

pouvoir ou violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité, n'est pas obligé de saisir les juridictions administratives afin de voir annuler l'acte en question ; l'intéressé peut saisir directement le juge civil pour obtenir la réparation pécuniaire d'une éventuelle faute commise par l'autorité administrative. En effet l'appréciation de la faute et du préjudice en résultant appartient aux tribunaux de l'ordre judiciaire».¹⁴³

Le soumissionnaire qui choisit de s'adresser directement aux tribunaux civils doit donc en premier lieu prouver que l'administration est en faute.

La faute en question est une faute délictuelle puisqu'aucun contrat n'a encore été conclu. *«Il est admis en doctrine et en jurisprudence que la responsabilité en cas d'irrégularités commises dans la procédure de passation du marché est délictuelle»*.¹⁴⁴

Une jugement récent du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg rappelait à ce sujet que *«les pouvoirs que la loi attribue à l'administration dans un intérêt général ne soustraient pas celle-ci au devoir de prudence qui s'impose à tous. En vertu des dispositions des articles 1382 et 1383 du code civil, toute faute ou négligence même la plus légère, engage la responsabilité des particuliers, notamment en cas de fausse application d'une disposition légale ou réglementaire.*

L'on ne saurait excepter de cette règle générale l'administration, sous peine d'apprécier de façon plus indulgente les erreurs d'interprétation et d'application commises par les auteurs des normes

¹⁴¹ La Cour fait ici référence à l'ouvrage de M. Georges RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, éd. Pasicrisie luxembourgeoise, n° 104 et s.

¹⁴² Cour d'appel, 21 avril 2004, n° 27674 du rôle, non publi.

¹⁴³ Cour d'Appel, 7^e Chambre, 30 avril 2002, n° 25782 du rôle, non publié.

¹⁴⁴ Cour d'Appel, 7^e Chambre, 30 avril 2002, n° 25782 du rôle, non publié; Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 1^{re} Chambre, 14 octobre 2002, Jugement civil n° 307/2002, N° 67734 du rôle, B.I.J. Février 2003, p. 23

*obligatoires que celles commises par ceux qui subissent ces normes.»*¹⁴⁵

La jurisprudence a par exemple considéré que «*l'attribution d'un marché public respectivement le rejet d'une offre en violation d'une formalité de la procédure administrative non contentieuse consacrant le principe du respect des droits de la défense à l'égard de l'administré, constitue une faute civile de nature à engager la responsabilité de l'Etat, une fois établie la relation causale entre l'acte fautif et le préjudice subi.*»¹⁴⁶

103. Le soumissionnaire doit ensuite prouver avoir subi une perte à la suite de la faute commise par le pouvoir adjudicateur.

Au moment de formuler leur demande indemnitaire, certains soumissionnaires pensent à tort que le simple fait que l'administration a commis une faute leur donnerait un droit d'être indemnisés.

Or cela n'est le cas que si l'adjudicataire parvient à prouver qu'il avait une chance réelle de se voir adjuger le marché si l'État n'avait pas commis de faute.

Citons à ce sujet un jugement du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, qui rappelle que «*la faute commise par l'Etat en refusant d'adjuger le marché public à un soumissionnaire qui a déposé l'offre régulière la plus basse, le prive d'une certaine chance d'être déclaré adjudicataire.*

La perte d'une chance est un dommage réparable. Les montants espérés dans la réalisation du marché ne constituent pas le dommage, mais l'espoir de les gagner. Dans l'allocation des dommages et intérêts,

*il y a lieu de tenir compte de l'importance de cet espoir qui doit avoir été sérieux.»*¹⁴⁷

D'après ce même jugement, la société qui saisit la justice «*doit prouver, outre l'existence d'une faute dans le chef de l'Etat, le dommage et le lien de causalité entre la faute et le dommage allégués.*»¹⁴⁸

D'après une décision plus récente, «*il appartient aux parties demanderesses de prouver positivement qu'elles ont perdu une chance réelle de se voir adjuger le marché public litigieux.*»¹⁴⁹

Il n'y a donc pas d'indemnisation forfaitaire dans cette matière; celui qui formule une prétention en justice doit en prouver le bien-fondé.

¹⁴⁷ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 1^{re} Chambre, 11 novembre 2002, Jugement civil no 337/2002, N° 67417 du rôle, B.I.J. 2003, p. 99

D'après une autre décision du même tribunal, «*le soumissionnaire qui, ayant été irrégulièrement écarté, réclame devant les tribunaux de l'ordre judiciaire la réparation du préjudice qu'il prétend avoir subi, consistant entre autres dans la non-attribution du marché, doit établir, que sans la faute, il eût été déclaré adjudicataire ou, du moins, avait des chances d'être déclaré adjudicataire. La faute commise par l'Etat en refusant d'adjuger le marché public à la société X en raison d'une application erronée du droit applicable, prive le concurrent qui a déposé l'offre régulière la plus basse, d'une certaine chance d'être déclaré adjudicataire. La perte d'une chance est un dommage réparable. Les montants espérés dans la réalisation du marché ne constituent pas le dommage, mais l'espoir de les gagner. Dans l'allocation des dommages et intérêts, il faut tenir compte de l'importance de cet espoir qui doit avoir été sérieux»* (Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 1^{re} Chambre, 14 octobre 2002, Jugement civil n° 307/2002, N° 67734 du rôle, B.I.J. Février 2003, p. 23).

¹⁴⁵ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 1^{re} Chambre, 11 novembre 2002, Jugement civil no 337/2002, N° 67417 du rôle, B.I.J. 2003, p. 99

¹⁴⁶ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 1^{re} Chambre, 11 novembre 2002, Jugement civil no 337/2002, N° 67417 du rôle, B.I.J. 2003, p. 99

¹⁴⁸ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 1^{re} Chambre, 11 novembre 2002, Jugement civil no 337/2002, N° 67417 du rôle, B.I.J. 2003, p. 99

¹⁴⁹ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 7 juillet 2004, jugement n° 352/2004, n° 76239 du rôle, non publié, document LJUS n° 99852569.

Par ailleurs, il est important de savoir que même si l'administration a initialement fondé sa décision sur un motif erroné, il ne lui est pas interdit de développer une motivation plus complète dans le cadre de la procédure indemnitaire. Les tribunaux admettent notamment que l'administration invoque des arguments nouveaux de nature à justifier, après coup, la décision prise.¹⁵⁰

104. Bien que cela semble aller de soi, en particulier dans le cadre de la responsabilité extra-contractuelle, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser que lors de la fixation de l'indemnité *«il n'a a pas lieu de tenir compte des bénéfices que l'entrepreneur avait pu se procurer par l'exécution d'autres travaux pendant la période prévue pour ceux ayant fait l'objet d'une soumission, qui lui a été illégalement refusée par l'État»*.¹⁵¹

¹⁵⁰ *«Le tribunal vérifie que l'offre présentée par la société X a été conforme aux dispositions légales applicables au marché litigieux de sorte que la partie défenderesse n'est pas forclosée d'invoquer d'autres prétendues irrégularités affectant l'offre de la société X (...).»* (Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 1^{re} Chambre, 14 octobre 2002, Jugement civil n° 307/2002, N° 67734 du rôle, B.I.J. Février 2003, p. 23).

¹⁵¹ Cour d'appel, 30 octobre 1986, n° 8856 du rôle, non publiée, document LJUS n° 98608426.