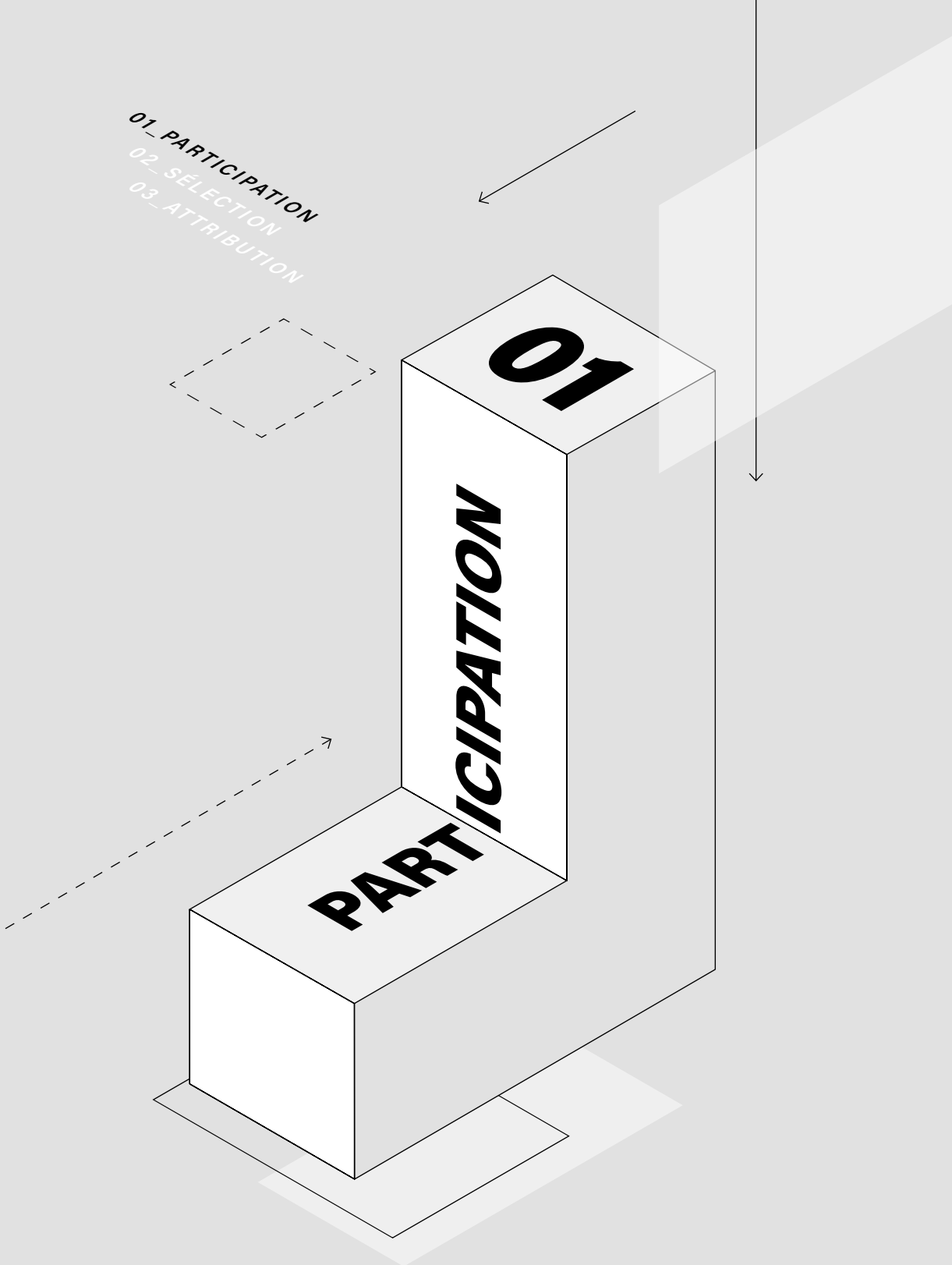




Choix de la procédure, préparation des documents de soumission et lancement de la procédure

FP.03

Législation et procédures en matière de passation des marchés publics de maîtrise d'œuvre des architectes, ingénieurs-conseils et autres concepteurs.

FP.04

Préparation du marché en vue d'une attribution selon le principe Quality Based Selection (QBS) pour les Professions OAI.

FP.05

Détermination de la valeur du marché de services de maîtrise d'œuvre.

FP.06

Choix de la procédure et seuils.

A.01 ad FP.06

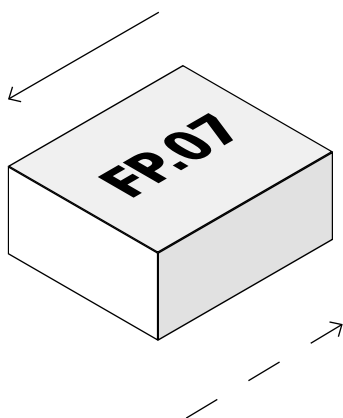
Rappel des seuils.

FP.07

Règlement de consultation et cahier des charges.

FP.08

Publication de l'avis de marché.



RÈGLEMENT DE CONSULTATION ET CAHIER DES CHARGES

SOMMAIRE

1. LE RÈGLEMENT DE CONSULTATION / CAHIER DES CHARGES
2. OBSERVATIONS CONCERNANT LES GROUPEMENTS

Après clarification de la procédure choisie et avant le lancement du marché, il convient de rédiger et de finaliser le cahier des charges / le règlement de consultation. Même s'ils sont parfois amalgamés au sein d'un même document, il convient de distinguer ces deux instruments.

Par ailleurs, l'élaboration de ces documents requiert en amont une détermination de la profession ou des professions visées pour l'exécution du marché projeté et une réflexion préalable sur les exigences, en termes de qualifications et d'expérience et quant aux profils des prestataires recherchés, d'une part, et sur les modalités de leur participation au marché (individuelle ou sous forme de groupement, etc...), d'autre part. Ces critères sont en effet à indiquer dans les documents de la soumission. Il est renvoyé aux éléments suivants :

- ➡ **Fiche FP.10 « Critères d'exclusion des participants ne répondant pas aux exigences légales ou aux critères minima de participation ».**
- ➡ **Fiche FP.11 « Sélection qualitative des candidats admis à participer à la procédure ».**
- ➡ **Fiche FP.12 « Évaluation des meilleures offres suivant les critères d'attribution du marché ».**

En outre, à ce stade le programme et les prérequis (à intégrer dans le cahier des charges) sont bien entendu entièrement définis. Il est renvoyé aux éléments suivants :

- ➡ **Fiche FP.04 « Préparation du marché en vue d'une attribution selon le principe Quality Based Selection (QBS) pour les Professions OAI ».**

1. LE RÈGLEMENT DE CONSULTATION / CAHIER DES CHARGES

A. LE RÈGLEMENT DE CONSULTATION

Le règlement de consultation est un document qui régit la passation du marché, c'est-à-dire toutes les étapes depuis la publication du marché public jusqu'à la désignation de l'attributaire du marché.

Il s'agit en quelque sorte de la « règle du jeu » pour répondre au marché public.

Le candidat y trouvera donc les informations utiles, notamment : l'objet et la description du marché, les étapes de la procédure, la liste des pièces à produire, les critères de sélection des candidatures et des offres, les modalités de remise des offres, etc...

Il s'agit d'un document qui complète l'avis d'appel d'offres (lorsqu'il est requis), ce dernier étant nécessairement bref et sommaire.

B. LE CAHIER DES CHARGES

Les négociations se font en considération du cahier des charges fourni par le pouvoir adjudicateur, formant la base du marché à conclure, lequel « doit être rédigé de façon suffisamment claire et détaillée, afin qu'il ne puisse subsister de doute sur la nature et l'exécution du marché »⁽¹⁾.

Le cahier des charges est un document qui détermine les **conditions d'exécution du marché**. Il comporte généralement deux volets, à savoir les clauses administratives (générales et particulières), d'une part, et les clauses techniques, d'autre part ⁽²⁾.

A noter que la législation sur les marchés publics prévoit un cahier des charges standardisé obligatoire, à instituer par voie de règlement ministériel, mais uniquement pour les marchés de **travaux** (relatifs au secteur du bâtiment)⁽³⁾. Une disposition équivalente n'existe pas pour les marchés de services de conception.

A noter que des démarches sont en cours en vue de standardiser les prestations des architectes et des ingénieurs-conseils.

Il est remarqué enfin que le cahier des charges doit en principe être communiqué dès l'appel à candidatures, de sorte à permettre à tous les candidats de disposer dès le départ de tous les éléments pour se décider à participer à une soumission.

⁽¹⁾ *RGD MP, Art 13* : « L'objet de la soumission doit être décrit dans un cahier spécial des charges. Ce cahier spécial des charges, qui forme la base du marché à conclure, doit être rédigé de façon suffisamment claire et détaillée, afin qu'il ne puisse subsister de doute sur la nature et l'exécution du marché. Il indique notamment, et pour autant que possible dans l'ordre décroissant de l'importance attribuée, le ou les critères entrant en ligne de compte pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse ».

⁽²⁾ Selon le règlement grand-ducal du 24 mars 2014 portant institution de cahiers spéciaux des charges standardisés (marchés de travaux), le cahier des charges doit notamment préciser :

1. Les textes et documents régissant le marché
2. Responsabilité civile délictuelle
3. Responsabilité contractuelle
4. Devoirs spéciaux à charge de l'opérateur économique
5. Exécution du contrat
6. Réception du marché
7. Mode de révision du prix
8. Litiges
9. Choix résultant du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi sur les marchés publics du 25 juin 2009
10. Critères de sélection qualitative
11. Exécution du marché
12. Visite des lieux et/ou réunion d'information
13. Correspondance.

⁽³⁾ «(1) Le ministre ayant les Travaux publics dans ses attributions institue, par voie de règlement ministériel, un cahier spécial des charges standardisé relatif aux clauses contractuelles générales, applicables à tous les marchés publics de travaux relatifs au secteur du bâtiment. Si plusieurs options sont proposées, les options retenues sont à préciser par le pouvoir adjudicateur. Ce cahier spécial des charges standardisé est à intégrer dans le dossier de soumission. Des clauses contractuelles particulières peuvent compléter les dispositions de ce cahier spécial des charges standardisé relatif aux clauses contractuelles générales, sans cependant pouvoir y déroger ». (règlement grand-ducal précité du 24 mars 2014).

Pour les marchés de services, tels que les marchés d'architecture et d'ingénierie, les pouvoirs adjudicateurs, même bénéficiant d'une grande latitude pour l'élaboration du cahier des charges en fonction des particularités de l'objet du marché, doivent néanmoins respecter certains principes communs, dont notamment :

- **Le cahier des charges doit être rédigé « de façon suffisamment claire et détaillée, afin qu'il ne puisse subsister de doute sur la nature et l'exécution du marché »⁽⁴⁾;**
- **Il fournit « des renseignements utiles sur toutes circonstances dont l'influence sur les prix mérite d'être signalée spécialement de manière que les soumissionnaires puissent élaborer leurs offres avec un maximum d'exactitude »⁽⁵⁾;**
- **« Les prestations supplémentaires sont précisées de façon que toute équivoque soit exclue; elles sont décomposées d'après les éléments déterminatifs des prix »⁽⁶⁾;**
- **« Le soumissionnaire ne peut être chargé par le pouvoir adjudicateur d'un risque extraordinaire résultant de circonstances qu'il ignore et qui échappent à son influence »⁽⁷⁾.**

L'exigence d'un cahier des charges définissant précisément et exhaustivement les prestations escomptées est a fortiori impérative lorsqu'il s'agit d'un **marché à prix forfaitaire**.

Il convient de rappeler par analogie la disposition de l'article 11 du RGD MP :

« Art. 11. L'offre à prix global est celle où les travaux, fournitures et services sont complètement définis par le pouvoir adjudicateur, dans leur ensemble, par des bordereaux détaillés, des plans ou autres documents appropriés, de sorte qu'il n'existe aucun doute pour l'établissement de l'offre et pour l'exécution de l'entreprise, et où le prix est fixé à l'avance et en bloc ».

Par ailleurs, il existe aussi un devoir de collaboration et de loyauté du soumissionnaire (qui ne peut accepter les termes de la soumission sans rechigner, pour ensuite les contester).

« Art. 39. Le soumissionnaire qui constaterait dans le dossier de soumission des ambiguïtés, erreurs ou omissions, est tenu, sous peine d'irrecevabilité, de les signaler au pouvoir adjudicateur au moins sept jours avant la date de remise des offres, à moins que le cahier spécial des charges ne stipule un délai plus long ».

(Règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics).

Nota : Si le pouvoir adjudicateur ne dispose pas des connaissances nécessaires sur les prestations à réaliser (rédaction des cahiers des charges, etc...), il est recommandé de faire appel à des experts externes, membres de l'OAI.

Il est également relevé, au sujet des documents contractuels des marchés, qu'un nouveau contrat-type «label OAI» est en cours d'élaboration.

⁽⁴⁾ Cf. RGD MP, Art 13 : « L'objet de la soumission doit être décrit dans un cahier spécial des charges. Ce cahier spécial des charges, qui forme la base du marché à conclure, doit être rédigé de façon suffisamment claire et détaillée, afin qu'il ne puisse subsister de doute sur la nature et l'exécution du marché. Il indique notamment, et pour autant que possible dans l'ordre décroissant de l'importance attribuée, le ou les critères entrant en ligne de compte pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse ».

⁽⁵⁾ Cf. RGD MP Art. 14 (3)

⁽⁶⁾ Cf. RGD MP. Art. 14 (4).

⁽⁷⁾ Cf. RGD MP. Art. 15.

2. OBSERVATIONS CONCERNANT LES GROUPEMENTS

C. LES GROUPEMENTS « D'OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES »

Au stade de la soumission, les « groupements d'opérateurs économiques, y compris les associations temporaires ou momentanées, peuvent participer aux procédures de passation de marchés. Ils ne sont pas contraints par les pouvoirs adjudicateurs d'avoir une forme juridique déterminée pour présenter une offre ou une demande de participation collective ».

Il est admis qu'au stade de l'exécution, « les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que les groupements d'opérateurs économiques adoptent une forme juridique déterminée lorsque le marché leur a été attribué, dans la mesure où cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché ».

Une telle exigence n'est permise et justifiée que si elle est essentielle au bon fonctionnement et à l'accomplissement des objectifs du marché.

Elle implique que la transformation doit être indispensable pour que le marché soit exécuté correctement.

D. LA RESPONSABILITÉ SOLIDAIRE EN CAS DE GROUPEMENT : À JUSTIFIER ET À PROPORTIONNER AU REGARD DE LA LOI SUR LES MARCHÉS PUBLICS

Concernant l'exigence d'une responsabilité solidaire en cas d'offre collective, il faut que cette exigence soit justifiée « par des motifs objectifs et qu'elle soit proportionnée » (cf. article 56 du RGD MP) :

« Art 56. : En cas d'une offre collective, le cahier des charges peut exiger que l'offre soit obligatoirement accompagnée d'un engagement solidaire, daté et signé, dans lequel les opérateurs économiques désignent parmi eux un mandataire, pour autant que cette exigence soit justifiée par des motifs objectifs et qu'elle soit proportionnée. L'engagement solidaire prend effet dès lors que le marché a, le cas échéant, été attribué aux opérateurs économiques concernés ».

Il incombe donc au pouvoir adjudicateur de le justifier, et non pas d'exiger systématiquement des groupements imposant en principe une solidarité entre les membres du groupement (par exemple, société momentanée), comme il est expliqué ci-après.

De manière générale, l'OAI estime qu'une telle responsabilité solidaire ne peut se concevoir qu'entre acteurs d'une même profession (par exemple un groupement de plusieurs architectes concepteurs). En revanche, une telle solidarité est problématique pour un groupement de maîtrise d'œuvre fédérant des professions différentes, car elle conduit à un amalgame inéquitable des responsabilités. Pour quelle raison un architecte devrait être solidairement responsable des calculs de stabilité du « Statiker » ? Ou inversement ce dernier être responsable de vices de conception des plans de l'architecte sur des aspects étrangers à sa sphère d'intervention et de compétence ?

Il est souligné que le texte actuel de l'article 56 du RGD MP a remplacé la version d'origine du 8 avril 2018 qui était rédigée comme suit :

« A moins que le cahier spécial des charges ne dispose que l'engagement solidaire n'est pas exigé, en cas d'une offre collective, celle-ci est obligatoirement accompagnée d'un engagement solidaire (...) ».

Cette version d'origine a été corrigée par le règlement grand-ducal du 25 janvier 2019 portant modification (notamment) du règlement grand-ducal d'exécution de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics.

Les travaux préparatoires de ce règlement modificatif sont sans ambiguïté : la réforme a entendu consacrer le fait que l'engagement solidaire « ne constitue plus le principe » et ne peut être exigé que sous des conditions strictes de justification objective et de « proportionnalité (condition de nécessité) ».

Cette position a été préfigurée par le Conseil d'État dans ses avis du 14 juillet 2017 (n° CE 51.675) et du 19 janvier 2018 (n° CE 51.675). Il a relevé que l'obligation systématique d'un engagement solidaire « se heurte à l'esprit de la directive 2014/24/UE », que « des cas de figure où une responsabilité solidaire est requise sont

possibles mais ne constituent pas la règle » et « qu'il ne saurait être imposé aux groupements de s'engager solidairement (...) pour tous les marchés, même ceux qui ne requièrent pas une telle solidarité ».

Au regard du nouvel article 56 du RGD MP, le pouvoir adjudicateur est tenu, à peine d'illégalité, de :

- **justifier la mesure par des motifs objectifs propres à l'objet spécifique du marché ;**
- **démontrer que l'exigence est proportionnée et nécessaire à la bonne exécution du marché ou à la satisfaction non disproportionnée d'un but substantiel.**

L'article 56 du RGD MP exige d'ailleurs que chaque offre collective indique « *la proportion assumée dans l'exécution du marché (...) par chacun des opérateurs* », confirmant le principe d'une logique d'individualisation des responsabilités, propres et distinctes, de chaque membre du groupement.

Par ailleurs, le principe de proportionnalité est expressément consacré à **l'article 12 de la Loi MP** qui dispose que les pouvoirs adjudicateurs « *agissent d'une manière transparente et proportionnée* ». Mais ce principe ne se limite pas à cette disposition spéciale : il constitue, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, un principe général de droit d'essence constitutionnelle (arrêt n° 00152 du 22 janvier 2021 et arrêt n° 00146 du 19 mars 2021). Le test de « nécessité » impose dès lors au pouvoir adjudicateur de démontrer que la solidarité imposée est indispensable - et non simplement commode - à la réalisation du marché. Un groupement conjoint assorti de clauses de coordination renforcée permet, dans la très grande majorité des cas, d'assurer une exécution satisfaisante, sans qu'il soit besoin d'instituer une solidarité totale entre professions aux rôles distincts.

Par ailleurs, **l'article 14 de la Loi MP** dispose que les groupements « *ne sont pas contraints par les pouvoirs adjudicateurs d'avoir une forme juridique déterminée pour présenter une offre* ». L'imposition d'une société momentanée - emportant solidarité de plein droit - dès le stade de la soumission contreviendrait à cette interdiction. L'imposition d'une forme juridique déterminée n'est admissible qu'après attribution et uniquement « dans la mesure où cette transformation est nécessaire à la bonne exécution du marché », condition que le pouvoir adjudicateur doit expressément démontrer.

Enfin, **l'article 15 du RGD MP** protège le soumissionnaire contre tout « *risque extraordinaire résultant de circonstances qu'il ignore et qui échappent à son influence* ». Des clauses imposant à chaque cotraitant de pallier la défaillance d'un autre membre jusqu'à l'expiration de la responsabilité décennale par exemple - en excluant la force majeure en cas de faillite ou de liquidation - constituent précisément un tel transfert de risques illicite. Ces risques : (i) échappent totalement à l'influence du cotraitant solidaire, (ii) s'étalent sur dix ans, période durant laquelle les aléas économiques et humains sont considérables et imprévisibles. Cela aboutit à faire peser sur différents co-traitants des risques et responsabilités qui ne sont pas en lien avec leurs prestations respectives et à leur faire supporter ces mêmes risques et responsabilités, qui ne peuvent ni ne doivent être les leurs.

E. LA RESPONSABILITÉ SOLIDAIRE ENTRE LE MAÎTRE D'ŒUVRE ET L'ENTREPRISE DE CONSTRUCTION : À EXCLURE AU REGARD DES PRINCIPES DÉONTOLOGIQUES DES "PROFESSIONS OAI"

L'architecte (ou l'ingénieur-conseil ou autres membres OAI) ne saurait en aucun cas être membre d'un groupement regroupant le concepteur et le constructeur, avec solidarité quant aux obligations et responsabilités ⁽⁹⁾.

L'indépendance professionnelle⁽¹⁰⁾ doit être préservée en toute circonstance, en particulier dans le cadre de marché de conception-réalisation. Il est notamment exclu d'imposer une obligation contractuelle de solidarité entre l'architecte (ou l'ingénieur-conseil) et l'entrepreneur ⁽¹¹⁾.

Il est en effet nécessaire de séparer la conception et le contrôle des travaux de leur exécution, afin d'assurer l'indépendance de l'architecte / ingénieur-conseil, et ce, notamment dans l'intérêt du maître d'ouvrage. Or un contrôle efficace des travaux serait en effet rendu impossible si le concepteur surveillait un entrepreneur avec lequel il est associé et avec lequel il est solidairement et conventionnellement responsable, de sorte à avoir une communauté d'intérêts avec ce dernier ⁽¹²⁾.

Si rien n'interdit un marché *design & build*, en revanche l'architecte (ou l'ingénieur-conseil) ne saurait en aucun cas être mandataire solidaire d'un groupement ou d'une association / société momentanée regroupant les concepteurs et l'entreprise de construction.

Il convient également de rappeler les risques de responsabilité non couverts par l'assurance obligatoire, auxquels sont exposés les maîtres d'œuvre qui se voient imposer de telles clauses de solidarité iniques ⁽¹³⁾.

F. RAPPEL DE L'IMPORTANCE DE LA VÉRIFICATION DES PRÉREQUIS

Au stade de la rédaction du cahier des charges, il est important de s'assurer que les prérequis du projet sont définitivement fixés, alors qu'ils déterminent le contenu des missions et obligations du maître d'œuvre et des clauses techniques.

Les prérequis incluent l'ensemble des études et informations nécessaires servant à vérifier la faisabilité générale du projet, à préciser ses objectifs et à fixer la base de développement d'un projet par la maîtrise d'œuvre, en lui livrant des informations complètes et précises dans le but de maîtriser les études de projet en termes de qualité, délais et coûts.

Au besoin, en cas de projets complexes, une étude de faisabilité peut être nécessaire. À cet effet, le maître de l'ouvrage peut s'adjoindre les compétences d'experts (architectes, urbanistes, ingénieurs-conseils, architectes-paysagistes).



➡ Il est renvoyé à la Fiche MOAI FC.26 « Prérequis au développement d'un projet architectural » publiée par l'OAI.



Elle est disponible
sur www.moai.lu.

- ⁽⁹⁾ Il est relevé que le cas particulier du partenariat public privé (PPP) n'est pas considéré ici. Toutefois, pour des marchés globaux de conception-réalisation-exploitation, il n'est ni requis (ni même possible pour la phase d'exploitation), que l'architecte – bien que figurant dans l'équipe candidate – soit juridiquement étroitement intégré au groupement attributaire du marché. Pour ces marchés, l'appel de candidatures doit s'adresser à des "investisseurs promoteurs", qui doivent s'adjoindre les services et compétences d'un architecte et (le cas échéant) d'un exploitant.
- ⁽¹⁰⁾ Le prescrit de l'indépendance professionnelle est consacré par l'article 2 de la loi du 13 décembre 1989 portant organisation des professions d'architecte et d'ingénieur-conseil, qui dispose que « La profession d'architecte ou d'ingénieur-conseil est incompatible avec toute activité de nature à porter atteinte à l'indépendance professionnelle de son titulaire ».
- ⁽¹¹⁾ Si la jurisprudence luxembourgeoise n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer à ce sujet en matière de marchés publics, en Belgique, le Conseil d'Etat (cf. C.E., n°225.191 du 22 octobre 2013) a annulé la phrase de l'article 51, §2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, selon laquelle « les participants [d'un groupement sans personnalité juridique] sont solidairement responsables », dans les cas où un tel groupement comprend au moins un architecte et un entrepreneur. Le Conseil d'Etat a considéré à raison que cette solidarité est contraire à l'article 6 de la loi belge de 1939 sur la profession d'architecte, qui sanctionne l'incompatibilité entre les professions d'architecte et d'entrepreneur.
- ⁽¹²⁾ Ainsi, sur base de principes juridiques rejoignant le droit luxembourgeois, le Conseil d'Etat belge relève avec pertinence que, dans une telle situation, l'indépendance du concepteur est compromise : « En effet, lorsque, dans l'hypothèse où l'entrepreneur reste défaillant, il incombe à l'architecte soit de procéder à l'exécution des engagements pris par l'entrepreneur, soit de payer des dommages-intérêts compensatoires, la mission de contrôle de l'exécution par l'entrepreneur dont est chargé l'architecte se trouve fondamentalement affectée par le fait que ce dernier sait que s'il constate que l'entrepreneur n'exécute pas correctement ses engagements, il pourra être contraint pour cette mauvaise exécution, même si lui-même n'a pas commis d'erreur. L'indépendance de l'architecte s'en trouve sérieusement compromise, celui-ci travaillant en principe sur ordre du maître de l'ouvrage et non de l'entrepreneur ».
- ⁽¹³⁾ Les polices d'assurance des architectes (et ingénieurs-conseils) prévoient généralement une clause, selon laquelle, sont exclues de la couverture d'assurance « les conséquences de la solidarité acceptée par le preneur d'assurance avec d'autres personnes que des architectes et/ou ingénieurs-conseils et/ou architectes d'intérieur et/ou urbanistes aménageurs et/ou paysagistes, sauf pour la part de responsabilité qui lui incombe en propre ».

