



LES DÉFIS DE LA DÉMATÉRIALISATION DES MARCHÉS PUBLICS

**GUIDE DE PRÉPARATION
DE L'ÉCHÉANCE DU 18 OCTOBRE 2018
POUR LES ACHETEURS PUBLICS
ET LES SOUMISSIONNAIRES**

MARC THEWES
AVOCAT À LA COUR

THEWES & REUTER

Le 18 octobre 2018, une date à retenir

Il ne reste que quelques semaines aux acheteurs publics et aux soumissionnaires pour se préparer à la [généralisation des procédures dématérialisées de passation](#) des marchés publics, qui interviendra le 18 octobre 2018

À compter du 18 octobre 2018¹ les échanges d'informations ayant trait à des procédures de passation régies par le Livre II (Article 196 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018) et par le Livre III (Art. 241 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018) devront [être réalisés par des moyens de communication électroniques](#). Il ne peut être fait exception à ce principe que dans les cas expressément visés aux articles 197 et 242 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018.

Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices devront aussi alors appliquer le principe « [dites-le nous une fois](#) », selon lequel ils ne doivent pas réclamer des documents directement et gratuitement accessibles en ligne ou des justificatifs dont ils disposent déjà.

Cette brochure est destinée à aider les acheteurs publics et les entreprises participant à des marchés à [se préparer au mieux](#) à cette échéance importante en expliquant les principaux concepts de la passation électronique des marchés et leur mise en œuvre pratique.

L'auteur

Marc Thewes est avocat depuis 1991. Il a été, dans les années 1990, assistant à l'Université catholique de Louvain, où il enseignait le droit administratif et le droit constitutionnel, et il est aujourd'hui enseignant à l'Université du Luxembourg, en charge des cours de droit public économique et de droit administratif des biens.

Le nom de Marc Thewes est associé au droit luxembourgeois des marchés publics depuis plus de quinze ans. Outre les articles sur cette matière, publiés dans des revues spécialisées, il donne régulièrement des conférences et des formations sur ce sujet, qu'il pratique également intensément comme avocat. Il publiera dans les prochains mois un Commentaire pratique de la législation sur les marchés publics.

Marc Thewes est également conseiller d'État et responsable de plusieurs publications juridiques prestigieuses comme les Annales du droit luxembourgeois, dont il est l'un des fondateurs, et le Journal des tribunaux Luxembourg, dont il est le rédacteur en chef. Il sera également rédacteur en chef d'une nouvelle revue de droit public luxembourgeois qui sera lancée en automne 2018.

¹ Loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics (LMP 2018), Art. 163.

Législation

Les principaux textes législatifs et réglementaires régissant la matière seront cités de la manière suivante :

LMP 2018	Loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics
RMP 2018	Règlement grand-ducal du 8 avril 2018 portant exécution de la loi du 8 avril 2018 sur les marchés publics
RME 2013	Règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics
RPMP 2013	Règlement ministériel du 2 décembre 2013 instituant les conditions d'utilisation du portail des marchés publics
LCE 2000	Loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique

Mises à jour

Cette brochure a été publiée le 18 juillet 2018. Il est prévu de la mettre à jour au fur et à mesure des évolutions législatives et réglementaires, et au moins jusqu'au 18 octobre 2018.

La dernière version peut être téléchargée gratuitement depuis le site internet du cabinet THEWES & REUTER www.thewes-reuter.lu.

THEWES & REUTER

THEWES & REUTER, Avocats à la Cour
13, rue Large, B.P. 55
L-2010 Luxembourg

Tél. (352) 22 66 22

Fax (352) 22 55 66

E-mail marchespublics@thewes-reuter.lu

I. L'obligation de dématérialisation des marchés publics

Avec l'entrée en vigueur des articles 196 et 241 du RMP 2018, **tous les échanges d'informations** ayant trait à des procédures de passation régies par le Livre II ou par le Livre III de la loi sur les marchés publics devront, à compter du 18 octobre 2018, avoir lieu **par des moyens de communication électroniques**.

Autrement dit, dans les marchés relevant du Livre II et du Livre III, mis à part dans les cas précis où les articles 197 et 242 du RMP 2018 admettent des exceptions, après le 18 octobre 2018 aucun pli, aucun document, émanant de l'acheteur public comme soumissionnaire, ne pourra plus être transmis autrement que par des moyens électroniques. Toutes les étapes de la passation sont concernées : publication des avis, mise en ligne des documents de marché (cahier des charges, etc.), échanges de questions et de réponses, réception des candidatures ou des offres, éventuelles négociations et informations (courriers de rejet, d'attribution, etc.).

Les articles 196 et 241 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 prévoient l'utilisation de « moyens de communication électroniques » mais n'imposent pas spécifiquement l'utilisation d'une messagerie électronique intégrée à un profil d'acheteur, comme celle que propose le Portail des marchés publics. Cette obligation découle cependant de l'article 6(3) du règlement grand-ducal du 27 août 2013, du moins selon l'interprétation donnée à cette disposition par le Conseil d'État, pour qui « la disposition sous examen **réserve (...) au portail des marchés publics l'exclusivité des communications électroniques** à intervenir dans le cadre de la procédure de soumission entre l'opérateur économique, l'entité adjudicatrice ou encore le gestionnaire du portail des marchés publics, en ce sens que toute autre communication "électronique" entre les parties en cause n'est pas prise en considération »².

Il n'est fait exception au principe du « tout électronique » que dans cinq cas de figure :

- lorsque la nature spécialisée du marché fait que l'utilisation des moyens électroniques nécessiterait des outils, des dispositifs ou des formats de fichiers particuliers qui ne sont pas communément disponibles ou pris en charge par des applications communément disponibles,
- lorsque les applications adaptées à la description des offres utilisent des formats de fichiers peuvent être traités par aucune application ouverte ou communément disponibles ou sont soumises à un régime de licence propriétaire et ne peuvent être mises à disposition par téléchargement ou à distance par le pouvoir adjudicateur,
- lorsque l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessiterait un équipement de bureau spécialisé dont les pouvoirs adjudicateurs ne disposent pas communément,
- lorsque les documents de marché exigent la présentation de maquettes ou de modèles réduits qui ne peuvent être transmis par voie électronique, ou

² Avis du Conseil d'État du 2 juillet 2013, n° CE 50.143, p. 6.

- lorsqu'il s'est produit une violation de la sécurité des moyens de communication ou lorsque le caractère particulièrement sensible des informations échangées nécessite un niveau de protection extrêmement élevé³.

C'est un changement important que les entreprises et les pouvoirs publics doivent anticiper.

II. Le profil d'acheteur

Le profil d'acheteur est une **plateforme informatique** permettant aux acheteurs publics – pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices – d'annoncer leurs marchés, de mettre les documents de marché à disposition des opérateurs économiques et de réceptionner, par voie électronique, les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires.

Le profil d'acheteur n'est pas une nouveauté ; il existait déjà sous la précédente législation sur les marchés publics. La plupart des acheteurs publics luxembourgeois disposent probablement déjà d'un tel profil sur le **Portail des marchés publics** (www.marches.public.lu ou www.pmp.lu).

Juridiquement, le recours au profil d'acheteur n'est obligatoire que pour la mise en ligne des documents de la consultation et la publication des données essentielles. En pratique, le Portail offre cependant des fonctionnalités bien plus nombreuses, puisqu'il permet la transmission des avis de marché à l'Office des publications de l'Union européenne et à la presse nationale, une messagerie sécurisée et sert par ailleurs d'outil de transmission électronique des offres.

Dans le cadre de la dématérialisation des procédures de passation des marchés, le profil acheteur devient ainsi un point de passage obligé. Le profil acheteur est en effet le moyen technique phare pour l'accès électronique aux documents de marché et la communication entre les acheteurs publics les opérateurs économiques, y compris pour la remise des offres.

III. Le dépôt électronique des candidatures et des offres

Le changement le plus important pour les opérateurs économiques est indubitablement le fait qu'à compter du 18 octobre 2018, les candidatures et les offres devront **obligatoirement être remises par voie électronique**. L'exception du « droit pour l'opérateur économique de remettre une offre sur support physique », qui figure encore à l'article 6 du règlement grand-ducal du 27 août 2013⁴, ne vaudra donc plus.

Les « outils et dispositifs de transmission et de réception électroniques des offres » sont soumis à une série d'exigences destinées à assurer la fiabilité de la transmission des

³ RMP 2018, Art. 197 et 242.

⁴ Règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics (RME 2013), Art. 6(3).

offres⁵. Ces exigences techniques ne sont pas reprises dans la loi luxembourgeoise mais figurent dans des annexes des directives européennes⁶.

Le règlement grand-ducal du 27 août 2013 prescrit l'utilisation du Portail des marchés publics lors du dépôt électronique des offres, à l'exclusion de tout autre mode de transmission⁷.

Les conditions d'utilisation du Portail résultent actuellement du règlement grand-ducal précité du 27 août 2013 et d'un règlement ministériel du 2 décembre 2013⁸. Une mise à jour de ces textes semble cependant s'imposer, notamment en ce qui concerne les exigences en matière de sécurité (v. ci-dessous, la section consacrée à la signature électronique).

IV. La vérification des candidatures

A. La distinction entre la candidature et l'offre

Le droit des marchés publics opère une distinction logique entre la candidature et l'offre.

L'examen de la candidature vise à s'assurer que l'entreprise sera vraisemblablement apte à exécuter le marché dans de bonnes conditions. Cet examen porte sur l'absence de motifs d'exclusion (p.ex. certaines condamnations pénales), sur la régularité de l'activité de l'entreprise (p.ex. inscription au registre de commerce, paiement régulier des impôts et cotisations sociales, détention des autorisations professionnelles requises, etc.) et sur la satisfaction des critères de sélection arrêtés par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice (p.ex. chiffre d'affaires minimal, capacités techniques requises, etc.).

L'examen de l'offre consiste notamment à vérifier que ce que propose l'opérateur économique correspond à ce qui est demandé et qu'on n'est pas en présence d'une offre anormalement basse.

Les deux étapes sont très clairement séparées dans les procédures comportant une phase de candidature distincte et dans lesquelles seuls les opérateurs économiques invités peuvent ensuite remettre une offre (p.ex. la procédure concurrentielle avec négociation) mais elles paraissent se confondre dans les procédures ouvertes, où les opérateurs sont invités à déposer au même moment les justificatifs et informations ayant trait à leur capacité et leur offre avec les documents à l'appui qui sont requis. Traditionnellement, les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices vérifient cependant, dans les procédures ouvertes également, d'abord la validité de la candidature (pour s'assurer que le soumissionnaire ne se trouve pas dans une situation d'exclusion et

⁵ RMP 2018, Art. 202 et 247.

⁶ Annexe IV de la directive 2014/24/UE et annexe V de la directive 2014/25/UE. Il y a lieu de signaler que ces annexes peuvent être modifiées par la Commission européenne pour les adapter aux évolutions technologiques.

⁷ « En cas de remise par voie électronique, celle-ci doit être réalisée exclusivement au moyen du portail » (RME 2013, Art. 11). D'après le commentaire des articles, « il est à préciser que le Portail constitue l'unique outil par le biais duquel des offres et candidatures électroniques peuvent être remises. En conséquence uniquement les offres électroniques par le biais du Portail sont recevables ».

⁸ Règlement ministériel du 2 décembre 2013 instituant les conditions d'utilisation du portail des marchés publics (RPMP 2013).

qu'il satisfait aux critères de sélection) avant de se pencher sur la conformité et la régularité de l'offre⁹.

La réforme de 2018 introduit de nouveaux instruments et concepts destinés à faciliter, aussi bien pour les entreprises que pour les acheteurs publics, l'étape de la candidature.

B. La base de données e-Certis

« E-Certis » est une **base de données** en libre accès¹⁰ de la Commission européenne comportant :

- des **renseignements sur les certificats et documents les plus couramment demandés** dans les procédures de passation de marchés publics au sein de l'Union européenne, et
- une **liste des bases de données** contenant les informations pertinentes relatives aux opérateurs économiques qui peuvent être consultées par les pouvoirs adjudicateurs¹¹.

Le premier aspect vise à permettre aux opérateurs économiques et aux pouvoirs adjudicateurs de se familiariser avec la forme des documents usités dans les différents pays européens. L'entreprise qui souhaite participer à un marché public étranger peut ainsi facilement vérifier à quoi correspondent les documents qui lui sont réclamés et se procurer l'équivalent luxembourgeois. L'acheteur public, lui, pourra vérifier que les certificats joints aux dossiers correspondent bien à ceux que délivre le pays d'origine de l'entreprise.

Dans son second aspect, la banque de données « e-Certis » permet aux pouvoirs adjudicateurs de vérifier directement, dans des bases de données ouvertes, l'exactitude des déclarations qui sont faites par les opérateurs économiques. En effet, dans les marchés du Livre II, la loi prévoit désormais que les opérateurs économiques n'ont plus besoin de produire des certificats ou informations que le pouvoir adjudicateur peut obtenir directement en consultant une base de données accessible gratuitement¹².

L'alinéa 2 de l'article 73 de la loi du 8 avril 2018, qui entrera en vigueur le 18 octobre 2018¹³, prévoit encore que « les pouvoirs adjudicateurs exigent principalement les types de certificats ou les formes de pièces justificatives qui sont prévus par e-Certis ». Il ne faut pas y voir une restriction des **certificats et pièces justificatives que le pouvoir adjudicateur peut réclamer**. C'est aux articles 31 et 32 de la loi du 8 avril 2018, également issus de la transposition de la directive 2014/24, qu'il faut se référer pour déterminer quels sont les

⁹ À noter que cet ordre n'est désormais plus obligatoire puisque l'article 79 du règlement grand-ducal du 8 août 2018 autorise les pouvoirs adjudicateurs à « examiner les offres avant de vérifier l'absence de motifs d'exclusion et, s'il y a lieu, le respect des critères de sélection » (RMP 2018, Art. 79).

¹⁰ La base de données e-Certis peut être consultée sous : <https://ec.europa.eu/tools/ecertis/search>.

¹¹ Aux termes de l'article 271(3) du RMP 2018, au Luxembourg c'est au ministre ayant les Travaux publics dans ses attributions de mettre à jour « en permanence » les données accessibles dans la base de données e-Certis.

¹² « Nonobstant le paragraphe 4, les opérateurs économiques ne sont pas tenus de présenter des documents justificatifs ou d'autres pièces justificatives lorsque et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'obtenir directement les certificats ou les informations pertinentes en accédant à une base de données nationale dans un État membre qui est accessible gratuitement » (LMP 2018, Art. 72(5)).

¹³ LMP 2018, Art. 163(3).

moyens de preuve qu'un pouvoir adjudicateur peut exiger. L'alinéa 2 de l'article 73 de la loi du 8 avril 2018 demande simplement au pouvoir adjudicateur de privilégier¹⁴ – en particulier lorsqu'il demande des documents justificatifs à l'appui des déclarations faites par l'opérateur dans son DUME¹⁵ – les documents renseignés par la base de données, sans exclure que d'autres documents prévus aux articles 31 et 32 puissent être demandés¹⁶.

C. Le Document unique de marché européen

Le Document unique de marché européen (DUME)¹⁷ est une **déclaration sur l'honneur** d'une entreprise participant à une procédure de marché public qu'elle remplit les conditions de participation à cette procédure (absence de condamnations, régularité au regard des obligations fiscales et sociales, situation financière, compétences professionnelles, capacités techniques, etc.).

Le DUME n'est cependant qu'une **preuve provisoire** (« a priori »), qui peut faire l'objet de vérifications en cours de procédure¹⁸ et dont le pouvoir adjudicateur doit vérifier la véracité au moment de l'attribution du marché¹⁹.

Le DUME soulève de nombreuses interrogations.

Il n'est notamment pas clair si l'utilisation du DUME est obligatoire ou facultative. À l'instar de l'article 59 de la directive 2014/24 qu'il transpose, l'article 72 de la loi du 8 avril 2018 se contente de prévoir que **les pouvoirs adjudicateurs doivent accepter le DUME** à titre de preuve *a priori* en lieu et place des certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers. Il n'y est pas prévu d'obligation pour les opérateurs économiques de présenter un DUME. L'affirmation contraire que l'utilisation du DUME serait obligatoire pour les opérateurs économiques, que l'on retrouve notamment dans le « Guide » du Portail des marchés publics consacré au DUME²⁰, trouve son fondement dans des « Instructions » annexées au Règlement d'exécution de la Commission européenne du 5 janvier 2016 établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen²¹. La portée normative de ces « Instructions » n'est cependant pas claire, d'autant que la directive

¹⁴ Selon les versions linguistiques de la directive : « principalement », « primarily » et « in erster Linie ».

¹⁵ LMP 2018, Art. 72(4).

¹⁶ Il serait d'ailleurs difficilement admissible que le ministre ayant les Travaux publics dans ses attributions puisse déroger aux articles 31 et 32 de la loi simplement en ne faisant pas figurer certains documents dans la base de données e-Certis.

¹⁷ « European Single Procurement Document » (ESPD). « Einheitliche Europäische Eigenerklärung » (EEE).

¹⁸ LMP 2018, Art. 72, par. 4, al. 1^{er}.

¹⁹ LMP 2018, Art. 72, par. 4, al. 2.

²⁰ « La remise d'un (ou de plusieurs) DUME(s) est obligatoire pour les procédures relevant des Livres II et III : toutes les offres doivent être accompagnées d'un (ou de plusieurs) DUME(s), que les opérateurs économiques auront rempli pour fournir les informations requises par le pouvoir adjudicateur/l'entité adjudicatrice, aux termes de l'avis de marché ou des autres documents de marché » (Document unique de marché européen (DUME), Guide à l'attention des pouvoirs adjudicateurs, des entités adjudicatrices et des opérateurs économiques, version du 12 juin 2018, p. 6).

²¹ Règlement d'exécution (UE) 2016/7 de la Commission du 5 janvier 2016 établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen. Les « Instructions » reprises en annexe au règlement d'exécution affirment que « les offres dans les procédures ouvertes ainsi que les demandes de participation aux procédures restreintes, aux procédures concurrentielles avec négociation, aux dialogues compétitifs ou aux partenariats d'innovation doivent être accompagnées du DUME, que les opérateurs économiques auront rempli pour fournir les informations requises ».

2014/24 charge uniquement la Commission européenne d'établir, au moyen d'un acte d'exécution²², un formulaire-type. Selon notre analyse, qui rejoint celle des autorités françaises²³ et allemandes²⁴, l'utilisation du DUME n'est pas obligatoire pour les soumissionnaires mais seulement une faculté ; les opérateurs peuvent donc également remettre des certificats et documents probatoires, du moins si le pouvoir adjudicateur n'a pas rendu l'utilisation du DUME obligatoire dans l'avis de marché ou les documents de marché. Il appartiendra cependant en définitive à la Cour de justice de trancher cette question très controversée. En attendant cette clarification, il faut conseiller aux entreprises de prendre les instructions du Portail des marchés publics à la lettre et de joindre systématiquement un DUME dans certaines procédures (voir ci-dessous, p. 37).

Un autre sujet délicat est l'application du DUME dans les marchés relevant du **Livre III**. Le « Guide » du Portail des marchés publics consacré au DUME affirme²⁵ que le DUME s'applique également aux marchés des secteurs spéciaux, mais en réalité la situation juridique n'est, ici encore, pas claire car le Livre III ne contient aucune disposition sur le DUME en raison, semble-t-il d'une erreur de transposition²⁶.

Pour ce qui est des marchés du Livre I^{er}, en revanche, la situation est claire : le DUME n'y trouve normalement pas application, mais le règlement grand-ducal du 8 avril 2018 permet aux pouvoirs adjudicateurs, de **l'accepter également dans les marchés du Livre I^{er}**²⁷. Dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement, la possibilité de remplacer des certificats et documents probatoires par des déclarations sur l'honneur doit cependant être annoncée.

Le DUME, qui pouvait être établi sur papier pendant une période transitoire²⁸, est désormais exclusivement fourni au format électronique (DUME)²⁹. Le Portail des marchés

²² La Commission européenne peut modifier des dispositions législatives non essentielles lorsqu'elle a été chargée d'adopter des « actes délégués » sur le fondement de l'article 290 TFUE (Un acte législatif peut déléguer à la Commission le pouvoir d'adopter des actes non législatifs de portée générale qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels de l'acte législatif ». Si, en revanche, la Commission a été chargée de prendre des « actes d'exécution » au sens de l'article 291 TFUE elle n'a cette prérogative. Selon la jurisprudence de la Cour de Justice, elle doit alors se limiter « à préciser le contenu d'un acte législatif, afin d'assurer sa mise en œuvre dans des conditions uniformes dans tous les États membres » (CJUE, GC, 18 mars 2014, *Commission c. Parlement et Conseil*, aff. C-427/12, point 39).

²³ Fiche de la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, <https://www.economie.gouv.fr/daj/dume-espd>.

²⁴ Leitfaden des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie für das Ausfüllen der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE), Stand: Dezember 2016, p. 2.

²⁵ Voir l'extrait cité à la note n° 20.

²⁶ Alors que l'article 80(3) de la directive 2014/25 contient un renvoi aux articles 59 à 60 de la directive 2014/24 – énumération qui inclut l'article 59 de cette directive, qui institue le DUME – l'article 141 de la LMP 2018 renvoie à l'article 71 de la même loi, qui concerne la vérification de la situation des soumissionnaires et, le cas échéant, des entités aux capacités desquelles un soumissionnaire entend avoir recours.

²⁷ « Le cahier spécial des charges peut prévoir que le pouvoir adjudicateur permet aux soumissionnaires d'avoir recours au document unique de marché européen (DUME), visé à l'article 72 de la loi » (RMP 2018, Art. 20).

²⁸ LMP 2018, Art. 163(1).

²⁹ Le DUME papier a disparu le 18 avril 2018, donc six mois avant la dématérialisation complète des procédures de passation des Livres II et III. Ceci conduit à s'interroger sur la technique à mettre en œuvre pour joindre un DUME à une candidature ou offre qui serait encore envoyée par lettre recommandée ou déposée. Le Guide du Portail des marchés publics recommande de joindre le fichier

publics renvoie pour cela au service DUME de la Commission européenne. Il ne s'agit cependant que d'une solution provisoire car la Commission européenne a prévu de désactiver ce service dès avril 2019. Un outil permettant d'établir un DUME devrait donc prochainement être intégré au Portail.

En dépit de la volonté de simplification affichée, le Document unique de marché européen reste un instrument passablement compliqué à manipuler. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent faciliter la tâche aux entreprises en mettant à leur disposition, parmi les documents de marché, un DUME déjà partiellement rempli/pré-configuré (dit « DUME acheteur ») dans lequel le nombre des informations requises est réduit à ce dont le pouvoir adjudicateur a réellement besoin.

Le service DUME de la Commission européenne propose deux formats de DUME : le **format PDF** et le **format XML**. Le premier présente l'avantage d'être aisément lisible par un être humain tandis que le second a pour intérêt de pouvoir être réutilisé dans un autre système informatique après importation³⁰. Il n'est actuellement pas clair lequel des deux formats est à privilégier. Le « Guide » du Portail des marchés publics consacré au DUME conseille de télécharger le document sous les deux formats³¹ mais semble indiquer que lors du dépôt sur le Portail, le format XML serait à utiliser³².

Le DUME est un instrument qui est en pleine évolution. Il est ainsi annoncé que, dans l'avenir, il sera complété pour permettre aux entreprises de voir directement dans le DUME quels justificatifs elle peut utiliser pour prouver qu'elle satisfait à un critère spécifique et les acheteurs devraient se voir bientôt proposer des tableaux comparatifs des DUME des entreprises participantes³³.

Les déclarations faites dans le Document unique de marché doivent évidemment être véridiques. L'opérateur qui s'est rendu coupable de fausse déclaration en fournissant les renseignements exigés pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ou la satisfaction des critères de sélection, a caché ces informations ou n'est pas en mesure de présenter les documents justificatifs requis est menacé d'exclusion³⁴.

XML à l'offre sous forme électronique au moyen d'un support électronique (CD, clé USB, carte SD, etc.) (Document unique de marché européen (DUME), Guide à l'attention des pouvoirs adjudicateurs, des entités adjudicatrices et des opérateurs économiques, version du 12 juin 2018, p. 22). Soufflant le chaud et le froid, il indique toutefois aussi que « l'impression du format PDF du DUME devrait pouvoir pallier les cas où il s'avère impossible d'y apposer une signature électronique » (*Ibid.*).

³⁰ C'est cette technique d'importation dans le service DUME de la Commission européenne que doit utiliser un opérateur économique pour compléter un DUME acheteur mis à sa disposition par un pouvoir adjudicateur. C'est également à cette technique que doit recourir un pouvoir adjudicateur pour pouvoir lire un DUME au format XML déposé par un soumissionnaire.

³¹ Document unique de marché européen (DUME), Guide à l'attention des pouvoirs adjudicateurs, des entités adjudicatrices et des opérateurs économiques, version du 12 juin 2018, p. 22.

³² Le « Guide » indique que « dans le cas où le pouvoir adjudicateur/entité adjudicatrice a prévu la remise électronique des offres, le fichier.xml est transmis au Portail des Marchés publics ». Toutefois une note de bas de page tempère en indiquant que « rien n'empêche le soumissionnaire à joindre à l'offre les deux formats » (Document unique de marché européen (DUME), Guide à l'attention des pouvoirs adjudicateurs, des entités adjudicatrices et des opérateurs économiques, version du 12 juin 2018, p. 22).

³³ Source : FAQ de la Commission européenne sur le DUME

³⁴ LMP 2018, Art. 29(3). L'exclusion peut être prononcée pendant jusqu'à trois années à compter de l'événement (LMP 2018, Art. 29(6)).

D. Le principe « Dites-le nous une fois »

Afin d'alléger les charges administratives pesant sur les entreprises, la législation sur les marchés publics prévoit désormais que les pouvoirs adjudicateurs ne doivent pas demander de justificatifs qu'ils pourraient obtenir directement et gratuitement en accédant à une base de données³⁵ ni – à compter du 18 octobre 2018³⁶ – des documents dont il dispose déjà³⁷.

Il y a lieu de noter que dans ses réponses fournies à la Commission européenne en vue de l'élaboration du premier rapport d'évaluation sur l'application pratique du document européen de marché unique, le Luxembourg a indiqué qu'il n'y avait actuellement aucune base de données directement accessible aux pouvoirs adjudicateurs³⁸.

Relevons encore que le Portail des marchés publics comporte une fonctionnalité de « coffre-fort électronique », qui permet aux entreprises enregistrées de stocker des documents dont elles ont régulièrement besoin lors de la participation à des procédures de marchés publics. L'entreprise peut ainsi répondre aux demandes de fourniture de documents en invitant l'acheteur public à récupérer le document dans le coffre-fort électronique. Attention cependant: les documents déposés dans le coffre-fort électronique doivent être tenus à jour.

V. La signature électronique

Bien qu'elle soit reconnue par notre droit depuis plus de quinze ans, la signature électronique n'est toujours pas entrée dans les mœurs. Il suffit, pour s'en rendre compte, d'observer que si on a l'habitude de signer de manière manuscrite les documents papier même les plus anodins, les documents électroniques – messages électroniques, messages sur les réseaux sociaux, etc. – ne le sont pour ainsi dire jamais. Certains correspondants envoient même, comme pièce jointe à des messages électroniques, des fichiers de traitement de texte comportant une lettre formelle, mais non signés. La généralisation des marchés publics dématérialisés devrait cependant donner un essor considérable à la signature électronique.

A. La notion de signature électronique

Notre Code civil définit la signature électronique comme « un ensemble de données, liées de façon indissociable à l'acte, qui en garantit l'intégrité » et qui « identifie celui qui l'appose et manifeste son adhésion au contenu de l'acte »³⁹.

La signature électronique poursuit ainsi un double objectif : il s'agit, d'une part, d'identifier l'auteur de la signature et de manifester son consentement et, d'autre part,

³⁵ LMP 2018, Art. 72, par. 5, al. 1^{er}.

³⁶ LMP 2018, Art. 163(2).

³⁷ LMP 2018, Art. 72, par. 5, al. 2.

³⁸ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'évaluation de l'application pratique du document européen de marché unique du 17 mai 2017 (COM(2017) 242 final).

³⁹ Code civil, Art. 1321-1. Le libellé de cet article résulte de la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique.

d'assurer l'intégrité du document, ce à quoi elle peut être beaucoup plus performante que les paraphes, ou même les systèmes de perforation, utilisés pour les documents papier.

L'on observe que la définition de la signature électronique du Code civil est fonctionnelle. Le Code civil n'impose aucune technique ou technologie spécifique en vue d'atteindre les conditions qu'il énonce.

Il existe aujourd'hui trois types de signatures électroniques qui satisfont aux exigences résultant du Code civil :

- les **signatures électroniques qualifiées**⁴⁰, créées à l'aide d'un dispositif de création de signature électronique qualifié et qui reposent sur un certificat électronique qualifié. Ces signatures se voient expressément reconnaître une valeur juridique équivalente à la signature manuscrite par l'article 25 du règlement européen n° 910/2014 (dit « règlement eIDAS »)⁴¹ et bénéficient également de la présomption de l'article 18 de la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique⁴².
- les **signatures électroniques avancées reposant sur un certificat électronique qualifié** mais qui ne sont pas créées au moyen d'un dispositif de création de signature électronique qualifié. Ces signatures bénéficient, en droit interne, d'une assimilation à la signature manuscrite en vertu de l'article 18 de la loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique⁴² mais cette équivalence ne leur est pas reconnue par le règlement eIDAS⁴³.
- les **signatures électroniques avancées qui ne reposent pas sur un certificat de sécurité qualifié**⁴⁴. De telles signatures peuvent satisfaire aux conditions légales résultant du Code civil et être reconnues équivalentes à la signature manuscrite, mais il n'y a, à leur égard, pas de présomption légale comparable à celle dont bénéficient les deux précédentes catégories de signatures.

L'on connaît encore, à côté des signatures électroniques avancées ou qualifiées, des **signatures électroniques dites « simples »** qui sont « jointes ou associées logiquement à

⁴⁰ La signature électronique qualifiée est définie comme « une signature électronique avancée qui est créée à l'aide d'un dispositif de création de signature électronique qualifié, et qui repose sur un certificat qualifié de signature électronique » (Règlement (UE) n° 910/2014, Art. 3, définition n° 12). Une telle signature doit donc satisfaire aux exigences de l'article 26 du règlement (UE) n° 910/2014 (cité à la note n° 44) et être en plus basée sur un certificat de signature électronique qualifié.

⁴¹ « L'effet juridique d'une signature électronique qualifiée est équivalent à celui d'une signature manuscrite » (Règlement (UE) n° 910/2014, Art. 25(2)).

⁴² « Sans préjudice des articles 1323 et suivants du Code civil, une signature électronique créée par un dispositif sécurisé de création de signature que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif et qui repose sur un certificat qualifié, constitue une signature au sens de l'article 1322-1 du Code civil » (Loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique (LCE), Art. 18(1)).

⁴³ Ces signatures ne sont pas rejetées par le droit européen mais leur valeur probatoire est sujette à appréciation par le juge : « L'effet juridique et la recevabilité d'une signature électronique comme preuve en justice ne peuvent être refusés au seul motif que cette signature se présente sous une forme électronique ou qu'elle ne satisfait pas aux exigences de la signature électronique qualifiée » (Règlement (UE) n° 910/2014, Art. 25(1)).

⁴⁴ « Une signature électronique avancée satisfait aux exigences suivantes : a) être liée au signataire de manière univoque ; b) permettre d'identifier le signataire ; c) avoir été créée à l'aide de données de création de signature électronique que le signataire peut, avec un niveau de confiance élevé, utiliser sous son contrôle exclusif ; et d) être liée aux données associées à cette signature de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable » (Règlement (UE) N° 910/2014, Art. 26)

d'autres données sous forme électronique et que le signataire utilise pour signer »⁴⁵ sans cependant satisfaire pleinement aux exigences de l'identification certaine de l'auteur de la signature et de la garantie que le document n'a pas été altéré. Paradoxalement, ces signatures moins performantes sont celles qui sont le plus couramment utilisées. On peut citer l'exemple une signature numérisée insérée dans un document ou le fait de cocher une case dans un formulaire affiché à l'écran. La pratique des affaires se satisfait tout à fait de telles signatures électroniques simples (SES). En cas de différend, leur validité juridique et leur caractère probatoire est sujette à appréciation par le juge⁴⁶.

B. La signature électronique dans le droit des marchés publics

L'article 13 du règlement grand-ducal du 27 août 2013 dispose que les candidatures, les offres et les actes d'engagement, transmis par voie électronique sont signés par l'opérateur économique, respectivement par son mandataire, au moyen d'une signature électronique au sens de la loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique⁴⁷.

C'est donc, dans l'état actuel des textes en tout cas, une **signature électronique qualifiée** ou une **signature électronique avancée reposant sur un certificat électronique qualifié** qui est exigée.

Les conditions d'utilisation du Portail des marchés publics actuellement en vigueur, instituées par un règlement ministériel du 2 décembre 2013⁴⁸, indiquent que l'utilisation du Portail nécessite la possession d'un certificat électronique qualifié et précise qu'« actuellement, pour des raisons techniques, le Portail n'est en mesure d'accepter que les certificats électroniques de type LuxTrust PRIVATE ou LuxTrust PRO »⁴⁹. Tout porte à croire que cette restriction sera prochainement levée. Le règlement eIDAS impose en effet, à compter du 29 septembre 2018, aux États membres la **reconnaissance mutuelle** obligatoire des moyens d'identification électronique délivrés selon un schéma d'identification électronique figurant sur une liste publiée par la Commission européenne⁵⁰. Au-delà de cette date, le Portail des marchés publics devra accepter des moyens d'authentification électronique étrangers⁵¹.

⁴⁵ Règlement (UE) N°910/2014, Art. 3, définition n° 3.

⁴⁶ « Une signature électronique ne peut être rejetée par le juge au seul motif qu'elle se présente sous forme électronique, qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de certification, ou qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature » (Loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique, Art. 18(2)). Dans le même sens, voir l'article 25(1) du règlement eIDAS, reproduit à la note n° 43.

⁴⁷ RME 2013, Art. 13.

⁴⁸ Règlement ministériel du 2 décembre 2013 instituant les conditions d'utilisation du portail des marchés publics (RPMP 2013).

⁴⁹ Conditions d'utilisation du Portail des marchés publics, point 12.

⁵⁰ Règlement (UE) N°910/2014, Art. 6.

⁵¹ « Si un État membre exige une signature électronique avancée qui repose sur un certificat qualifié pour utiliser un service en ligne proposé par un organisme du secteur public ou pour l'utiliser au nom de cet organisme, il reconnaît les signatures électroniques avancées qui reposent sur un certificat qualifié et les signatures électroniques qualifiées au moins dans les formats ou utilisant les méthodes définis dans les actes d'exécution visés au paragraphe 5 » (Règlement (UE) N°910/2014, Art. 27(2)).

Le règlement grand-ducal du 8 avril 2018 paraît cependant annoncer un **allègement** puisqu'il prévoit que les « règles applicables aux outils et dispositifs de transmission » et notamment le niveau de sécurité exigé, seront arrêtés dans un règlement ministériel « pour chacune des phases de la procédure de passation de marché » et d'une manière « proportionnée aux risques »⁵². Le règlement grand-ducal du 8 avril 2018 laisse entendre que le recours à des signatures électroniques avancées pourrait, à l'avenir, n'être imposé que « lorsque le niveau de risque (...) est tel que l'usage de signatures électroniques avancées, au sens du règlement n° 910/2014 (...) est requis »⁵³. Il s'agirait d'une simplification considérable. Toutefois, rien n'a encore filtré quant à la teneur que pourraient avoir ces futures règles.

L'adoption de règles de sécurité distinctes pour chacune des phases de la procédure, évoquée aux articles 202 et 247 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 permettrait aussi de remédier à un défaut de l'actuelle réglementation, qui impose la signature électronique de toutes les offres, sans prévoir d'adaptation pour les procédures comportant une négociation ou un dialogue. Pour ces procédures, la signature électronique de l'offre finale, sur la base de laquelle sera prise la décision d'attribution, semble suffisante. Signalons à ce propos que le législateur français n'exige plus la signature électronique des offres depuis 2016⁵⁴ afin de faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics⁵⁵.

Sur le plan de la technique législative, il faut signaler qu'il pourrait se produire un délicat conflit entre les dispositions du règlement grand-ducal du 8 avril 2018, mises en œuvre par règlement ministériel, et celles du règlement grand-ducal du 27 août 2013, qui restent en vigueur⁵⁶. La mise en œuvre des articles 202 et 247 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 nécessitera, selon notre analyse, une abrogation partielle du règlement grand-ducal du 27 août 2013.

La réforme pourrait aussi être l'occasion de légitimer la pratique de certains pouvoirs adjudicateurs consistant à demander aux soumissionnaires de leur adresser les offres par courrier électronique. Une telle modalité de remise des offres pourrait être adaptée pour

⁵² RMP 2018, Art. 202, al. 2, et 247, al. 2.

⁵³ RMP 2018, Art. 202, al. 2, point c), et 247, al. 2, point c).

⁵⁴ Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

⁵⁵ « Le Gouvernement a souhaité que la transposition de ces nouvelles directives soit l'occasion de moderniser et de simplifier le droit des marchés publics afin notamment de faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises (PME) à la commande publique. Les concertations menées avec les parties prenantes au cours de ces travaux ont mis en exergue une demande forte d'allègement des formalités de candidature. En particulier, le dispositif qui était prévu par le code des marchés publics en matière de signature, et plus précisément de signature électronique, constituait pour un grand nombre d'opérateurs économiques, et notamment pour les PME, un frein à l'accès à la commande publique. En conséquence, le décret du 25 mars 2016 ne comporte plus de disposition en matière de signature des candidatures et des offres pour l'ensemble des procédures de passation des marchés publics. Désormais, les candidatures et les offres des opérateurs économiques n'ont pas à être signées manuscritement ni même électroniquement. En revanche, le marché public en tant que contrat formalisant l'engagement des parties, doit être signé. (...). Aucune disposition des textes de transposition ne s'oppose toutefois à ce que l'acheteur, s'il le souhaite, impose aux soumissionnaires la signature de leur offre à condition de mentionner cette exigence dans le règlement de la consultation ou dans l'avis de publicité » (Rép. min. n° 21405, *JO Sénat*, 16 juin 2016, p. 2691).

⁵⁶ Voir le renvoi à l'article 270(3) du RMP 2018.

les marchés dont la valeur est inférieure aux seuils européens⁵⁷. Un tel allègement devrait également avoir lieu au niveau du règlement grand-ducal.

C. Le cas particulier de la signature électronique des personnes morales

Lorsqu'il s'agit de signer électroniquement un document pour le compte d'une personne morale, deux approches sont possibles :

- La première approche consiste à faire signer électroniquement le document par une ou plusieurs personnes physiques habilitées à engager la société. Cette approche imite ce qui se produit lors de la signature d'un document papier.
- La seconde consiste à admettre que la personne morale puisse être elle-même capable de signer électroniquement un document.

La loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique ne tranche pas clairement entre ces deux approches⁵⁸.

La question est aujourd'hui dépassée, d'une part parce que l'opérateur LuxTrust émet uniquement des certificats au nom de personnes physiques⁵⁹ et d'autre part parce que le règlement eIDAS réserve désormais clairement la signature électronique aux seules personnes physiques⁶⁰.

Il est donc nécessaire de régler clairement les pouvoirs de signature et de faire en sorte que les personnes habilitées à engager la personne morale disposent bien d'un certificat leur permettant de signer électroniquement des documents.

Notons encore qu'il existe, depuis le règlement eIDAS un outil spécifique appelé **cachet électronique**⁶¹ qui peut être utilisé pour authentifier les documents émanant de personnes morales⁶². Même si de tels cachets sont d'ores et déjà délivrés, notamment par la société LuxTrust, la législation nationale n'a pas encore été adaptée pour leur donner

⁵⁷ Cette possibilité ne peut pas être admise lorsque les seuils européens sont dépassés. En effet, il ne semble pas possible de satisfaire aux exigences techniques mentionnées plus haut en employant un simple serveur e-mail.

⁵⁸ L'article 17 de la LCE 2000, définissant la notion de « signataire », semble plutôt pencher vers l'approche où une personne physique représente la personne morale (« "Signataire" : toute personne qui détient un dispositif de création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui d'une personne physique ou morale qu'elle représente ») mais deux autres articles (l'article 23, qui subordonne la délivrance d'un certificat qualifié à une personne morale à la condition que le prestataire « vérifie préalablement l'identité et le pouvoir de représentation de la ou des personnes physiques qui se présentent à lui » et l'article 26(2), point b), qui prévoit la révocation du certificat en cas de dissolution de la personne morale) semblent au contraire admettre qu'une personne morale peut détenir un certificat électronique. Ces incohérences ont été étudiées A. Prüm, Y. Pouillet et E. Monteiro, *Le commerce électronique en droit luxembourgeois*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 179.

⁵⁹ « Ces certificats sont émis au nom d'une personne physique. Il n'est pas possible d'en émettre au seul nom d'une personne morale. Il est toutefois possible d'émettre des certificats pour une personne physique représentant une personne morale » (Source : <https://www.luxtrust.lu/fr/page/106>)

⁶⁰ Le règlement définit en effet le signataire comme « une personne physique qui crée une signature électronique » (Règlement (UE) N°910/2014, Art. 3, définition n° 9).

⁶¹ Règlement (UE) N°910/2014, Art. 35 à 40.

⁶² Règlement (UE) N°910/2014, Considérant n° 65.

un régime juridique clair⁶³. En attendant une intervention législative, il serait périlleux de penser qu'un cachet électronique équivaut à une signature électronique. Tel que le cachet électronique est défini par le règlement eIDAS, ses fonctions sont en effet limitées à garantir l'origine et l'intégrité des données électroniques auxquelles il est lié⁶⁴ et il lui manque ce qu'un auteur appelle « la fonction d'adhésion »⁶⁵. Le législateur national pourrait conférer valeur de signature au cachet électronique, comme l'a fait le législateur belge⁶⁶, mais il n'y a actuellement pas de loi luxembourgeoise dans ce sens⁶⁷.

D. Synthèse

Le tableau ci-après synthétise les règles régissant actuellement la validité des signatures électroniques en droit privé (droit civil et droit commercial) et dans le droit des marchés publics :

	Droit privé	Marchés publics
Signature électronique qualifiée (p.ex. Smartcard LuxTrust)	Assimilée à la signature manuscrite	Valable
Signature électronique avancée reposant sur un certificat qualifié (p.ex. Signing Stick LuxTrust)	Assimilée à la signature manuscrite	Valable
Signature électronique avancée	Appréciation du juge	Non valable

⁶³ Un auteur estime que « l'introduction des cachets électroniques en droit luxembourgeois par le Règlement eIDAS demandera sans doute des modifications ponctuelles de certaines règles luxembourgeoises existantes afin de positionner, voire de clarifier, le rôle d'un cachet électronique apposé par une société, vis-à-vis des signatures électroniques apposées par des personnes physiques » (N. Rase, « Point de vue luxembourgeois : panorama général du règlement eIDAS et focus sur l'archivage », in : H. Jacquemin (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016).

⁶⁴ Règlement (UE) N° 910/2014, Art. 3, définition n° 25.

⁶⁵ « La fonction d'adhésion est une composante essentielle de la signature. Cette dernière doit matérialiser le consentement du signataire à l'acte qu'il signe. Le cachet électronique ne doit, par contre, pas marquer l'adhésion de la personne morale au contenu des données auquel il est lié. Si tel était le cas, cela signifierait que l'emploi d'un cachet pourrait manifester le consentement de la personne morale qui l'utilise 74 et l'engager sur le plan juridique, ce qui aurait un impact conséquent sur les règles nationales de représentation des personnes morales. Or, le Règlement eIDAS n'avait pas pour vocation d'harmoniser cette question » (J.-B. Hubin, « Le cachet électronique des personnes morales », in : H. Jacquemin (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016).

⁶⁶ « Sans préjudice des articles 1323 et suivants du Code civil et des dispositions légales et réglementaires concernant la représentation des personnes morales, un cachet électronique qualifié utilisé dans le cadre d'actes juridiques passés exclusivement par ou entre des personnes physiques et/ou morales domiciliées ou établies en Belgique est assimilé à la signature manuscrite de la personne physique qui représente la personne morale qui a créé ce cachet » (Art. XII.25. du Code de droit économique, inséré par la loi du 21 juillet 2016 (extrait)).

⁶⁷ L'éventuelle assimilation légale du cachet électronique à la signature électronique ne signifie pas qu'une personne morale ne peut pas continuer à être engagée par la signature d'un mandataire social, personne physique. C'est ce qu'exprime d'ailleurs le considérant n° 58 du règlement eIDAS, d'après lequel « lorsqu'une transaction exige d'une personne morale un cachet électronique qualifié, une signature électronique qualifiée du représentant autorisé de la personne morale devrait être également recevable » (Règlement (UE) N° 910/2014, Considérant n° 58).

Signature électronique simple	Appréciation du juge	Non valable
Cachet électronique	Non valable	Non valable

VI. Le recommandé électronique

La loi et le règlement sur les marchés publics prévoient toujours de nombreux cas de figure où la communication entre les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques doit être effectuée par lettre recommandée.

À première vue, cette exigence semble incompatible avec l'objectif de dématérialisation des procédures.

L'article 6 du règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics répond cependant à cette difficulté en décrétant l'**assimilation des communications et notifications faites au moyen du Portail des marchés publics à un envoi par lettre recommandée**⁶⁸. Il s'agit, selon l'avis du Conseil d'État, d'une présomption irréfragable⁶⁹.

Si la solution retenue est indubitablement la bonne d'un point de vue technologique, il subsiste un doute quant à la validité juridique de cette disposition réglementaire. Le règlement grand-ducal du 27 août 2013 déroge en effet à la définition légale du **recommandé électronique** qui figure l'article 34 de la loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique. Selon cette disposition, « le message signé électroniquement sur base d'un certificat qualifié dont l'heure, la date, l'envoi et le cas échéant la réception, sont certifiés par le prestataire conformément aux conditions fixées par règlement grand-ducal constitue un envoi recommandé »⁷⁰. La dérogation consiste dans le fait que le règlement grand-ducal du 27 août 2013 assimile les communications faites au moyen du portail à une lettre recommandée sans reprendre les conditions figurant dans la loi, et en particulier celle concernant la certification. Il conviendrait donc, dans notre analyse⁷¹, de compléter le dispositif en indiquant dans le règlement les conditions auxquelles le Portail

⁶⁸ « Toute communication ou notification envoyée à l'opérateur économique à l'adresse de courrier électronique au moyen du portail sera réputée avoir été faite par courrier recommandé au sens du règlement grand-ducal précité du 3 août 2009 » (RME 2013, Art. 6(2) et 6(3)).

⁶⁹ Avis du Conseil d'État du 2 juillet 2013, n° CE 50.143, p. 6.

⁷⁰ Loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique, Art. 18(1). Notons qu'aucun règlement général d'exécution de cette disposition n'a jamais été pris, ce qui a fait écrire à un auteur que le recommandé électronique était, en droit luxembourgeois, « un concept juridique dormant » (N. Rase, « Point de vue luxembourgeois : panorama général du règlement eIDAS et focus sur l'archivage », in : H. Jacquemin (dir.), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016). Observons par ailleurs que les exigences du texte luxembourgeois paraissent en recul par rapport à ce que prévoit le règlement eIDAS (Règlement (UE) N°910/2014, Art. 3, définitions n°s 36 et 37, art. 43 et art. 44).

⁷¹ Et ce même en tenant compte du fait que le règlement grand-ducal du 2 juillet 2013 peut se prévaloir d'une base légale particulièrement large puisque l'article 4 de la loi sur les marchés publics de 2009 se bornait à annoncer que « l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics est régie par voie de règlement grand-ducal ». Le règlement ne peut en effet pas déroger à la loi.

des marchés publics certifie l'heure, la date, l'envoi et le cas échéant la réception du message⁷².

Un autre problème pratique est que l'assimilation à l'envoi recommandé ne suffit pas à remplacer l'envoi postal dans les cas où la loi exige un **envoi recommandé avec accusé de réception**⁷³. De tels envois restent exigés dans la dernière mouture de la loi et du règlement (p.ex. concernant la demande de justification de prix ou pour les demandes en adaptation des prix) et doivent toujours être effectués par voie postale, ce qui contrevient au droit européen.

Il serait opportun de remédier à ces incertitudes avant la généralisation des procédures de passation de marché dématérialisées.

VII. Bientôt la facture électronique

Le dispositif décrit jusqu'ici sera prochainement complété par des règles sur la facturation électronique, à l'issue de l'exécution des marchés.

La Chambre des députés est en effet actuellement saisie d'un projet de loi⁷⁴ qui prévoit que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices devront accepter, à compter du 19 avril 2019, les factures électroniques conformes à une norme européenne sur la facturation électronique arrêtée par la Commission européenne.

Soulignons que cette obligation ne concerne que les acheteurs publics. Le dispositif n'envisage pas, pour l'heure en tout cas, d'obligation pour les entreprises d'émettre des factures électroniques.

⁷² L'article 18 du règlement grand-ducal du 2 juillet 2013 prévoit déjà un journal des transactions documentant « le fonctionnement du portail et le déroulement des procédures de mise en concurrence et de remise électronique des offres et candidatures ».

⁷³ Ce point avait déjà été signalé dans l'avis du Conseil d'État du 2 juillet 2013, n° CE 50.143.

⁷⁴ Projet de loi relative à la facturation électronique dans le cadre des marchés publics, doc. parl. n° 7271.

I. Qui est concerné ?

Les nouvelles règles s'appliquent à tous les pouvoirs adjudicateurs et toutes les entités adjudicatrices des secteurs spéciaux qui s'engagent dans une procédure de passation de marché relevant du **Livre II ou du Livre III** de la loi sur les marchés publics.

Pour les marchés relevant du Livre I^{er}, l'utilisation des moyens de communication électroniques reste facultative⁷⁵. Il en va de même pour les marchés publics de la défense et de la sécurité, dont le régime n'est pas modifié par la réforme de 2018.

II. Utilisation du Portail des marchés publics

A. La publication de l'avis de marché

Les règles concernant la publication des avis de marché ne devraient pas changer fondamentalement avec l'échéance du 18 octobre 2018.

Le règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics prévoit en effet d'ores et déjà une publication sur le Portail de tout avis annonçant une procédure de marché public d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice au sens de la loi sur les marchés publics⁷⁶. Le règlement grand-ducal du 8 avril 2018 a réaffirmé le caractère obligatoire⁷⁷ de la publication des avis sur le portail des marchés publics⁷⁸.

Nous pensons cependant que chronologie des différentes publications devrait être adaptée, pour les marchés des Livres II et III, afin d'assurer que les avis et les informations y contenues ne soient pas publiés au niveau national avant la publication européenne⁷⁹. La pratique actuelle consistant, semble-t-il, à publier immédiatement les avis envoyés à la presse ne semble pas conforme à l'exigence du nouveau texte puisque les avis envoyés à la presse contiennent déjà des informations sur le marché.

B. L'accès aux documents de marché

Les articles 162 et 210 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 posent le principe que les pouvoirs adjudicateurs doivent offrir « par voie électronique, un **accès gratuit, sans restriction, complet et direct aux documents de marché** », et ce à partir de la date de la publication de l'avis de marché.

⁷⁵ RMP 2018, Art. 99.

⁷⁶ RME 2013, Art. 1^{er} et 3. Les références à la législation sur les marchés publics de 2009 figurant dans ces dispositions sont à lire de manière dynamique et visent donc désormais les dispositions correspondantes de la législation de 2018.

⁷⁷ Dans d'autres pays – en France notamment – les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices peuvent également créer leur propre plateforme ou s'adresser (dans la forme, évidemment, d'un marché public) à des prestataires de service externes.

⁷⁸ « La publication des avis prévus au présent règlement est effectuée, par voie électronique, sur le portail » (RMP 2018, Art. 270(2)).

⁷⁹ RMP 2018, Art. 161 et 220. Notons que ces articles permettent la publication nationale 48 heures après l'envoi à l'Office des publications.

Cette publication concerne « tout document fourni par le pouvoir adjudicateur ou auquel il se réfère afin de décrire ou de définir des éléments de la passation de marché ou de la procédure de passation de marché, y compris l'avis de marché, l'avis de préinformation lorsqu'il est utilisé en tant que moyen de mise en concurrence, les spécifications techniques, le document descriptif, les conditions contractuelles proposées, les formats de présentation des documents par les candidats et les soumissionnaires, les informations sur les obligations généralement applicables et tout autre document additionnel »⁸⁰.

Pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices luxembourgeoises, la mise à disposition électronique des documents de marché n'est pas une nouveauté quant à son principe, puisqu'une telle mise à disposition sur le **Portail des marchés publics** est déjà prévue depuis 2013⁸¹. Les modalités d'accès aux documents de marché sur le Portail des marchés publics ne sont cependant actuellement pas entièrement conformes aux exigences européennes. En effet, l'accès aux documents de marché requiert actuellement une identification⁸², ce qui contrevient à l'exigence d'un « accès sans restriction ». L'exigence d'une inscription semble liée au souci de pouvoir contacter les opérateurs qui ont téléchargé les documents du marché si ceux-ci connaissent des modifications (p.ex. l'ajout des réponses aux questions posées). Il s'agit là d'un motif légitime mais qui ne justifie pas le dispositif mis en œuvre car l'inscription aux alertes pourrait aussi être proposée aux opérateurs comme service supplémentaire⁸³.

Le règlement grand-ducal du 8 avril 2018 admet cependant qu'il soit fait **exception au principe de l'accès électronique** direct dans cinq cas de figure :

- lorsque la nature spécialisée du marché rend nécessaire d'utiliser des outils, des dispositifs ou des formats de fichiers particuliers,
- lorsque les formats de fichier adaptés à la description des offres ne peuvent être traités par aucune application ouverte ou communément disponibles ou sont soumis à un régime de licence propriétaire et ne peuvent être mis à disposition par téléchargement ou à distance par le pouvoir adjudicateur,
- lorsque l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessiterait un équipement de bureau spécialisé dont les pouvoirs adjudicateurs ne disposent pas communément,
- lorsque les documents de marché exigent la présentation de maquettes ou de modèles réduits qui ne peuvent être transmis par voie électronique⁸⁴, ou

⁸⁰ Loi sur les marchés publics, Art. 3(2), point I).

⁸¹ « Les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices mettent à disposition par voie électronique les documents de la soumission sur le portail conformément aux dispositions des annexes III et VII du règlement grand-ducal précité du 3 août 2009. Ces documents font foi dans le cadre de la procédure relative au marché public subséquent » (RME 2013, Art. 4(1)).

⁸² RME 2013, Art. 6(1).

⁸³ La mise en place d'un tel service d'alerte n'est pas obligatoire aux termes des directives et de la législation sur les marchés publics, qui n'évoquent que le simple « accès ». Il n'y aurait donc pas d'empêchement à subordonner l'envoi d'alertes à une identification préalable.

⁸⁴ RMP 2018, Art. 197 et 242.

- lorsque cela est nécessaire pour préserver la confidentialité des informations que les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices mettent à disposition des opérateurs pour leur permettre d'élaborer leur offre⁸⁵.

L'article 4(3) du règlement grand-ducal du 27 août 2013, qui permet la transmission par d'autres moyens de documents « trop volumineux pour être téléchargés aisément » n'est plus à prendre en considération pour les marchés relevant du Livre II et du Livre III puisqu'elle ne correspond à aucune des exceptions prévues par le règlement grand-ducal du 8 avril 2018, qui transpose sur ce point des directives européennes⁸⁶.

Notons encore que **certaines procédures de passation spécifiques des Livres II et III ne sont pas concernées** par l'accès électronique aux documents de marché. Dans le Livre II, l'accès électronique aux documents de marché n'est ainsi pas prévu pour les marchés qui sont attribués selon la procédure négociée sans publication préalable⁸⁷ et pour les marchés ayant trait aux services sociaux et à certains services spécifiques énumérés dans une annexe de la loi⁸⁸. Dans le Livre III l'accès par voie électronique aux documents de marché n'est pas prescrit en ce qui concerne les marchés passés selon la procédure restreinte ou selon la procédure négociée⁸⁹.

Soulignons que les règles qui précèdent ne concernent que les marchés relevant des Livres II et III de la loi sur les marchés publics. Pour les marchés dont la valeur est inférieure aux seuils européens, les règles et exceptions du règlement grand-ducal du 27 août 2013 restent d'application. Pour les **marchés du Livre I^{er}**, les opérateurs économiques pourront donc toujours demander une copie papier des documents accessibles par voie électronique⁹⁰. De même, la taille des fichiers reste une justification valable pour l'utilisation d'un autre moyen de communication dans le contexte d'un marché dont la valeur se situe sous les seuils européens.

C. La communication électronique

Avec l'entrée en vigueur des articles 196 et 241 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018, **tous les échanges d'informations** ayant trait à des procédures de passation régies par le Livre II ou par le Livre III de la loi sur les marchés publics devront avoir lieu **par des moyens de communication électroniques**.

Sont notamment visés : les échanges de questions et de réponses, les éventuelles demandes de clarifications, les vérifications de prix, les éventuelles négociations et toutes les notifications à faire aux soumissionnaires (courriers de rejet, information sur l'attribution, information sur l'abandon de la procédure, etc.).

⁸⁵ RMP 2018, Art. 162 et 210.

⁸⁶ RME 2013, Art. 4(3). Même si l'article 1^{er} du RMP 2018 indique que ses dispositions sont « sans préjudice des dispositions du règlement grand-ducal relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures de marchés publics », le dispositif doit être interprété en conformité avec le droit de l'Union.

⁸⁷ LMP 2018, Art. 64 et RMP 2018, Art. 157.

⁸⁸ LMP 2018, Art. 76 et RMP 2018, Art. 189 et Annexe II, partie H.

⁸⁹ RMP 2018, Art. 214 et 216 et Annexes VIII et XII.

⁹⁰ « La mise en ligne des documents de la soumission ne fait pas obstacle à la possibilité pour un opérateur économique de demander qu'il puisse retirer les documents de soumission sur support papier conformément à l'article 39 (2) du règlement grand-ducal précité du 3 août 2009 » (RME 2013, Art. 4(4)). Il y a lieu de substituer la référence à l'article 45(2) du RMP 2018.

Il n'est fait exception au principe du « tout électronique » que dans les cinq hypothèses prévues aux articles 197 et 262 du même règlement (voir p. 3) Soulignons que l'acheteur public qui se trouve dans un cas de figure où ces exceptions s'appliquent doit consigner les raisons rendant nécessaire l'utilisation de moyens de communication autres que les moyens électroniques dans le rapport individuel qui doit être établi à l'issue de la procédure⁹¹.

L'article 6(3) du règlement grand-ducal du 27 août 2013 a été interprété comme rendant **obligatoire l'utilisation du Portail des marchés publics** pour les communications ayant trait à une procédure de passation de marché⁹². La prudence commande de s'en tenir à cette interprétation⁹³ et d'éviter d'utiliser la messagerie électronique ordinaire. L'utilisation de la messagerie du Portail est en tout état de cause à recommander, alors qu'elle préserve des preuves d'envoi difficiles à obtenir lors de l'utilisation d'autres messageries électroniques, comme p.ex. le courrier électronique.

Soulignons que l'obligation de recourir aux moyens de communication électroniques ne s'applique pas aux **marchés dont la valeur est inférieure aux seuils européens**. Pour ces marchés qui relèvent uniquement du Livre I^{er} les pouvoirs adjudicateurs, les entités adjudicatrices et les soumissionnaires peuvent continuer à utiliser librement soit des moyens de communication électroniques, soit la voie postale⁹⁴. Si le choix se porte sur une communication électronique, celle-ci doit cependant là encore s'effectuer par le biais du Portail des marchés publics.

L'obligation de recourir à la messagerie du Portail des marchés publics n'est pas très connue. Dans les faits, de nombreux pouvoirs adjudicateurs et soumissionnaires ont, au cours des cinq années d'application du règlement grand-ducal du 27 août 2013, alterné les messages envoyés par le Portail, les messages électroniques et la correspondance traditionnelle, sans que ce mélange ne suscite de difficultés majeures⁹⁵.

Le règlement grand-ducal du 8 avril 2018 prescrit l'envoi de certaines **communications par lettre recommandée**, voire par lettre recommandée avec avis de réception. Selon l'article 6 du règlement grand-ducal du 27 août 2013, les communications et notifications faites au moyen du Portail des marchés publics à un envoi

⁹¹ RMP 2018, Art. 197 et 242. Le rapport individuel dont il est question est celui prévu par les articles 195 et 257 du même règlement grand-ducal.

⁹² « La disposition sous examen réserve (...) au portail des marchés publics l'exclusivité des communications électroniques à intervenir dans le cadre de la procédure de soumission entre l'opérateur économique, l'entité adjudicatrice ou encore le gestionnaire du portail des marchés publics, en ce sens que toute autre communication "électronique" entre les parties en cause n'est pas prise en considération » (Avis du Conseil d'État du 2 juillet 2013, n° CE 50.143, p. 6).

⁹³ Selon notre lecture, l'article 6(2) du RME 2013 donne une valeur probatoire renforcée aux messages envoyés par l'entremise du Portail, sans cependant imposer l'usage de cette messagerie. Il faut cependant aussi tenir compte du fait que les conditions d'utilisation du Portail des marchés publics, instituées par règlement ministériel, prévoient, à propos de la messagerie, que « ce mode de communication remplace le courrier traditionnel dans les relations entre les Opérateurs économiques et les Administrations dès lors que les premiers sont inscrits à un marché au moyen du Portail » (point 19).

⁹⁴ « Les communications par la voie postale ordinaire ne sont pas exclues » (Avis du Conseil d'État du 2 juillet 2013, n° CE 50.143, p. 6).

⁹⁵ Une recherche dans la jurisprudence des juridictions administratives ne révèle aucun arrêt ou jugement au sujet de l'application du règlement grand-ducal du 27 août 2013.

par lettre recommandée⁹⁶, mais nous avons exprimé, plus haut (voir p. 16), des doutes quant à la validité de cette assimilation et signalé aussi que notre droit ne propose, pour l'heure, pas d'équivalent électronique à l'envoi recommandé avec accusé de réception.

D. Le dépôt électronique des offres

À compter du 18 octobre 2018, les candidatures et les offres devront **obligatoirement être remises par voie électronique** dans les marchés relevant du Livre II et du Livre III. L'exception du « droit pour l'opérateur économique de remettre une offre sur support physique », qui figure encore à l'article 6 du règlement grand-ducal du 27 août 2013⁹⁷, ne vaudra donc plus.

Le règlement grand-ducal du 27 août 2013 impose, pour le dépôt électronique des offres, l'utilisation du Portail des marchés publics : « En cas de remise par voie électronique, celle-ci doit être réalisée **exclusivement au moyen du portail** »⁹⁸. Il y a lieu de noter que cette exigence s'applique indistinctement à l'ensemble des procédures de passation de marchés, y compris celles du Livre I^{er}. La seule différence est que, pour les marchés sous le seuil européen, il restera possible de déposer des offres sur support papier⁹⁹.

Selon le prescrit du droit de l'Union, les outils et dispositifs de transmission et de réception électroniques des offres et des demandes de participation doivent au moins garantir, par les moyens techniques et procédures appropriés, que :

- a) l'heure et la date exactes de la réception des offres, des demandes de participation et de la soumission des plans et projets peuvent être déterminées avec précision ;
- b) il peut être raisonnablement assuré que personne ne peut avoir accès aux données transmises en vertu des présentes exigences avant les dates limites spécifiées ;
- c) seules les personnes autorisées peuvent fixer ou modifier les dates de l'ouverture des données reçues ;
- d) lors des différents stades de la procédure de passation de marchés ou du concours, seules les personnes autorisées doivent pouvoir avoir accès à la totalité, ou à une partie, des données soumises ;
- e) seules les personnes autorisées doivent donner accès aux données transmises et uniquement après la date spécifiée ;
- f) les données reçues et ouvertes en application des présentes exigences ne demeurent accessibles qu'aux personnes autorisées à en prendre connaissance ;

⁹⁶ « Toute communication ou notification envoyée à l'opérateur économique à l'adresse de courrier électronique au moyen du portail sera réputée avoir été faite par courrier recommandé au sens du règlement grand-ducal précité du 3 août 2009 » (RME 2013, Art. 6(2) et 6(3)).

⁹⁷ RME 2013, Art. 6(3).

⁹⁸ RME 2013, Art. 11. D'après le commentaire des articles, « Il est à préciser que le Portail constitue l'unique outil par le biais duquel des offres et candidatures électroniques peuvent être remises. En conséquence uniquement les offres électroniques par le biais du Portail sont recevables ».

⁹⁹ RMP 2018, Art. 69 à 71.

- g) en cas de violation ou de tentative de violation des interdictions ou conditions d'accès visées aux points b), c), d), e) et f), il peut être raisonnablement assuré que les violations ou tentatives de violation sont clairement détectables¹⁰⁰.

Le règlement grand-ducal du 8 avril 2018 renvoie à ces exigences¹⁰¹ et annonce l'adoption, par voie de règlement ministériel, de « règles applicables aux outils et dispositifs de transmission » concernant notamment les spécifications techniques à respecter et le niveau de sécurité exigé¹⁰².

Comme nous l'avons déjà indiqué, le dispositif futur n'est pas encore connu. Les articles 202 et 247 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 laissent cependant entendre que le recours à des signatures électroniques avancées pourrait, à l'avenir, n'être imposé que « lorsque le niveau de risque (...) est tel que l'usage de signatures électroniques avancées, au sens du règlement n° 910/2014 (...) est requis »¹⁰³. Il s'agirait d'une simplification considérable car, comme nous l'avons également vu, règlement grand-ducal du 27 août 2013 exige actuellement une signature électronique qualifiée ou une signature électronique avancée reposant sur un certificat électronique qualifié.

E. Synthèse

	Livre I ^{er}	Livre II	Livre III
Publication des avis de marché	Publication électronique obligatoire ¹⁰⁴ sur le Portail ¹⁰⁵	Publication électronique obligatoire ¹⁰⁴ sur le Portail ¹⁰⁵	Publication électronique obligatoire ¹⁰⁴ sur le Portail ¹⁰⁵
Transmission des avis de marché à l'Office des publications	Facultative ¹⁰⁶	Obligatoire ¹⁰⁷ Transmission au moyen du Portail ¹⁰⁸	Obligatoire ¹⁰⁷ Transmission au moyen du Portail ¹⁰⁷

¹⁰⁰ Annexe IV de la directive 2014/24/UE et annexe V de la directive 2014/25/UE. Il y a lieu de signaler que ces annexes peuvent être modifiées par la Commission européenne pour les adapter aux évolutions technologiques.

¹⁰¹ RMP 2018, Art. 202, al. 1^{er}, et 247, al. 1^{er}.

¹⁰² RMP 2018, Art. 202, al. 2, et 247, al. 2.

¹⁰³ RMP 2018, Art. 202, al. 2, point c), et 247, al. 2, point c).

¹⁰⁴ « La publication des avis prévus au présent règlement est effectuée, par voie électronique, sur le portail » (RMP 2018, Art. 270(2)). « Les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices encodent et publient leurs avis en ligne sur le portail » (RME 2013, Art. 3).

¹⁰⁵ RME 2013, Art. 1^{er} et 3. RMP 2018, Art. 270.

¹⁰⁶ RMP 2018, Art. 160(6).

¹⁰⁷ RMP 2018, Art. 160 et 219.

¹⁰⁸ « Pour les marchés exigeant une publication des avis au niveau européen, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices transmettent les avis par l'intermédiaire du portail à la Commission européenne conformément aux dispositions des annexes III et VII du règlement grand-ducal précité du 3 août 2009 » (RME 2013, Art. 3).

Accès aux documents de marché	Mise à disposition sur le Portail des marchés publics ¹⁰⁹ . Les opérateurs peuvent réclamer une copie papier ¹¹⁰	Mise à disposition sur le profil d'acheteur obligatoire ¹¹¹ Utilisation du Portail ¹⁰⁹	Mise à disposition sur le profil d'acheteur obligatoire ¹¹¹ Utilisation du Portail ¹⁰⁹
Échanges avec les candidats ou soumissionnaires	Moyens de communications électroniques ou voie postale	Moyens de communication électroniques obligatoires à partir du 18 oct. 2018 ¹¹²	Moyens de communication électroniques obligatoires à partir du 18 oct. 2018 ¹¹²
Dépôt des offres	Envoi recommandé, remise en personne ou dépôt électronique ¹¹³ Utilisation obligatoire du Portail pour les dépôts électroniques ¹¹⁴	Dépôt électronique uniquement à partir du 18 oct. 2018 ¹¹⁵ Utilisation obligatoire du Portail ¹¹⁴	Dépôt électronique uniquement à partir du 18 oct. 2018 Utilisation obligatoire du Portail ¹¹⁴

III. Quels formats de fichier privilégier ?

La législation sur les marchés publics requiert l'utilisation de moyens électroniques « **communément disponibles et compatibles** avec les technologies d'information et de communication généralement utilisées »¹¹⁶.

À condition de respecter le cadre ainsi défini et d'éviter toute exigence qui pourrait avoir un effet discriminatoire (p.ex. un logiciel qui n'est disponible que dans une langue) le pouvoir adjudicateur peut formuler des exigences quant aux formats de fichiers à utiliser. Il peut, par exemple, exiger que les offres soient fournies dans un format exploitable comme p.ex. un fichier de traitement de texte ou un fichier de tableur. Dans cette hypothèse il peut être justifié d'exiger une signature électronique pour garantir l'intégrité des fichiers (éviter les modifications accidentelles).

L'inclusion dans le dossier de candidature ou de soumission de plusieurs versions d'un même document (p.ex. un plan ou un dessin technique au format image (p.ex. PDF,

¹⁰⁹ RME 2013, Art. 4(1).

¹¹⁰ RME 2013, Art. 4(4)

¹¹¹ RMP 2018, Art. 167 et 210. A noter cependant que cette obligation ne s'applique pas à certains types de marchés et à certaines procédures (Dans le Livre II : la procédure négociée sans publication préalable et les marchés ayant trait aux services sociaux et à certains services spécifiques énumérées. Dans le Livre III : marchés passés selon la procédure restreinte ou selon la procédure négociée).

¹¹² « Toutes les communications et tous les échanges d'informations effectués en vertu du présent Livre, et notamment la soumission électronique des offres doivent réalisés par des moyens de communication électroniques, conformément aux exigences du présent chapitre » (RMP 2018, Art. 196). Pour le Livre III, voir RMP 2018, Art. 241.

¹¹³ RMP 2018, Art. 69 à 71.

¹¹⁴ RME 2013, Art. 11.

¹¹⁵ RMP 2018, Art. 196 et 241.

¹¹⁶ RMP 2018, Art. 196 et 241. Par dérogation, l'utilisation d'outils informatiques particuliers peut être imposée pour les marchés publics de travaux et les concours aux conditions des articles 201 à 201 et 245 à 246 du RMP 2018.

JPG, etc.) et au format d'origine (p.ex. DWG)) est à décourager car il y a un risque de divergences entre les différentes versions.

IV. L'ouverture et l'examen des candidatures et des offres

A. L'ouverture des candidatures et des offres

La dématérialisation des procédures de passation des marchés publics est difficilement compatible avec le cérémoniel traditionnel de la séance d'ouverture des offres. Les offres reçues via le Portail des marchés publics sont en effet nécessairement ouvertes à l'écran, soit au moyen de l'interface offerte par le Portail soit après un téléchargement. On note d'ailleurs que le législateur belge a omis, en 2016, toute référence à la séance d'ouverture des offres.

Néanmoins, le règlement grand-ducal du 27 août 2013 prévoit que « la séance d'ouverture se déroule conformément aux dispositions du règlement grand-ducal (...) sur les marchés publics »¹¹⁷. Dans les procédures ouvertes et les procédures restreintes, il faut donc – dans l'état actuel des textes en tout cas – tenir une séance d'ouverture des offres en suivant le prescrit des articles 73 à 78 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018.

Le Portail des marchés publics permet une ouverture des offres en ligne, puis le téléchargement des documents composant la candidature ou l'offre. Ces opérations sont inscrites sur un journal informatique tenu par le Portail, que l'acheteur public peut télécharger. Même si le portail appelle ce document « PV d'ouverture des offres », l'on constate que le règlement grand-ducal du 27 août 2013 ne prévoit pas que le journal des opérations tienne lieu de procès-verbal d'ouverture. Il nous semble donc nécessaire de dresser un tel procès-verbal.

Le Portail assure que les offres ne soient pas accessibles avant la fin du délai de remise des offres ou demandes de participation et assure ainsi le respect du principe selon lequel les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas prendre connaissance des offres avant la fin de ce délai¹¹⁸.

Pour les marchés du Livre I^{er}, où la remise d'offre sur support papier reste permise, il faut noter que le règlement grand-ducal du 27 août 2013 prescrit l'ouverture des offres remises par voie électronique avant celle des offres papier¹¹⁹.

B. Que faire en cas de problèmes liés à l'informatique ?

La passation électronique des marchés comporte son lot de nouveaux problèmes découlant de l'utilisation de moyens informatiques. Aux pages et informations manquantes se substituent les données corrompues et les fichiers infectés par des virus informatiques.

¹¹⁷ RME 2013, Art. 17. Le renvoi au règlement grand-ducal du 3 août 2009 est à lire comme un renvoi au RMP 2018 en vertu du principe que les renvois sont dynamiques.

¹¹⁸ « Ils ne prennent connaissance du contenu des offres et des demandes de participation qu'à l'expiration du délai prévu ou la présentation de celles-ci » (RMP, Art. 199, al. 2).

¹¹⁹ RME 2013, Art. 17.

Au lieu de dossiers, d'échantillons ou de maquettes déposées à la mauvaise adresse, l'on a maintenant des transferts de fichiers interrompus ou des erreurs de connexion.

La pratique et la jurisprudence devront s'y faire.

Rappelons ici que les articles 80 et 255 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 permettent aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices de « demander aux opérateurs économiques concernés de **présenter, compléter, clarifier ou préciser** les informations ou les documents » qui se révéleraient incomplets ou erronés ou même manquants¹²⁰. On peut citer, dans ce contexte, un arrêt de la Cour administrative qui a annulé la décision d'une commune écartant l'offre d'une entreprise en raison de doutes quant à la validité de la signature y apposée, sans avoir préalablement interrogé l'entreprise sur les pouvoirs de la personne qui avait signé l'offre¹²¹.

Dans certains cas, que nous examinerons plus en détail dans la suite (voir p. 34), le pouvoir adjudicateur pourra ouvrir une « copie de sauvegarde » de l'offre, que les soumissionnaires ont la faculté de déposer en plus de celle transmise au moyen du Portail des marchés publics¹²².

C. L'examen et le traitement des candidatures et des offres

Le principe qu'énoncent les articles 196 et 241 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 ne s'applique qu'aux communications et échanges d'informations qui ont trait à la procédure de passation. Le traitement des offres reçues ne doit pas nécessairement être effectué de manière dématérialisée¹²³.

Les pouvoirs adjudicateurs restent donc libres d'organiser comme ils l'entendent le dépouillement des offres, dans le respect évidemment des principes généraux de la passation des marchés et des dispositions du règlement.

Pour certains marchés, il serait utile que les pouvoirs adjudicateurs fournissent des indications sur la méthode de dépouillement qu'ils entendent mettre en œuvre. En effet, les plans ou illustrations très détaillés – voire les animations – risquent de décevoir si, en définitive, l'examen des offres se fait sur la base de documents imprimés en noir et blanc.

L'examen des offres sera vraisemblablement souvent mixte, c'est-à-dire qu'il se fera pour partie sur des documents imprimés et pour partie à l'écran. Certains documents ne peuvent par ailleurs être examinées qu'à l'aide d'outils informatiques spécifiques. Les fichiers DUME au format XML p.ex. ne sont pas lisibles comme tels et doivent être

¹²⁰ RMP 2018, Art. 80 et 255.

¹²¹ « Dans ces conditions, la Cour est amenée à conclure que le doute que l'administration communale de (...) a pu avoir quant aux pouvoirs de Monsieur (...) d'engager la société par sa seule signature, ne l'autorisait pas à écarter l'offre de la société (...) comme non conforme, sans avoir au préalable contacté cette dernière pour obtenir des précisions sur la validité de la signature de l'offre par Monsieur (...). Il y a lieu de relever dans ce contexte que l'irrégularité en question n'affectait pas la régularité de la soumission et l'omission critiquée par le pouvoir adjudicateur n'était pas de nature à conférer un quelconque avantage au soumissionnaire » (Cour adm., 14 juil. 2015, n° 35887C).

¹²² RME 2013, Art. 15.

¹²³ « Il y a lieu également de préciser que l'obligation de recourir aux moyens de communication électroniques en vertu de la présente directive ne devrait toutefois pas contraindre les pouvoirs adjudicateurs à procéder au traitement électronique des offres, ni imposer l'évaluation électronique ou le traitement automatique » (Directive 2014/24/UE, Considérant n° 52).

téléchargés sur le service DUME de la Commission européenne (ou sur le service correspondant du Portail des marchés publics lorsqu'il sera mis en place) pour pouvoir être consultés.

V. L'intégrité des données et la confidentialité des offres

Le maniement d'offres électroniques fait naître des risques nouveaux.

Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, et éventuellement ceux qui les conseillent, seront dorénavant confrontés à une multitude de documents électroniques, de sources multiples. Il s'impose de mettre en place une gestion documentaire efficace et adaptée.

Le règlement grand-ducal prescrit aux acheteurs publics de « veill(er) à préserver l'intégrité des données et la confidentialité des offres et des demandes de participation lors de toute communication et de tout échange et stockage d'informations »¹²⁴.

Afin d'atteindre cet objectif, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices devront élaborer une politique limitant l'accès aux offres aux seules personnes concernées par la procédure.

La confidentialité est particulièrement importante dans les procédures comportant une phase de négociation ou de dialogue et où il est interdit, sauf accord exprès du participant concerné, de révéler la teneur des offres ou solutions proposées aux autres opérateurs.

La mise en œuvre d'un plan de nommage et de classement, avec des règles claires concernant le nommage et le déplacement des fichiers est à recommander. L'acquisition d'un système dédié de gestion de documents (ou l'adaptation d'un système existant) peut se révéler nécessaire.

En tout état de cause, la formation du personnel sur ces aspects ne doit pas être négligée.

VI. Le Document unique de marché européen

Comme nous l'avons expliqué plus haut (voir p. 7), le Document unique de marché européen (DUME) est une **déclaration sur l'honneur** d'une entreprise participant à une procédure de marché public qu'elle remplit les conditions de participation à cette procédure (absence de condamnations, régularité au regard des obligations fiscales et sociales, situation financière, compétences professionnelles, capacités techniques, etc.).

Dans les marchés du Livre II, les pouvoirs adjudicateurs doivent accepter¹²⁵ un DUME à titre de **preuve provisoire**, mais ils ont la possibilité de faire des vérifications en cours de procédure¹²⁶ et l'obligation de demander des justificatifs au moment de l'attribution du marché¹²⁷.

¹²⁴ RMP 2018, Art. 199 et 244.

¹²⁵ LMP 2018, Art. 72, par. 1^{er}.

¹²⁶ LMP 2018, Art. 72, par. 4, al. 1^{er}.

¹²⁷ LMP 2018, Art. 72, par. 4, al. 2.

Les acheteurs publics peuvent considérablement simplifier la tâche des candidats et soumissionnaires en incluant dans le dossier de consultation un « **DUME Acheteur** » dans lequel ils indiquent les critères d'exclusion et de sélection¹²⁸.

Toutefois, en vertu du principe « **dites-le nous une fois** » le pouvoir adjudicateur ne doit pas demander de justificatifs qu'il pourrait obtenir directement et gratuitement en accédant à une base de données¹²⁹ ou – à compter du 18 octobre 2018¹³⁰ – des documents dont il dispose déjà¹³¹.

Le règlement grand-ducal du 8 avril 2018 permet aux pouvoirs adjudicateurs, d'accepter également le DUME dans les marchés relevant du Livre I^{er}. Cette possibilité doit cependant être annoncée dans le Cahier des charges¹³².

La loi et le règlement n'exigent pas la signature du DUME. Cependant, une telle exigence peut être formulée dans l'avis de marché ou les documents de marché¹³³. Nous déconseillons cependant de formuler une telle exigence, car elle rend plus compliqué le dépôt de la candidature ou de l'offre sans nécessairement apporter une réelle plus-value. Il y a lieu de noter que Commission européenne estime qu'il est possible de se passer d'une signature du DUME lorsque son authenticité et son intégrité sont garanties par le processus de transmission¹³⁴, comme cela est p.ex. le cas lors du dépôt sur le Portail des marchés publics.

VII. La signature électronique de l'acheteur public

Alors que le règlement grand-ducal du 27 août 2013 prescrit la signature électronique de bon nombre de documents à déposer par le soumissionnaire, il est frappant de constater qu'aucune signature électronique n'est imposée aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices.

La loi et le règlement **n'imposent pas aux acheteurs publics de recourir à la signature électronique** pour passer la commande au soumissionnaire retenu.

¹²⁸ Notons que le service DUME de la Commission européenne permet à l'acheteur de récupérer les données de la partie I du DUME depuis l'avis de marché envoyé à l'Office des publications.

¹²⁹ LMP 2018, Art. 72, par. 5, al. 1^{er}.

¹³⁰ LMP 2018, Art. 163(2).

¹³¹ LMP 2018, Art. 72, par. 5, al. 2.

¹³² « Le cahier spécial des charges peut prévoir que le pouvoir adjudicateur permet aux soumissionnaires d'avoir recours au document unique de marché européen (DUME), visé à l'article 72 de la loi » (RMP 2018, Art. 20).

¹³³ « Compte tenu du fait que le DUME est une déclaration sur l'honneur, et que les déclarations qui y sont faites sont susceptibles d'avoir des conséquences, il faut s'attendre à ce qu'un pouvoir adjudicateur/une entité adjudicatrice exige que le DUME soit signé » (Document unique de marché européen (DUME), Guide à l'attention des pouvoirs adjudicateurs, des entités adjudicatrices et des opérateurs économiques, version du 12 juin 2018, p. 21).

¹³⁴ « En ce qui concerne la (les) signature(s) du DUME, veuillez noter qu'il peut ne pas être nécessaire que le DUME soit signé lorsqu'il est transmis parmi un ensemble de documents dont l'authenticité et l'intégrité sont garanties par la (les) signature(s) requise(s) pour le moyen de transmission utilisé » (Règlement d'exécution (UE) 2016/7 de la Commission du 5 janvier 2016 établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen, Annexe I « Instructions »). Une note de page indique explicitement que « L'utilisation d'une signature électronique sur le DUME peut également ne pas être nécessaire lorsque le DUME est intégré dans une plateforme de passation électronique de marchés et que l'utilisation de cette plateforme requiert une authentification électronique » (*Ibid.*, note n° 15).

La réforme du droit des marchés publics de 2018 a d'ailleurs supprimé – sauf en ce qui concerne collectivités territoriales et les entités assimilées¹³⁵ – l'exigence selon laquelle le contrat devait obligatoirement être conclu moyennant la signature de l'offre remise par le soumissionnaire qui emporte le marché. Cette réforme a été justifiée dans les documents parlementaires par une volonté de simplification administrative et par le souci de « ne pas inutilement compliquer le déroulement de la passation électronique des marchés publics »¹³⁶.

La plupart des pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent donc documenter la conclusion du contrat comme bon leur semble, le cas échéant même moyennant un échange de courriers, dans les limites de ce qui est admis selon le droit (privé) des contrats.

La situation est différente pour les communes et les entités qui leur sont assimilées, qui restent astreintes à la formalité de « l'apposition de la signature du pouvoir adjudicateur sur le document de soumission remis par l'adjudicataire »¹³⁷. Il semble difficile d'admettre qu'à l'issue d'une procédure au cours de laquelle toutes les communications et tous les échanges d'informations auront été effectués par des moyens électroniques, la chaîne de dématérialisation soit brisée parce que le document doit être imprimé – en quelque sorte rematérialisé – pour pouvoir être signé de manière manuscrite par le pouvoir adjudicateur. La régularité de cette approche serait en outre incertaine : l'impression d'un document signé électroniquement n'est en effet qu'une copie de sorte que le document contresigné n'est pas *stricto sensu* le « document de soumission remis par l'adjudicataire »¹³⁸.

Il se pose aussi la question de la signature électronique des décisions notifiées en cours de procédure (p.ex. les notifications de rejet, les déclarations sans suite, les avis d'attribution et de non-attribution, etc.). L'envoi électronique de ces décisions sera obligatoire à compter du 18 octobre 2018¹³⁹. La législation sur les marchés publics n'impose pas expressément la signature de ces documents – que ce soit de manière manuscrite ou électroniquement – mais il jusqu'ici clairement usuel de les signer, ne fût-ce que pour identifier clairement l'auteur de la décision. Nous recommandons donc de signer dorénavant électroniquement ce type de décisions.

Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices devront donc **se doter de certificats de signature électronique** et adapter l'approche organisationnelle de la mise en signature.

¹³⁵ « En ce qui concerne les marchés publics relevant des collectivités territoriales et les entités assimilées, la conclusion du contrat doit obligatoirement avoir lieu par l'apposition de la signature du pouvoir adjudicateur sur le document de soumission remis par l'adjudicataire » (RMP 2018, Art. 98, al. 2).

¹³⁶ Projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi sur les marchés publics, Commentaire des articles, Art. 99. Si l'on comprend que les « collectivités territoriales » concernées par cette règle sont les communes, puisque l'organisation territoriale luxembourgeoise ne connaît pas d'autres niveaux, l'identification des « entités assimilées » est, en revanche, plus difficile, car le règlement n'énonce pas quels sont les critères d'assimilation. Au vu des explications fournies dans le commentaire des articles, il pourrait s'agir des organismes soumis à un contrôle de tutelle de la part du ministère de l'Intérieur.

¹³⁷ RMP 2018, Art. 98, al. 2.

¹³⁸ RMP 2018, Art. 98, al. 2. Il s'agit d'une difficulté propre au droit des marchés publics. Le droit civil s'accommode de contrats signés séparément par les parties ; il se pose tout au plus une difficulté de preuve

¹³⁹ RMP 2018, Art. 196 et 241.

VIII. L'archivage

L'archivage représente un enjeu de taille de la passation dématérialisée des marchés publics. Il ne suffit pas de maîtriser la procédure de passation dématérialisée mais il faut aussi mettre en œuvre un système d'archivage électronique qui assurera la conservation, l'intégrité, la pérennité, la traçabilité et la sécurité des originaux dématérialisés.

Cette thématique, qui dépasse l'objet de la présente publication, devra être dûment prise en compte par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices.

IX. Quelques conseils pratiques

Pour se préparer au mieux à la dématérialisation des marchés publics, nous conseillons aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices les démarches suivantes :

- Revoir les processus internes d'élaboration des dossiers d'appel d'offres et les adapter à la dématérialisation ;
- Réviser les modèles couramment utilisés pour en éliminer les exigences qui n'ont plus de sens dans les procédures dématérialisées (p.ex. exigence de parapher chaque page ou exigence d'apposer un cachet d'entreprise) ;
- Former et préparer les équipes en charge de la préparation et du suivi des procédures de la mise en concurrence aux nouvelles technologies mises en œuvre dans le contexte de la dématérialisation ;
- Se familiariser avec le fonctionnement du Portail des marchés publics ;
- S'équiper pour la signature électronique des documents et mettre en place les délégations de signature éventuellement nécessaires ;
- S'assurer que les conseillers externes (bureaux d'études) sont prêts pour l'échéance de la dématérialisation ;
- Suivre l'évolution du cadre législatif et réglementaire, notamment en téléchargeant les versions mises à jour de cette brochure sur le site internet du cabinet THEWES & REUTER www.thewes-reuter.lu.

I. Qui est concerné ?

Les nouvelles règles concernent toutes les entreprises désireuses de participer à des marchés publics dont la valeur dépasse les seuils européens, quelle que soit la taille de l'entreprise. Il n'y a pas de régime dérogatoire pour les PME.

II. La communication électronique

À compter du 18 octobre 2018, **tous les échanges d'informations** ayant trait à des procédures de passation régies par le Livre II ou par le Livre III de la loi sur les marchés publics devront avoir lieu **par des moyens de communication électroniques**¹⁴⁰.

L'entreprise doit se préparer à cette échéance et former ses personnels à l'impératif d'utiliser dorénavant la messagerie du Portail des marchés publics pour toute communication avec le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice¹⁴¹.

L'opérateur économique doit également être prudent au moment de renseigner son adresse électronique auprès du Portail des marchés publics. Cette adresse doit être régulièrement consultée et plutôt que d'utiliser l'adresse nominative d'un collaborateur, nous recommandons d'utiliser une adresse générale ou l'adresse d'une liste de diffusion lue par les principaux responsables de l'entreprise.

III. Les défis de la préparation des candidatures et offres électroniques

A. Généralités

La passation électronique des marchés publics présente des avantages indéniables pour les opérateurs. La publication électronique des avis de marché, par exemple, leur permet d'être informés presque instantanément des procédures qui les intéressent. La remise électronique des offres, elle, permet d'attendre jusqu'au dernier moment avant de déposer l'offre, et elle s'accompagne d'économies non négligeables (photocopies, frais de port ou de coursier, archivage, etc.).

Mais la dématérialisation comporte aussi son lot de nouveaux risques.

À compter du 18 octobre 2018, les opérateurs économiques désireux de participer à des procédures de passation dont la valeur dépasse les seuils européens devront être en mesure de déposer leurs candidatures et leurs offres électroniquement.

Ceci les obligera à changer leurs habitudes et leurs méthodes de travail. Alors que précédemment la difficulté inhérente à la préparation d'une offre à déposer dans un

¹⁴⁰ RMP 2018, Art. 196 à 241.

¹⁴¹ L'article 6(3) du règlement grand-ducal du 27 août 2013 a en effet été interprété comme rendant obligatoire l'utilisation du Portail des marchés publics pour les communications ayant trait à une procédure de passation de marché (Avis du Conseil d'État du 2 juillet 2013, n° CE 50.143, p. 6).

marché public était principalement organisationnelle et administrative, désormais l'opérateur peut aussi être confronté à des difficultés informatiques.

B. Quels formats privilégier ?

La législation sur les marchés publics prévoit que la dématérialisation des marchés publics doit, en principe, se faire à l'aide de moyens électroniques « communément disponibles et compatibles avec les technologies d'information et de communication généralement utilisées »¹⁴².

Dans la plupart des cas, les opérateurs économiques pourront utiliser des logiciels de bureautique courants, comme un traitement de texte ou un tableur. Le soumissionnaire doit cependant en tout état de cause être attentif aux spécifications sur les formats de fichiers éventuellement contenues dans l'avis de marché ou les documents de marché.

Il faut recommander aux soumissionnaires qui remettent leur offre dans un format modifiable, comme un traitement de texte ou un tableur, de signer ces documents électroniquement même si les documents de marché ne l'exigent pas. La signature électronique permet en effet de garantir l'intégrité des documents et de prévenir les modifications accidentelles¹⁴³.

IV. Le dépôt électronique des candidatures et des offres

A. L'utilisation du Portail des marchés publics

Le dépôt électronique des offres deviendra obligatoire pour les marchés relevant des Livres II et III à partir du 18 octobre 2018¹⁴⁴.

La remise doit être faite obligatoirement au moyen du Portail des marchés publics. En effet, le règlement grand-ducal du 27 août 2013 impose, pour le dépôt électronique des offres, l'utilisation du Portail des marchés publics : « En cas de remise par voie électronique, celle-ci doit être réalisée exclusivement au moyen du portail »¹⁴⁵.

Les opérateurs économiques souhaitant participer à des marchés relevant des Livres II et III doivent donc obligatoirement s'inscrire sur le Portail des marchés publics et s'assurer que leur équipement informatique satisfait aux exigences requises.

¹⁴² RMP 2018, Art. 196 et 241. Par dérogation, l'utilisation d'outils informatiques particuliers peut être imposée pour les marchés publics de travaux et les concours aux conditions des articles 201 à 201 et 245 à 246 du RMP 2018.

¹⁴³ Cette recommandation n'est pas en contradiction avec la suggestion d'alléger les exigences en matière de signature électronique que nous avons formulée plus haut. L'intérêt de l'entreprise à sécuriser les fichiers composant son offre ne se confond pas avec les exigences imposées à l'entreprise pour que son offre soit valable ou déposée valablement.

¹⁴⁴ Plus précisément, ce sont les procédures qui débutent à compter du 18 octobre 2018 qui sont concernées. Les opérateurs économiques qui ne seraient pas prêts à remettre une offre électronique ne doivent donc pas s'inquiéter en ce qui concerne les procédures en cours le 18 octobre 2018 mais dont la date de remise des offres se situe après cette date.

¹⁴⁵ RME 2013, Art. 11. D'après le commentaire des articles, « Il est à préciser que le Portail constitue l'unique outil par le biais duquel des offres et candidatures électroniques peuvent être remises. En conséquence uniquement les offres électroniques par le biais du Portail sont recevables ».

Pour les marchés dont la valeur est sous les seuils européens, en revanche, rien ne change ; les offres pourront, comme dans le passé être envoyées par lettre recommandée ou déposées en personne¹⁴⁶. L'entreprise qui opte pour un dépôt électronique de son offre dans une procédure régie par le Livre I^{er} doit cependant prendre note :

- de l'obligation d'utiliser le Portail des marchés publics pour le dépôt de l'offre, qui s'applique indistinctement à l'ensemble des procédures de passation de marchés, y compris celles du Livre I^{er},
- du fait que s'ils ont déposé une offre électronique, cette offre seule sera prise en compte, et ce même s'ils ont ultérieurement déposé une offre papier¹⁴⁷. Seules les offres clairement marquées comme « Copie de sauvegarde » seront encore considérées dans les circonstances évoquées ci-dessous (voir p. 34).

B. Mise en œuvre du dépôt électronique

On peut lire de nombreux conseils pratiques à l'attention des entreprises participant à des procédures de passation dématérialisées, comme par exemple :

- de préparer la candidature ou l'offre à déposer dans un répertoire distinct qui ne contiendra toujours que les dernières versions approuvées ;
- de donner aux fichiers de noms intelligibles, incorporant une date d'actualité, ceci pour éviter de devoir rechercher au dernier moment la dernière version du document qu'il s'agit de déposer ;
- de regrouper les pièces de même nature en un seul fichier PDF afin de limiter le nombre de documents distincts, et les risques de confusion y associés ;
- de numéroter pièces du dossier pour qu'il soit possible de vérifier en un coup d'œil que toutes les pièces ont bien été importées ;
- de réaliser des copies d'écran avant chaque étape importante du processus de dépôt de l'offre ;

Attention cependant : il se peut que le pouvoir adjudicateur ait imposé une structure de fichiers particulière ou un plan de nommage spécifique. Si tel est le cas, l'opérateur économique doit se plier aux demandes de l'acheteur public et certains des conseils donnés ne peuvent pas être mis en œuvre.

Il est possible de déposer plusieurs offres successives via le Portail des marchés publics. Grâce à l'horodatage des dépôts, seule l'offre remise le plus récemment sera prise en compte¹⁴⁸. L'entreprise qui procède à un nouveau dépôt électronique de son offre doit veiller à ce que l'offre nouvellement déposée soit complète. En effet, puisque seule la dernière est prise en compte, le pouvoir adjudicateur ne pourra pas consulter des pièces incluses dans la précédente offre.

¹⁴⁶ RMP 2018, Art. 69 à 71.

¹⁴⁷ « Si un opérateur économique a remis une offre par la voie électronique et une offre sur support physique qui n'est pas marquée avec la mention "copie de sauvegarde", cette dernière, même ultérieure, n'est pas prise en compte » (RME 2013, Art. 16(2)).

¹⁴⁸ RME 2013, Art. 16(1).

Attention : La signature électronique d'un fichier comprimé (p.ex. RAR ou ZIP) n'équivaut pas à la signature des documents qui y sont contenus. Cette apparente simplification peut conduire à une irrégularité de l'offre.

C. La copie de sauvegarde

Le règlement grand-ducal du 27 août 2013 permet aux opérateurs de déposer une « copie de sauvegarde » de leur offre sur un support physique pour se prémunir contre les éventuelles défaillances informatiques.

La copie de sauvegarde doit être déposée dans le délai de remise des offres, satisfaire aux conditions formelles prévues aux articles 69 à 71 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 et être marquées comme « Copie de sauvegarde » (en plus des mentions prescrites par l'article 70 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018)¹⁴⁹.

La copie de sauvegarde ne sera ouverte que dans deux circonstances :

- lorsque les documents transmis au moyen du Portail sont inexploitable¹⁵⁰,
- lorsqu'une candidature ou une offre a été transmise au moyen du portail et n'est pas parvenue dans les délais ou n'a pu être ouverte¹⁵¹.

V. La signature électronique

A. Que faut-il signer ?

L'opérateur qui souhaite remporter un marché public auquel il a candidaté doit évidemment s'assurer que son offre porte bien toutes les signatures requises.

Du point de vue de la loi et du règlement sur les marchés publics, seuls trois documents doivent porter la signature du soumissionnaire. Les documents concernés sont :

- le bordereau de soumission (en cas procédure ouverte ou de procédure restreinte seulement)¹⁵²,
- l'engagement solidaire en cas d'offre collective (sauf si le cahier des charges indique qu'un tel engagement n'est pas exigé)¹⁵³, et
- la feuille séparée renseignant les erreurs d'inscription survenues sur le bordereau (a priori sans utilité pour les procédures dématérialisées puisqu'il est tout aussi facile de corriger à l'écran)¹⁵⁴.

¹⁴⁹ RME 2013, Art. 15.

¹⁵⁰ « Lorsque les documents transmis au moyen du Portail sont endommagés ou corrompus, en particulier lorsqu'un programme informatique malveillant est détecté, lors de la séance d'ouverture, dans les documents transmis par voie électronique, la trace du problème technique étant conservée » (RME 2013, Art. 15).

¹⁵¹ RME 2013, Art. 15.

¹⁵² RMP 2018, Art. 55.

¹⁵³ RMP 2018, Art. 56.

¹⁵⁴ RMP 2018, Art. 60.

Le règlement grand-ducal du 27 août 2013 relatif à l'utilisation des moyens électroniques dans les procédures des marchés publics exige quant à lui la signature électronique :

- des candidatures,
- des offres, et
- des actes d'engagement¹⁵⁵.

Outre ces exigences contenues dans les règlements grand-ducaux, les soumissionnaires devront identifier d'éventuelles **exigences spécifiques en matière de signature** que les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices pourraient avoir formulées dans l'avis de marché ou dans les documents de marché. Si une telle exigence suscite une difficulté, il y a lieu de la signaler au plus tard 7 jours avant la date limite pour la remise des offres ou des candidatures¹⁵⁶.

De telles exigences spécifiques de signature pourraient p.ex. concerner certains documents de candidature, comme p.ex. des déclarations sur l'honneur. Le Document unique de marché européen (DUME) dont il sera question ci-dessous n'a normalement pas besoin d'être signé, sauf, là encore, si les documents de marché l'exigent.

B. Quelles exigences en matière de signature électronique ?

Selon la réglementation en vigueur, l'utilisation du Portail des marchés publics exige actuellement une **signature électronique qualifiée** ou une **signature électronique avancée reposant sur un certificat électronique qualifié**.

Les articles 202 et 247 du règlement grand-ducal du 8 avril 2018 paraissent indiquer que ces exigences pourraient être allégées et ne s'appliquer, à l'avenir, que « lorsque le niveau de risque (...) est tel que l'usage de signatures électroniques avancées (...) est requis »¹⁵⁷, mais aucun projet de texte n'a encore été dévoilé. Il est donc plus prudent pour les entreprises de penser dès à présent à s'équiper des outils nécessaires pour pouvoir signer électroniquement leur offre¹⁵⁸.

Il faut bien comprendre que lorsque la législation sur les marchés publics ou les documents de marché exigent la signature électronique d'un document, c'est le fichier correspondant à ce document qu'il faut signer. La signature d'un fichier comprimé (.zip, .rar, etc.) n'emporte pas signature des documents qui y sont contenus.

C. Qui doit signer ?

Les documents dont la signature est prescrite (voir ci-dessus) doivent être signés par la personne (physique ou morale) qui dépose l'offre.

¹⁵⁵ RME 2013, Art. 13.

¹⁵⁶ RMP 2018, Art. 39.

¹⁵⁷ RMP 2018, Art. 202, al. 2, point c), et 247, al. 2, point c).

¹⁵⁸ Si la réforme espérée intervient, ces outils resteront utiles pour les marchés pour lesquels des raisons de sécurité justifieront leur mise en œuvre.

Dans le cas d'une personne morale, il doit s'agir d'une personne habilitée à engager la société, soit parce qu'il en est le mandataire social (en ne perdant pas de vue que, dans certaines formes sociales, plusieurs signatures sont requises pour engager valablement la personne morale), soit parce qu'il est porteur d'une procuration ou d'un pouvoir de signature.

En droit commun, une personne peut par ailleurs ratifier un engagement pris en son nom par une autre personne qui a dépassé ses pouvoirs.

La question de savoir s'il en va de même dans le droit des marchés publics est délicate car les signatures prescrites sont requises pour la régularité de la procédure¹⁵⁹.

Le juge administratif luxembourgeois paraît cependant avoir, sur cette question, des vues assez pragmatiques. Considérant que la formalité de la signature n'est pas « une fin en soi, mais une formalité visant à conférer au pouvoir adjudicateur la certitude, avant de retenir une offre, et a fortiori d'écarter les offres concurrentes, que le soumissionnaire retenu se soit effectivement valablement engagé », le Président du Tribunal administratif a ainsi considéré qu'un pouvoir adjudicateur avait pu retenir comme valable l'offre d'un opérateur qui n'avait pas signé la formule d'engagement mais seulement son offre¹⁶⁰.

Nous avons déjà cité un arrêt de la Cour administrative qui a annulé la décision d'une commune qui avait écarté l'offre d'une entreprise en raison d'un doute sur la validité de la signature y apposée, sans l'avoir préalablement interrogée sur les pouvoirs de la personne qui avait signé l'offre¹⁶¹.

Si ces décisions attestent d'un réalisme bienvenu de la part des juridictions administratives, il n'en reste pas moins que les opérateurs économiques doivent veiller à signer adéquatement les documents dont la signature électronique est requise. Il peut être opportun de joindre à l'offre un document attestant des pouvoirs de la personne qui signe.

D. Le problème des signatures multiples

Il peut être nécessaire de faire signer les documents de la candidature ou de l'offre par plusieurs personnes, notamment lorsqu'il s'agit d'une offre collective.

L'instrument de la signature électronique permet de faire signer un même document consécutivement par plusieurs personnes. Selon l'outil utilisé il peut être nécessaire de

¹⁵⁹ « À défaut d'engagement juridiquement valable par le soumissionnaire, le pouvoir adjudicateur doit considérer ne pas détenir les garanties nécessaires en vue d'une exécution effective et fidèle, notamment au prix de l'offre, et peut à bon droit rejeter l'offre irrégulière » (Trib. adm., 14 janvier 2015, n° 33594 du rôle, partiellement réformé par Cour. adm., 14 juillet 2015, n° 35887C).

¹⁶⁰ « Le seul défaut de signature du "Ausschreibungsdokument" comportant la formule d'engagement, alors que l'offre a à première vue été formellement signée dans le cadre du "Leistungsverzeichnis", ne paraît dès lors pas suffisamment sérieux pour justifier la mesure provisoire sollicitée (Trib. adm. (Prés.), 23 déc. 2016, n° 38843).

¹⁶¹ « Dans ces conditions, la Cour est amenée à conclure que le doute que l'administration communale de (...) a pu avoir quant aux pouvoirs de Monsieur (...) d'engager la société par sa seule signature, ne l'autorisait pas à écarter l'offre de la société (...) comme non conforme, sans avoir au préalable contacté cette dernière pour obtenir des précisions sur la validité de la signature de l'offre par Monsieur (...). Il y a lieu de relever dans ce contexte que l'irrégularité en question n'affectait pas la régularité de la soumission et l'omission critiquée par le pouvoir adjudicateur n'était pas de nature à conférer un quelconque avantage au soumissionnaire » (Cour adm., 14 juil. 2015, n° 35887C).

joindre plusieurs fichiers de signature ou le dernier fichier de signature, incorporant les précédentes signatures.

Les opérateurs économiques ont tout intérêt à se familiariser dès à présent avec ces techniques et à réfléchir également à la technique à mettre en œuvre pour recueillir les signatures. Il ne suffit, en effet, plus d'un document circulant d'une entreprise à l'autre ; chaque signataire doit se trouver à un endroit où il dispose des outils requis pour pouvoir signer électroniquement.

La signature pourrait être simplifiée en recourant à des procurations permettant, en définitive, de n'apposer qu'une seule signature électronique.

VI. Le Document unique de marché européen

A. Rappel des principes

Comme expliqué plus haut (voir page 7), le Document unique de marché européen (DUME) est une **déclaration sur l'honneur** d'une entreprise participant à une procédure de marché public qu'elle remplit les conditions de participation à cette procédure (absence de condamnations, régularité au regard des obligations fiscales et sociales, situation financière, compétences professionnelles, capacités techniques, etc.).

Les pouvoirs adjudicateurs doivent accepter¹⁶² un DUME à titre de **preuve provisoire**, mais ils ont la possibilité de faire des vérifications en cours de procédure¹⁶³ et l'obligation de demander des justificatifs au moment de l'attribution du marché¹⁶⁴.

B. Le DUME est-il obligatoire ?

Selon notre compréhension du texte, qui rejoint celle des autorités françaises¹⁶⁵ et allemandes¹⁶⁶, l'utilisation du DUME n'est pas obligatoire pour les soumissionnaires mais seulement une faculté. Les opérateurs peuvent donc également remettre des certificats et documents probatoires, du moins si le pouvoir adjudicateur n'a pas rendu l'utilisation du DUME obligatoire dans l'avis de marché ou les documents de marché. Cette question est cependant controversée et la position contraire est notamment défendue dans le « Guide » du Portail des marchés publics consacré au DUME¹⁶⁷.

Par prudence, et aussi longtemps que l'incertitude juridique n'aura pas été levée, il faut **recommander aux candidats et soumissionnaires de joindre systématiquement un**

¹⁶² LMP 2018, Art. 72, par. 1^{er}.

¹⁶³ LMP 2018, Art. 72, par. 4, al. 1^{er}.

¹⁶⁴ LMP 2018, Art. 72, par. 4, al. 2.

¹⁶⁵ Fiche de la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, <https://www.economie.gouv.fr/daj/dume-espd>.

¹⁶⁶ Leitfaden des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie für das Ausfüllen der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE), Stand : Dezember 2016, p. 2.

¹⁶⁷ « La remise d'un (ou de plusieurs) DUME(s) est obligatoire pour les procédures relevant des Livres II et III : toutes les offres doivent être accompagnées d'un (ou de plusieurs) DUME(s), que les opérateurs économiques auront rempli pour fournir les informations requises par le pouvoir adjudicateur/l'entité adjudicatrice, aux termes de l'avis de marché ou des autres documents de marché » (Document unique de marché européen (DUME), Guide à l'attention des pouvoirs adjudicateurs, des entités adjudicatrices et des opérateurs économiques, version du 12 juin 2018, p. 6).

DUME (ou plusieurs, voir ci-dessous) à leur offre dans les procédures ouvertes du Livre II ou à leur demande de participation aux procédures restreintes, procédures concurrentielles avec négociation, dialogues compétitifs et partenariats d'innovations.

Ce n'est pas, à proprement parler, une charge pour les entreprises, car l'établissement d'un DUME est moins lourd que la fourniture de la totalité des documents justificatifs qu'il faudrait, sinon, joindre au dossier. En revanche, l'entreprise doit se familiariser avec le fonctionnement de l'outil informatique permettant de générer un DUME et les évolutions de cet outil.

C. Le DUME peut-il être utilisé dans les marchés du Livre I^{er} ?

Le DUME n'est pas prévu de plein droit pour les marchés du Livre I^{er}, mais les pouvoirs adjudicateurs peuvent autoriser les soumissionnaires dans le Cahier des charges à y avoir recours¹⁶⁸.

Avant d'utiliser un DUME dans un marché du Livre I^{er}, les opérateurs économiques doivent donc vérifier si le Cahier des charges comporte une telle disposition.

A première vue, la formulation du texte paraît exclure que le pouvoir adjudicateur puisse imposer l'utilisation du DUME.

D. Comment obtenir un DUME ?

Le Document unique de marché européen est établi au moyen d'un outil en ligne. À l'heure actuelle, le Portail des marchés publics renvoie vers le service DUME mis en place par la Commission européenne, mais cette fonctionnalité devrait être prochainement intégrée dans le Portail.

Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut mettre à la disposition des opérateurs économiques un DUME préconfiguré, adapté aux exigences de la procédure en question. Dans ce cas, il suffit d'importer le fichier informatique correspondant (au format XML) dans l'outil en ligne et de compléter les informations demandées.

Un guide pratique comportant de nombreuses illustrations de la procédure à suivre a été publié sur le Portail des marchés publics¹⁶⁹.

E. Le DUME doit-il être signé ?

La loi et le règlement n'exigent pas la signature du DUME. Cependant, il est tout à fait possible que les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices formulent une telle exigence dans l'avis de marché ou les documents de marché¹⁷⁰.

¹⁶⁸ « Le cahier spécial des charges peut prévoir que le pouvoir adjudicateur permet aux soumissionnaires d'avoir recours au document unique de marché européen (DUME), visé à l'article 72 de la loi » (RMP 2018, Art. 20).

¹⁶⁹ <http://www.marches.public.lu/fr/procedures/dossier-soumission/dume.html>.

¹⁷⁰ « Compte tenu du fait que le DUME est une déclaration sur l'honneur, et que les déclarations qui y sont faites sont susceptibles d'avoir des conséquences, il faut s'attendre à ce qu'un pouvoir adjudicateur/une entité adjudicatrice exige que le DUME soit signé » (Document unique de marché

F. Attention : il peut être nécessaire de remettre plusieurs DUME

Il peut être nécessaire de joindre plusieurs DUME à la candidature ou à l'offre. Tel sera le cas :

- en cas de candidature ou d'offre conjointe (p.ex. en association momentanée)¹⁷¹ ;
- lorsque le candidat ou soumissionnaire recourt aux capacités d'une autre entreprise (p.ex. pour atteindre le chiffre d'affaires minimal) ;
- lorsque les documents de marché font obligation au soumissionnaire d'indiquer les sous-traitants auxquels il entend faire appel¹⁷² ;
- lorsque le marché comporte plusieurs lots avec des critères de sélection différents¹⁷³.

VII. Quelques conseils pratiques

Voici quelques démarches conseillées pour la préparation de la dématérialisation :

- Vérifier les pouvoirs de signature au sein de la société ;
- Documenter clairement les règles de signature (a) pour qu'il soit clair, au moment du dépôt, qui est habilité à signer et (b) pour que les certificats professionnels puissent être révoqués en cas de départ des personnes concernées ;
- S'assurer que les personnes habilitées à engager la société disposent d'un certificat qualifié permettant de signer électroniquement les documents dont la signature est obligatoire ;
- Se familiariser avec le fonctionnement du Portail des marchés publics ;
- Former le personnel en charge de la préparation des candidatures et des offres aux nouvelles technologies liées à la dématérialisation des procédures de passation ;
- Élaborer une méthode de travail adaptée (Où sont sauvegardés les documents électroniques nécessaires pour la remise de la candidature ou de l'offre ? Comment sont nommés les fichiers pour éviter tout risque de confusion ?) ;
- Contacter les entreprises avec lesquelles l'entreprise présente souvent des offres (association momentanée) et les sous-traitants habituels pour les sensibiliser également aux nouvelles exigences ;
- Suivre l'évolution du cadre législatif et réglementaire, notamment en téléchargeant les versions mises à jour de cette brochure sur le site internet du cabinet THEWES & REUTER www.thewes-reuter.lu.

européen (DUME), Guide à l'attention des pouvoirs adjudicateurs, des entités adjudicatrices et des opérateurs économiques, version du 12 juin 2018, p. 21).

¹⁷¹ Règlement d'exécution (UE) 2016/7 de la Commission du 5 janvier 2016 établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen, Annexe I « Instructions ».

¹⁷² Document unique de marché européen (DUME), Guide à l'attention des pouvoirs adjudicateurs, des entités adjudicatrices et des opérateurs économiques, version du 12 juin 2018, p. 26.

¹⁷³ Si les critères sont les mêmes pour tous les lots, un seul DUME suffit.

INTRODUCTION	1
CE QU'IL FAUT SAVOIR	3
I. L'obligation de dématérialisation des marchés publics	3
II. Le profil d'acheteur	4
III. Le dépôt électronique des candidatures et des offres	4
IV. La vérification des candidatures	5
V. La signature électronique	10
VI. Le recommandé électronique	16
VII. Bientôt la facture électronique	17
LA PERSPECTIVE DE L'ACHETEUR PUBLIC	18
I. Qui est concerné ?	18
II. Utilisation du Portail des marchés publics	18
III. Quels formats de fichier privilégier ?	24
IV. L'ouverture et l'examen des candidatures et des offres	25
V. L'intégrité des données et la confidentialité des offres	27
VI. Le Document unique de marché européen	27
VII. La signature électronique de l'acheteur public	28
VIII. L'archivage	30
IX. Quelques conseils pratiques	30
LA PERSPECTIVE DE L'OPÉRATEUR ÉCONOMIQUE	31
I. Qui est concerné ?	31
II. La communication électronique	31
III. Les défis de la préparation des candidatures et offres électroniques	31
IV. Le dépôt électronique des candidatures et des offres	32
V. La signature électronique	34
VI. Le Document unique de marché européen	37
VII. Quelques conseils pratiques	39

LE CABINET

Le cabinet THEWES & REUTER a été créé en 1995 et jouit d'une réputation d'excellence.

Le département de droit public, dirigé par Marc Thewes, est spécialisé dans le domaine des contrats publics, comme les marchés publics, les concessions, mais excelle aussi dans le droit de l'environnement, le droit de la nature et la réglementation et la régulation des activités économiques.

L'AUTEUR

Marc Thewes est avocat depuis 1991. Il a été, dans les années 1990, assistant à l'Université catholique de Louvain, où il enseignait le droit administratif et le droit constitutionnel, et il est aujourd'hui enseignant à l'Université du Luxembourg, en charge des cours de droit public économique et de droit administratif des biens.

Le nom de Marc Thewes est associé au droit luxembourgeois des marchés publics depuis plus de quinze ans. Outre les articles sur cette matière, publiés dans des revues spécialisées, il donne régulièrement des conférences et des formations sur ce sujet, qu'il pratique également intensément comme avocat. Il publiera dans les prochains mois un Commentaire pratique de la législation sur les marchés publics.

Marc Thewes est également conseiller d'État et responsable de plusieurs publications juridiques prestigieuses comme les Annales du droit luxembourgeois, dont il est l'un des fondateurs, et le Journal des tribunaux Luxembourg,